



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS JACAREZINHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

BEATRIZ CASAGRANDE FORTUNATO

**DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: A COOPERAÇÃO PROCESSUAL
INTERSUBJETIVA COMO ALTERNATIVA A SER IMPLEMENTADA NA
PRÁTICA PROCESSUAL**

JACAREZINHO

2020

BEATRIZ CASAGRANDE FORTUNATO

**DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: A COOPERAÇÃO PROCESSUAL
INTERSUBJETIVA COMO ALTERNATIVA A SER IMPLEMENTADA NA
PRÁTICA PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para qualificação como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

JACAREZINHO

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FORTUNATO, Beatriz Casagrande.

Direito à saúde e Judicialização: a cooperação processual intersubjetiva como alternativa a ser implementada na prática processual. / Beatriz Casagrande Fortunato. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2020.

201 f.

Orientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho.

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2020.

Referências bibliográficas: f. 189

1. Direito à saúde: direito fundamental social. 2. Judicialização da saúde, ativismo judicial, mínimo existencial e reserva do possível. 3. O princípio da cooperação, processo civil contemporâneo e as possibilidades de um processo civil cooperativo. I. Fortunato, Beatriz Casagrande. II. Botelho, Marcos César. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. Direito à saúde e Judicialização: a cooperação processual intersubjetiva como alternativa a ser implementada na prática processual.

BEATRIZ CASAGRANDE FORTUNATO

**DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: A COOPERAÇÃO PROCESSUAL
INTERSUBJETIVA COMO ALTERNATIVA A SER IMPLEMENTADA NA
PRÁTICA PROCESSUAL**

Orientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

Dr. Edinilson Donisete Machado – UENP

Dr. José Cláudio Domingues Moreira – ITE

Jacarezinho/PR, 28 de fevereiro de 2020.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP

A Edson, Marli e Arthur, pelo apoio incondicional

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por me permitir viver este sonho que foi o mestrado, o qual não seria possível sem Ele, bem como se não fossem meus pais, Edson e Marli, e meu irmão, Arthur, que, na luta do dia a dia, sempre me apoiaram, inspiraram, encorajaram e participaram dos meus planos e suas realizações, o que não foi diferente nesta trajetória. Certamente, sem vocês, não teria sido possível.

Gostaria, em especial, de agradecer imensamente meu pai Edson, pela parceria e companhia nas muitas viagens para Jacarezinho, desde as provas do processo seletivo para o mestrado, passamos por temporais e noites a fundo, em prol da realização deste sonho.

Ademais, quero agradecer a minha família materna e paterna, minha avó Nair, cujo exemplo de doçura e bondade, encoraja-me a ser uma pessoa melhor a cada dia, minha prima Thaís, por sempre me apoiar, assim como minha tia Selma, além das minhas tias maternas que são um grande exemplo de força e perseverança. Vocês são luzes na minha vida.

Não obstante, não posso deixar de agradecer à minha tia Mariliza e seu marido João Paulo, por terem me concedido o presente de ser madrinha da Marina, e conhecer um tipo de amor que eu nunca imaginei. E, claro, à Marina, por iluminar os meus dias desde seu nascimento em 2017, e ser força motriz para as horas de pouca criatividade e cansaço, bem como por me renovar e fornecer disposição, alegria e amor constantes a cada sorriso, frase ou caretinha.

É impossível não agradecer a dois grandes profissionais que eu tive a honra e a sorte de conhecer nos tempos de estagiária, cuja integridade, ética e exercício profissional me inspiram, não obstante tudo que me ensinaram: ao Doutor Alexandre Sormani e ao Doutor Delton Croce Júnior meu muito obrigada.

Outrossim, gostaria de agradecer a todos os meus amigos de Marília, que estiveram ao meu lado nesse tempo, vibraram com a minha aprovação no mestrado, e que nos momentos juntos e risadas foram essenciais para me revigorar e impulsionar na escrita deste trabalho.

Ainda gostaria de agradecer muito ao meu orientador, professor doutor Marcos César Botelho, por me amparar e fornecer substrato para esta pesquisa, além de me transmitir tranquilidade e positividade diante dos desafios constantes do mestrado.

Por fim, e não menos importante, gostaria de agradecer à UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná), ao campus de Ciências Sociais Aplicadas de Jacarezinho, e todas as pessoas que nele eu tive o prazer de conhecer, principalmente: Maria Natalina Costa, sempre disponível, sempre ajudando os mestrandos e cuja preocupação é acalentadora; ao

professor Luiz Fernando Kazmierczak, por me estimular a participar do processo seletivo do mestrado da UENP, ser fonte de inspiração e amigo fiel e guia, desde quando nos conhecemos; ao professor Renato Bernardi, que esteve comigo na entrevista do mestrado, no seminário de pesquisa e na banca de qualificação, cuja carreira como professor e profissional é fonte de inspiração, assim como sua alegria, ademais, as contribuições e provocações recebidas nestes encontros foram de extrema valia ao trabalho; ao professor Edinilson Donisete Machado, através do qual também gostaria de agradecer à UNIVEM, faculdade em que eu me formei, e na qual tive contato com o universo da pesquisa acadêmica, além de grandes professores, sobretudo Clarissa Chagas Sanches Monassa, Daniela Dias Batista, Danilo Pierote Silva, Teófilo Arêa Leão, Ricardo Pinha Alonso, o doutor Alexandre Sormani e César Augusto Luiz Leonardo.

Bem assim, também quero agradecer a todos os professores do Programa de Pós-Graduação da UENP, na pessoa dos professores Vladimir Brega Filho, Fernando Brito Alves e Paulo Henrique Freitas, este último que esteve na minha banca de qualificação e me proporcionou exercer, em alguns momentos, a docência durante o período do mestrado, o que contribuiu muito para minha formação.

Quero também deixar registrada a minha gratidão por ter tido a oportunidade de conhecer, conversar e receber contribuições a respeito da temática deste trabalho da professora Flávia Santiago Lima, uma autoridade no assunto, foi um prazer imenso.

Igualmente, agradeço aos amigos da XV Turma de Mestrado da UENP, que, de lugares tão diferentes e realidades distintas, foram companhia e parceria nesta caminhada pelo universo tão grande e mágico do Direito, desejo muito sucesso a todos.

Finalmente, esta pesquisa não seria possível sem a ajuda financeira recebida mediante a Bolsa de Estudos financiada pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e pela Fundação Araucária, as quais eu presto minhas homenagens e agradeço por ter sido contemplada.

Decerto, muitíssimo obrigada é pouco pelo tamanho da ajuda que eu recebi, o tanto que eu aprendi e o quão feliz eu sou por ter essas e outras pessoas na minha caminhada no e pelo mestrado, de modo que espero poder retribuir a todos esse companherismo, carinho e parceria. À vocês, a minha mais sincera, eterna e imensa gratidão.

A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio que se serve para o conseguir.

– Rudolf Von Ihering

Ontem foram os judeus e os loucos, hoje os indesejáveis são os pobres, os negros, os dependentes químicos, e, com eles, temos o retorno das internações compulsórias temporárias. Será a reedição dos abusos sob a forma de política de saúde pública? O país está novamente dividido. Os parentes dos pacientes também. Pouco instrumentalizadas para lidar com as mazelas impostas pelas drogas e pelo avanço do crack, as famílias continuam se sentindo abandonadas pelo Poder Público, reproduzindo, muitas vezes involuntariamente, a exclusão que as atinge. O fato é que a história do Colônia é a nossa história. Ela representa a vergonha da omissão coletiva que faz mais e mais vítimas no Brasil. Os campos de concentração vão além de Barbacena. Estão de volta nos hospitais públicos lotados que continuam a funcionar precariamente em muitas outras cidades brasileiras. Multiplicam-se nas prisões, nos centros de socioeducação para adolescentes em conflito com a lei, nas comunidades à mercê do tráfico. O descaso diante da realidade nos transforma em prisioneiros dela. Ao ignorá-la, nos tornamos cúmplices dos crimes que se repetem diariamente diante de nossos olhos. Enquanto o silêncio acobertar a indiferença, a sociedade continuará avançando em direção ao passado de barbárie. É tempo de escrever uma nova história e de mudar o final.

– Daniela Arbex

FORTUNATO, Beatriz Casagrande. **Direito à saúde e judicialização**: a cooperação processual intersubjetiva como alternativa a ser implementada na prática processual. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2020.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de investigar a possibilidade de aplicação do Princípio da Cooperação processual intersubjetiva aos inúmeros casos de pleitos judiciais embasados no direito à saúde em face do poder público. De sorte que, a quantidade crescente de processos solicitando serviços e prestações públicas relativas à saúde é uma realidade nacional e que vem aumentando, todavia, o gasto público com os processos e o custeio dessas prestações, uma vez que a maioria das causas são procedentes, é crescente e prejudica os investimentos em políticas públicas voltadas à saúde e demais investimentos. Com efeito, é preciso que o processo não seja utilizado tão somente para assegurar o direito à saúde de apenas alguns, posto que se trata de um direito fundamental social, que deve ser proporcionado a todos, nos moldes da Constituição Federal, cuja responsabilidade é do poder público mediante políticas públicas, com a colaboração do Sistema Único de Saúde. Dessa forma, existem mecanismos para serem usados no processo, como os núcleos de apoio técnico ao Judiciário, a perícia simplificada e os deveres decorrentes do princípio da cooperação, os quais podem otimizar e trazer mais segurança, igualdade e justiça para essas demandas judiciais, a fim de que se alcance uma decisão efetiva, justa e em tempo razoável. Dessarte, a pesquisa foi organizada sobre três nichos: o direito à saúde, a judicialização da saúde e o Princípio da Cooperação, assim como o modelo de processo civil cooperativo, valendo-se, para tanto, da utilização do método dedutivo.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Efetividade. Princípio da Cooperação. Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário.

FORTUNATO, Beatriz Casagrande. **Direito à saúde e judicialização**: a cooperação processual intersubjetiva como alternativa a ser implementada na prática processual. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2020.

ABSTRACT

This research has the scope to investigate the possibility of application of the Principle of cooperation between procedural subjects to the many cases involving the right to health versus the public power. Since the increasing quantity of lawsuits aiming public services and provisions related to the right to health is a Brazilian reality, however, the spending of public money is also increasing, such as the finance of these services and provisions, because the most part of the lawsuits are proceeding, which harm the investments in health and other public policies areas. Thus, it's necessary that a lawsuit don't be used only to ensure the right to health to a few, as it is a fundamental social right, which must be ensured to all the people, according to the Brazilian Federal Constitution, in which is the responsibility of the government through public policies, with the collaboration of the Unified Health System. So there are mechanisms to be used in the lawsuits, such as the division of technical support to the Judiciary, the simplified expertise and the duties arising from the principle of cooperation, which may optimize and bring more security, equality and justice to these lawsuits, thus an effective, fair and reasonable decision can be reached. Therefore, this research was organized on three parts: the right to health, the judicialization of health and the Principle of cooperation, such as the model of cooperative civil procedure, using for that the deductive method.

Keywords: Right to health. Judicialization. Effectiveness. Principle of cooperation. Division of Technical Support to Judiciary.

LISTA DE SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNS	Conferência Nacional de Saúde
CONASSEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
CPC	Código de Processo Civil
DHSS	<i>Department of Health and Human Services</i>
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
FDA	<i>Food and Drug Administration</i>
GOSH	<i>Great Ormond Street Hospital</i>
LOS	Lei Orgânica da Saúde
NAT JUS	Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário
NOB	Normas Operacionais Básicas
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
WHO	<i>World Health Organization</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1.O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE	15
1.1. O Conceito de Saúde	15
1.2. O Direito à Saúde Como um Direito Social	22
1.3. O Direito à Saúde Como um Direito Fundamental	40
1.4. O Sistema Único de Saúde	53
2. A JUDICIALIZAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL .	65
2.1. A Separação dos Poderes e Poder Judiciário no Brasil	65
2.2. A Judicialização Como um Fenômeno Para a Concretização de Direitos no Brasil	76
2.3.O Ativismo Judicial: Efeitos e Consequências.....	88
2.4. A Efetividade do Direito à Saúde no Brasil: o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível.....	97
2.5. A Concretização do Direito à Saúde pelo Poder Judiciário no Brasil.....	109
2.6. O Direito à Saúde nos Tribunais Internacionais.....	121
3. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	132
3.1. Neoconstitucionalismo e o Processo Civil Constitucional	132
3.2. A Aplicabilidade dos Princípios no Processo Civil Brasileiro e a Importância do Contraditório e da Boa-fé Processuais.....	140
3.3. Os Modelos Processuais	151
3.4. Referencial Doutrinário do Princípio da Cooperação.....	159
3.5. As alternativas decorrentes do Princípio da Cooperação para os casos envolvendo o direito à saúde.....	170
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	186
REFERÊNCIAS.....	189

INTRODUÇÃO

A saúde passou a ser, com a Constituição de 1988, um direito, mas também pode ser entendida como um atributo fundamental para a manutenção da existência humana, tanto individualmente, quanto coletivamente.

Nesse sentido, nota-se que as patologias se modificaram, dado que algumas retornaram depois de um tempo e outras novas surgiram, entretanto, cada vez mais, existem problemas de saúde, prejudicando o ser humano e a sociedade, sejam essas enfermidades epidemias antigas ou novas doenças que apareceram com os novos tempos e as novas tecnologias.

Com efeito, a partir da guarda da Constituição de 1988, a saúde como um direito se transformou em uma atribuição governamental, objeto de zelo e cuidado por parte do Estado. Contudo, ainda se verifica uma implantação frágil da saúde no país: existe a oferta pública, que não atinge todos ou as necessidades da grande maioria, em contraposição ao mercado da saúde, do qual participam as farmácias, indústrias de medicamentos, hospitais e clínicas de tratamento particulares.

Além disso, vale consignar que a saúde antes da CF/88 era privilégio de poucos, os trabalhadores, cujos fundos lhes forneciam consultas médicas, ao passo que após a Constituição Cidadã, a saúde além de ser atributo inerente à vida humana, é direito de todos.

Destarte, o cenário de saúde nacional é composto por aqueles que vivenciam e enfrentam a escassez do que é básico e fundamental no ambiente médico-hospitalar, e, de outro lado, há os grandes avanços tecnológicos no âmbito da medicina destinados aos que economicamente podem dela usufruir.

Posto isso, considerando esse cenário paradoxal, na realidade, também existem muitos que procuram garantir judicialmente seu direito à saúde, e são tantos, que o fenômeno da judicialização da saúde só aumenta no país. Consequentemente, junto com ele, cresce o número de ações procedentes, tal qual a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Via reflexa, os gastos públicos se intensificaram, igualmente as interferências judiciais na esfera administrativa pública, decorrentes da necessidade de se fazer cumprir todas as suas decisões.

Por sua vez, o processo civil também mudou, não apenas com a edição do Novo Código em 2015, bem antes, com a incorporação de uma matriz principiológica a estruturar o

processo e a fundamentação das decisões judiciais, assim como a maneira de conceber e pensar o procedimento processual, como resultado do movimento neoconstitucionalista.

Assim, o processo civil busca resolver a lide da melhor forma para as duas partes, razão pela qual estimula a resolução do conflito por meios alternativos como a mediação e a conciliação, a ideia é que o processo seja o mais democrático e dinâmico possível, pois a interferência judicial pode não satisfazer nenhuma das partes.

De tal maneira, na esteira dessas modificações, o modelo de processo cooperativo e o princípio da cooperação buscam aumentar o diálogo entre as partes, efetivar ainda mais o contraditório, buscar que as partes cumpram os seus deveres processuais, com a finalidade de que o processo seja qualitativamente realizado e, seus efeitos, concretizados.

Por isso, o objetivo deste trabalho é analisar o direito à saúde, sobretudo após sua positivação pela Constituição Federal, avaliar as causas e efeitos do fenômeno da judicialização da saúde e verificar a possibilidade de aplicação das propostas do modelo processual cooperativo, e, em especial, do princípio da cooperação nos processos em que se pleiteia a concretização do direito à saúde, a fim de demonstrar sua aplicabilidade e as formas de cooperação para que esses processos tenham uma duração razoável e uma solução justa, uma vez que as excessivas demandas procedentes da atualidade não têm sido exequíveis e geram cada vez mais gastos orçamentários ao invés de investimentos em saúde pública.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, partindo-se do estudo dos grandes nichos e teorias que envolvem a problemática do trabalho, considerando três frentes: o direito à saúde, a judicialização (da saúde) e o princípio da cooperação, a fim de alcançar as situações específicas abordadas, verificando as suas possibilidades e sua aplicabilidade, ou não, em um contexto de busca pelo direito à saúde a partir de um processo civil cooperativo, e utilizando-se das técnicas de coleta de dados bibliográficos, documentais, jurisprudenciais e via internet.

Nesse sentido, o primeiro capítulo é voltado para o estudo do direito à saúde, principalmente considerando a maneira como ele foi positivado constitucionalmente, primeiramente com a análise do conceito de saúde e o que ele abrange, depois considerações a respeito da saúde enquanto direito social e direito fundamental, e, por fim, a instituição nacional responsável pela garantia desse direito, qual seja, o Sistema Único de Saúde.

A seu turno, no segundo capítulo, de maneira introdutória, faz-se uma abordagem acerca da separação dos poderes, e, logo após, da judicialização da saúde e do ativismo judicial, com o intuito de observar as relações institucionais entre os órgãos que compõem as funções estatais, inferindo-se que há omissão de alguns no cumprimento dos seus deveres constitucionais. Ademais, investiga-se a efetivação do direito à saúde, tanto a partir do embate

entre o mínimo existencial e a reserva do possível, quanto a partir da atuação do judiciário, e, além disso, são examinados alguns processos de casos de outros países na temática do direito à saúde com a finalidade de apurar como os tribunais internacionais trabalham esse tema.

Enfim, no terceiro capítulo, o objeto de estudo é o princípio da cooperação, para tanto, cumpre analisar o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, como fenômenos que modificaram a estrutura processual e constitucional vigente até então, e que geram efeitos até hoje, igualmente, passa-se pelo estudo dos modelos processuais, inclusive o cooperativo, o princípio da cooperação em si e as possibilidades de sua aplicação nas demandas envolvendo o direito à saúde.

Por conseguinte, a linha de raciocínio que este trabalho almeja demonstrar é a da aquisição de um direito que, desde a sua implementação como tal, segundo determinação constitucional, enfrentou e ainda enfrenta diversas dificuldades, as quais foram transferidas para o âmbito jurídico e processual devido a sua não concretização. Em sendo assim, no processo é preciso que haja cooperação entre as partes para uma melhor solução do litígio, eis que não se trata apenas da concessão da prestação ou serviço de saúde solicitado e seu custeio pelo Estado, pois que existe todo um contexto social, político e econômico e seus reflexos a serem considerados.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

1.1. O Conceito de Saúde

A saúde enquanto direito se encontra positivada constitucionalmente e exige a realização de prestações ou serviços para sua garantia. No entanto, é preciso verificar, antes mesmo de adentrar no estudo do direito à saúde, o que compõe a saúde e quais as maneiras, se existem, de delimitá-la, a fim de que o próprio direito à saúde seja eficaz.

A saúde é definida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946 (OMS/WHO, online). Desse modo, percebe-se que a saúde não se refere apenas a não possuir doenças ou enfermidades, mas sim se relaciona ao completo bem-estar mental, físico e social do indivíduo.

Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz (1997, p. 539-540) criticam a definição de saúde da OMS, devido à utilização de palavras como perfeição/completo e bem-estar, cuja conceituação é subjetiva, sendo que corresponde ao estilo de vida de cada indivíduo. Eles argumentam em favor de um conceito objetivo, a partir do qual, ao invés de mensurar e qualificar o perfeito ou o completo bem-estar, avaliações externas e estatísticas sejam feitas, além do que, consideram que o destaque ao físico, mental e social é algo superado, pois com a vivência psicanalítica, nota-se a inexistência entre a mente, e soma: “sendo o social também interagente, de forma nem sempre muito clara, com os dois aspectos mencionados”.

A saúde como bem-estar, embora exista a definição da OMS, necessita de uma definição mais rudimentar, em especial acerca das suas dimensões mental e social. O universo do sofrimento humano e seu alívio estão sendo mais bem explorados. A consciência dos limites da medicina e dos cuidados médicos, o reconhecimento crescente dos impactos da estrutura e função da sociedade, a globalização e a consequente interdependência, e as ações às vezes ativas, às vezes ineficazes dos estados-nações, cruzam-se para levar a uma nova visão da saúde (MANN, 1997, p. 13, tradução nossa).

Para o autor, não obstante o conceito da OMS, é necessário um conceito mais básico e fundamental de saúde que não evidencie o sofrimento e o alívio humanos, pois estes aspectos têm recebido bastante atenção, ao contrário das dimensões mental e social de saúde. De tal maneira que uma nova concepção de saúde dar-se-á a partir da conscientização dos limites da medicina e dos cuidados médicos, associados aos impactos e à estrutura da sociedade, e, somada à globalização e as políticas públicas efetivas e ineficazes realizadas pelo governo.

Assim, basicamente, a saúde encampa os aspectos sociais, médicos, econômicos e políticos da vida social, pois dependem dos avanços médicos e seus limites, das mudanças econômicas e políticas geradas pela globalização, e das ações governamentais em favor da saúde, além da conscientização por parte da população de tudo isso que a rodeia e de sua posição nesta realidade socioeconômica e política.

Eis que, “sob o aspecto jurídico, devemos entender saúde como o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”, de acordo com Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 13).

Com efeito, a saúde envolve o bem-estar e a qualidade de vida do indivíduo vez que tais aspectos implicam na melhoria da própria saúde, apesar da caracterização de completo bem-estar ser subjetiva, visto que em razão das diferenças econômicas, culturais, sociais e políticas ao redor do mundo, e também mesmo no Brasil, além dessas distinções, esses aspectos são “conquistados” de forma desigual.

Além disso, embora seja difícil e trabalhoso, seria interessante que, nacional ou internacionalmente, fossem elencados parâmetros básicos de saúde, considerando os estudos de bem-estar e qualidade de vida, associados às condições econômicas das populações.

Nesse sentido,

A ideia de plenitude psicofísica – presente na Constituição da Organização Mundial da Saúde – extrapola a noção comumente associada ao direito à saúde, de normalidade orgânica e funcional, para identificar-se com o conceito de bem-estar. É certo que há uma interdependência entre esses dois aspectos. A saúde de um indivíduo é afetada por seu nível educacional e pelas condições de renda, alimentação e moradia, sendo certo que a Constituição de 1988 prevê que o direito à saúde será garantido não apenas por meio de ações e serviços sanitários, mas também mediante políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doenças (art. 196), (BARCELLOS *et al.*, 2017, p. 458-459).

Certamente, o bem-estar é associado à saúde como um diferencial, tal qual as condições econômicas, a alimentação, as condições de moradia e o nível educacional de seu detentor, contribuindo para sua melhoria, sendo que o núcleo essencial da saúde envolveria apenas uma avaliação quanto à normalidade orgânica e funcional do indivíduo.

A seu turno, Jonathan Mann (1997, p. 9) considera que a saúde pública carece de uma estrutura conceitual para identificação e análise dos fatores sociais essenciais que indiquem as condições em que as pessoas podem ser saudáveis.

Saliente-se que, no Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde, a saúde foi considerada como resultado da alimentação, trabalho, habitação, meio ambiente, renda, transporte, educação, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra, e, ainda, acesso a serviços de saúde. Dessa maneira, a saúde é compreendida como “o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida” (BRASIL, online).

Então, durante o período em que se pensou sobre a saúde pública, antes até da redemocratização do Brasil, é interessante observar que os pesquisadores e profissionais da área da saúde já entendiam que ela consistia em algo amplo, a ser inferido não só a partir da vida e da dignidade humanas, como também a partir das condições de vida e do ambiente nos quais os seres humanos estavam inseridos e vivenciavam, concluindo-se que a forma com que a saúde se apresentava era fruto da organização socioeconômica da população, e se tratava de um fator apto a causar profundas desigualdades sociais.

Ainda assim, diante de toda a importância da VIII CNS por evidenciar a saúde como um direito e a necessidade da intervenção estatal para sua garantia em um período de redemocratização no país, demonstrando a correlação e a interdependência da saúde com outras áreas, pouco foi feito, em favor do aperfeiçoamento de sua promoção, proteção e recuperação e por sua não continuidade como um fator que enseja profundas desigualdades sociais.

Isso porque, as desigualdades são percebidas por existirem aqueles que podem pagar por planos de saúde ou coberturas que vão além da saúde pública, e que, por isso, são atendidos com tecnologia de ponta, vacinação antecipada e sempre disponível, consultas médicas ao seu dispor, de modo que essas pessoas detêm a seu favor os benefícios de escolha que, muitas vezes, aqueles que esperam pela benevolência do poder público não têm, ocasionando o prolongamento da vida e um “maior respeito” à dignidade daquele que paga. E nesse sentido, a saúde acaba por consentir com um sistema político, social e econômico desigual. Claro que os planos privados desafogam a utilização apenas dos programas de saúde pública, e são importantes, inclusive porque a Constituição permite a oferta de saúde por parte da iniciativa privada, contudo, o que ocorre é que esta oferta, diante dos problemas estruturais hodiernos, mostra-se muito maior e mais aparelhada, sendo possível verificar uma desproporcionalidade entre os serviços público e o privado.

A Constituição de 1988, ao considerar o direito à saúde como um direito de todos, o qual deve ser garantido pelo Estado através de políticas sociais e econômicas para a redução de doenças e outros agravos, e o acesso universal e igualitário para sua promoção, proteção e

recuperação (BRASIL, online), sopesa que a saúde não é só ausência de doenças, como também envolve políticas públicas preventivas e de tratamento de doenças, apesar disso, a Constituição não especificou o âmbito de atuação dessas políticas.

Logo, a promoção e a proteção da saúde abrangem os aspectos curativos, preventivos e promocionais. Bem assim, tratar de recuperação se associa a saúde curativa, a qual indica “a garantia de acesso dos indivíduos aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida, o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamento contínuo”. Outrossim, ressalte-se que a promoção da saúde compreende “à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e saúde das pessoas” (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 200).

Ademais, o direito à saúde envolve:

Os valores de preservação da vida humana, a garantia de níveis progressivamente mais altos de saúde, a salvaguarda do patrimônio genético próprio, a proteção da integridade física, mental e emocional, entre outros conduzem a atuação dos particulares e dos Poderes Públicos na efetivação do direito à saúde. Com efeito, impõem a abstenção de comportamentos lesivos à saúde, no mais amplo sentido, assim como a promoção e a consecução de medidas tendentes a efetivar esse direito fundamental social, inclusive mediante prestações materiais específicas (FIGUEIREDO, 2007, p. 95).

Destarte, o trato com saúde compreende o patrimônio genético, a integridade física, mental e corporal e seu aperfeiçoamento a partir de ações do Poder Público. Não obstante, a proteção da saúde implica em não realizar comportamentos que possam aviltá-la.

Além do que, embora a Constituição não tenha delimitado as políticas públicas, ela estabeleceu um norte a elas, a fim de que sejam realizadas para minorar as doenças e outros agravos, e sejam em favor da promoção, proteção e recuperação da saúde, de tal maneira que cabe ao gestor público e ao legislador a identificação das necessidades, carências e vulnerabilidades epidemiológicas, com o objetivo de criar e/ou aperfeiçoar as ações governamentais de combate e prevenção a essas patologias, como uma forma de cumprir as disposições constitucionais.

Nesta esteira, a promoção da saúde se relaciona a:

[...] qualidade de vida, saúde, solidariedade, equidade, democracia, cidadania, desenvolvimento, participação e parceria, entre outros. Refere-se também a uma combinação de estratégias: ações do Estado (políticas públicas saudáveis), da comunidade (reforço da ação comunitária), de indivíduos (desenvolvimento de habilidades pessoais), do sistema de saúde (reorientação do sistema de saúde) e de parcerias intersetoriais. Isto é,

trabalha com a idéia de responsabilização múltipla, seja pelos problemas, seja pelas soluções propostas para os mesmos (BUSS, 2000, p. 165-166).

Portanto, a proteção à saúde significa a junção de vários valores, como solidariedade, equidade, isonomia, cidadania, desenvolvimento e parceria, com as políticas públicas estatais em favor do indivíduo, da comunidade e do sistema de saúde, englobando a sua responsabilidade pelos problemas e soluções. Nota-se que ela abarca um ambiente democrático, uma vez que se destina a buscar promover o que seja melhor para todos, sem se olvidar das minorias; a equidade e a solidariedade demonstram a necessidade de uma proteção igual e que seja apta a satisfazer as necessidades e não os desejos dos indivíduos, a partir de práticas que envolvam a sociedade, as instituições e a economia pública e privada.

Destarte, promover a saúde tem como objetivo garantir a igualdade de oportunidades e propiciar os meios de capacitação a fim de que todas as pessoas possam realizar seu potencial de saúde, de maneira que os indivíduos e sociedades detenham a chance de conhecer e controlar os fatores que determinam sua saúde. Dentre os elementos que os capacitam para tanto estão os ambientes favoráveis, o acesso à informação, as possibilidades para a realização de escolhas mais saudáveis e as habilidades para viverem melhor (BUSS, 2000, p. 170).

Cumpre advertir, que a igualdade não significa que todos sejam tratados de forma igual o tempo todo, tampouco permite distinções sem justificativa, de forma que o objetivo é conseguir uma harmonia na qual os iguais sejam tratados igualmente, já os desiguais de acordo com as variações e complexidades de suas desigualdades (ALEXY, 1993, p. 385).

Atualmente, o acesso à informação é amplo, uma vez que existem os *smartphones*, notebooks, *tablets* e outros aparatos tecnológicos que possibilitam que aos indivíduos estejam sempre conectados, de maneira que isso deve ser aproveitado a fim de que aos indivíduos seja possibilitada a promoção de sua saúde no contexto das informações existentes e disponíveis, a exemplo da necessidade de coleta seletiva do lixo, do lixo ser jogado nos locais apropriados, ou seja, no controle de sua vida, os indivíduos podem se conhecer e controlar sua saúde a partir de pequenos gestos para com o meio que os cerca.

Tendo em vista os valores carreados para a promoção da saúde, e a importância em promovê-la, cabe observar que, no que tange à saúde pública, é imprescindível que tanto na promoção, como na recuperação e proteção, haja eficácia e efetividade, o que será averiguado pelos profissionais adequados, especializados e respeitados para tanto.

Desse modo, a eficácia jurídica se refere a possibilidade ou aptidão da norma vigente e juridicamente existente, poder ser aplicada aos casos concretos, considerando que sua aplicabilidade possa gerar efeitos jurídicos. De outro lado, a eficácia social se trata da adoção

de decisão em realmente aplicar a norma (juridicamente eficaz), bem como os efeitos concretos ou não derivados de sua aplicação (SARLET, 2018, p. 248).

Logo, não bastam as disposições constitucionais e legais a respeito do direito à saúde, é preciso que essa norma seja aplicada e gere efeitos na prática, mesmo sendo eles os esperados ou não.

Posto isso,

A eficácia é uma estimativa da capacidade de tratamento para alterar a história natural da doença, questionando-se se o mesmo faz diferença em termos de morbidade, mortalidade e função. O benefício é um critério bastante subjetivo e centra-se na avaliação do paciente sobre o seu próprio bem – seus objetivos e valores no tratamento que está sendo aplicado. E a onerosidade se refere aos custos físicos, emocionais, econômicos ou sociais impostos ao paciente pelo tratamento (PESSOA, 2013, p. 106).

Por conseguinte, a autora observa que um tratamento eficaz é o que atende e muda o curso da patologia considerando os aspectos de morbidade, mortalidade e função, enquanto o benefício se refere às escolhas do paciente, que estão ligadas aos seus valores e objetivos. E ainda, a onerosidade não se refere apenas aos custos econômicos, mas também aos sociais, físicos e emocionais causados por um tratamento de saúde.

Nesse sentido, quando se trata de saúde pública, o benefício não impera, pois os tratamentos são, em grande parte, padronizados e se destinam a atender o maior número de pessoas. Certamente, existem as pessoas para as quais determinado tratamento não funciona, de modo que para elas é preciso ser realizado outro, porém este outro não será o que ela escolher. Outrossim, não é só o poder público que se onera com prestações de saúde, mas também o indivíduo, que sofre com os deslocamentos, com as imposições sociais e preconceitos, os quais lhe ocasionam um desgaste físico e emocional.

Nesta esteira, a saúde pública se diferencia do tratamento médico, porque, enquanto a saúde pública implica na identificação, tratamento, e medida da saúde da população, desenvolvendo políticas governamentais para tanto, e buscando assegurar saúde com seus serviços, o tratamento médico se relaciona ao indivíduo, no tocante a seu diagnóstico, alívio de sofrimento ou reabilitação, para Jonathan Mann (1997, p. 6).

Paulo Buss (2000, p. 174) relata sobre uma nova concepção de saúde, a qual se associa bem-estar, saúde e qualidade de vida, de modo que a saúde deixa de ser tratada de forma estática, definida biologicamente, para ser vislumbrada como dinâmica e resultado da produção social, motivo pelo qual a intervenção estatal não se destina apenas a minorar o

risco de doenças, mas sim potencializar as chances de vida, consistindo em políticas públicas multi e intersetorias.

Da mesma maneira, por exemplo, os problemas estruturais com doenças como a dengue e suas derivadas demonstram falhas em políticas públicas para combater mosquitos, falhas humanas em desperdiçar água parada e limpa, o que gera a sua reprodução. Além disso, as doenças sexualmente transmissíveis que se alastraram nos últimos anos também são resultados da falta de cuidado e higiene íntima, corporal e individual, igualmente as políticas anticoncepcionais que combatem tais patologias. Isto é, nesses casos não se discute o tratamento das doenças, mas sua prevenção, o que envolve a promoção e a proteção de saúde, e práticas básicas de qualidade de vida.

Desta feita,

Proporcionar saúde significa, além de evitar doenças e prolongar a vida, assegurar meios e situações que ampliem a qualidade da vida “vivida, ou seja, ampliem a capacidade de autonomia e o padrão de bem-estar que, por sua vez, são valores socialmente definidos, importando em valores e escolhas. Nessa perspectiva, a intervenção sanitária refere-se não apenas à dimensão objetiva dos agravos e dos fatores de risco, mas aos aspectos subjetivos, relativos, portanto, às representações sociais de saúde e doença (BUSS, 2000, p. 174).

Com isso, ainda que diante de meios desiguais para se assegurar a qualidade de vida, algumas ações básicas não têm sido tomadas pelas pessoas como forma de garantir a sua saúde e a dos outros, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, as pessoas investem muito em seu cuidado pessoal, através de tratamentos dermatológicos, odontológicos, exercícios físicos e alimentação, não cuidam do ambiente que os cerca, ou em que vivem, e de sua intimidade.

Insta considerar também que “qualquer enunciado do conceito de saúde que ignore a necessidade do equilíbrio interno do homem e desse com o ambiente, o deformará irremediavelmente” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 11). Nesta esteira, haja vista todos os fatores que interferem e precisam ser cuidados para haver saúde, da mesma maneira o indivíduo, interna e externamente, deve ser cuidado, então, deve haver uma harmonia entre o ambiente e o homem para se ter saúde.

Em suma, a realização da saúde depende de variados fatores que precisam atuar e estar presentes a fim de que se possa considerar sua existência, e conseqüentemente, dela como direito. Com isso,

Para resumir, três fatores principais compõem o que poderíamos chamar de contexto necessário do direito à saúde. Em primeiro lugar, deve-se compreender que a saúde não se resume à mera ausência de doença, mas se trata de um conceito multidimensional que engloba determinantes de natureza ambiental, social, econômica e cultural importantes. Em segundo lugar, essa multidimensionalidade do conceito de saúde implica necessariamente complexidades na elaboração e na implementação das medidas que visam à sua proteção, promoção e recuperação, isto é, na chamada política de saúde, ou, mais propriamente, nas chamadas políticas de saúde. Por fim, deve-se lembrar que as necessidades de saúde da população vão sempre muito além dos recursos disponíveis para atendê-las, obrigando-nos a realizar escolhas difíceis sobre como e onde aplicar esses recursos (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 227).

Consoante o que se percebe, tratar de saúde envolve outros aspectos como igualdade, integridade, vida, meio ambiente, dignidade humana, condições econômicas, culturais e sociais, dentre outras, o que caracteriza esse conceito como multidimensional e complexo, de tal maneira que são necessárias políticas que abranjam vários âmbitos para sua implementação, e, não obstante, nem sempre a saúde será o que se espera ou o que se deseja com ela, mas sim, o que se pode realizar dentro das possibilidades, especialmente econômicas, o que implica em análises de viabilidades econômicas, eficácia, e vulnerabilidades vivenciadas pelas pessoas, dado que a saúde, enquanto direito, deve alcançar o maior número de ofertas e demandas, ou seja, atingir, destinar-se a toda a população, de maneira igual.

Portanto, resta claro que a saúde se relaciona com o bem-estar e a qualidade de vida tanto do indivíduo como da sociedade como um todo, sofrendo interferências político-econômicas da globalização, das condições de renda e das políticas públicas a serem realizadas pelo poder público. É preciso buscar para sua garantia um equilíbrio entre ações sociais, políticas e econômicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde do indivíduo e da coletividade, tanto quanto ao seu acesso como em sua efetividade. Além do que, a saúde pública implica em situações mais padronizadas, com o escopo de, a partir da solidariedade e igualdade, ofertar e atender o maior número de pessoas, sem que elas tenham o poder de escolha sobre o tratamento a que serão submetidas, no entanto, tal qual o poder público, também terão gravames, não de ordem econômica, e sim física, social, e emocional.

1.2. O Direito à Saúde Como um Direito Social

O direito à saúde foi positivado na Constituição de 1988 como um direito social, de forma que a saúde é reconhecida como direito de todos e dever do Poder Público, a ser

garantida e efetivada mediante políticas sociais e econômicas para a redução de doenças e outros agravos, possibilitando ainda o acesso universal e igualitário às ações e serviços em prol de sua promoção, recuperação e proteção, de acordo com os artigos 6º e 196 a 200 (BRASIL, online).

A propósito, quanto às políticas públicas, cumpre salientar que elas se tratam de:

[...] um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito (BUCCI, 2006, p. 14).

Desta feita, as políticas públicas são programas governamentais instituídos com o escopo de realizar a justiça social, a igualdade, a liberdade e a fraternidade, por exemplo, assim como são ações para a efetivação de direitos.

Para tanto, é preciso a formular de uma agenda, na qual dever-se-á identificar qual é o problema, defini-lo e indicar o apoio que se mobilizará pelo problema, isto permitirá a formulação e legitimação dos resultados e programas, de desenvolvimento alternativo, análise, informação, compromisso, negociação e decisão. Diante disso, será produzida uma estratégia política para se alcançar os objetivos esperados, todavia, é necessário também ter em mente a implementação do programa no que tange a aquisição de recursos, planejamento, interpretação, organização, com a finalidade de gerar ações públicas (RIPLEY, 1995, p. 158).

Por sua vez, as ações públicas conduzem à política e aos programas de desempenho e impacto e estimulam sua avaliação, culminando em decisões acerca da manutenção e do futuro da política e do programa (RIPLEY, 1995, p. 158).

Basicamente, instituir políticas públicas requer uma análise abrangente no tocante as necessidades populacionais de concretização de direitos, isto é, quais direitos precisam ser efetivados, em que medida, e sob qual aspecto, além disso, é necessário averiguar qual é o problema que envolve a concretização deste direito.

Nesse sentido, este trabalho aborda os problemas quanto à concretização do direito à saúde, relacionados, especialmente, a tratamentos de saúde, relativos à sua recuperação e proteção. Consigne-se que a positivação do direito à saúde, exige, no texto legal, a sua concretização mediante ação governamental, isto é, as políticas públicas, uma vez que não basta proclamar os direitos do homem, é preciso protegê-los, e isso se relaciona justamente com as “medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos” (BOBBIO, 2004, p. 37).

Posto isso, os direitos sociais são um subsistema dos direitos fundamentais,

[...] que reconhecendo a existência de um seguimento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 70).

Os direitos sociais são, pois, entendidos como aqueles direitos de característica coletiva, voltados a grupos sociais, os quais carregam consigo um cunho prestacional, dado que demandam do Estado prestações relacionadas à sua proteção e garantia.

Antonio-Enrique Pérez Luño (2006, p. 156) pondera que os direitos sociais têm como função principal assegurar que sejam destinados recursos sociais a diferentes membros da sociedade. Assim, em seu sentido objetivo, esses direitos são o conjunto de normas mediante as quais o Estado realiza sua função de equilibrar e moldar as desigualdades sociais. O sentido subjetivo pode ser compreendido como a facultatividade dos indivíduos e grupos de participar dos benefícios da vida social, que se traduzem em determinados direitos e prestações, diretos ou indiretos, por parte dos poderes públicos.

Isso porque, os direitos sociais têm sua origem na época da Revolução Industrial, uma vez que a ideologia predominante era de certa liberdade frente às limitações do Estado, afim de que o mercado produzisse e se autorregulasse. Era dada proteção à propriedade privada e a autonomia da vontade (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 49).

Por sua vez, Mônica Serrano (2012, p. 45) considera que os direitos sociais “são direitos fundamentais referenciados constitucionalmente à vida humana, possibilitando igualdade no exercício da dignidade, por meio de elementos vitais, como a educação e saúde”.

Dessa maneira, a autora demonstra que os direitos sociais devem ser assegurados constitucionalmente, visto que intentam proteger à vida dos indivíduos, garantindo-lhes de forma isonômica elementos necessários para o exercício desta vida, tais quais a dignidade, a saúde, e a educação.

A origem desses direitos está relacionada ao descontentamento gerado pelo liberalismo clássico, devido as relações de trabalho opressoras que aviltavam a dignidade humana, bem como o surgimento de movimentos de resistência e afirmação de direitos, culminaram na eclosão de direitos sociais em benefício da classe operária em face dos abusos nas relações de trabalho (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 51).

Nesse sentido, enquanto os direitos fundamentais estão voltados para a garantia das liberdades burguesas (liberdade pessoal, política e econômica), os direitos sociais simbolizam

uma forma de participar do poder político e de distribuir a riqueza social que era produzida (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 401).

Os ideais liberais eram individualistas e jusnaturalistas, defendendo a liberdade, com a finalidade de restringir o poder do Estado e o poder político. Possuíam, dessa forma, direitos de resistência contra a interferência estatal, resultando, na realidade, em grandes desigualdades sociais amparadas pela lei, que deveria ser obedecida por todos, porém não eram considerados seu conteúdo e efeitos, principalmente econômicos, gerando apenas uma igualdade formal (SERRANO, 2012, p. 46).

O liberalismo e seus ideais difundiram a liberdade individual, a busca da satisfação pessoal em aspectos econômicos e pela propriedade privada, motivo pelo qual os direitos até então existentes eram de defesa contra o Estado, cuja lei também era voltada para economia, não garantindo a liberdade, contudo, fazia-se cumprir, implicando, por isso, em um cenário de disparidades e grandes desigualdades econômicas e de uma igualdade apenas documental.

Os direitos sociais representam um rompimento de paradigma de um contexto capitalista, que garantia o máximo da liberdade ao indivíduo, nele, o Estado detinha a função de representação internacional e de gestão, contanto que não se envolvesse na regulação socioeconômica da época. Por outro lado, com o aparecimento dos direitos tidos como sociais, o objetivo passa a ser o de compartilhar, especialmente a renda produzida, entre todos. Essa situação acaba gerando também uma participação maior do Estado no contexto socioeconômico.

A seu turno, Mariana Figueiredo (2007, p. 22) ressalta que:

A pretensão ao reconhecimento dos direitos sociais pode ser hoje identificada como o passo subsequente à luta iniciada pela generalização dos direitos políticos para a classe operária. Assegurada a igualdade política, o objetivo passou a ser a concretização da igualdade real, de uma igualdade quanto às condições de vida e as possibilidades de realização de cada indivíduo.

Percebe-se que os direitos sociais foram resultado de manifestações dos operários contra os privilégios que os mais afortunados possuíam, em um contexto de exploração da mão de obra trabalhadora, sem sequer lhes atribuir certos benefícios a eles inerentes como forma de contraprestação do trabalho, além do salário. Por isso, não bastava que os homens fossem tratados como iguais se a sociedade liberal clássica e capitalista não atribuía medidas de igualdade reais e concretas entre eles, sendo que essas medidas eram os direitos sociais.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter social e político se deu a partir do movimento socialista na primeira metade do século XIX. A titularidade desses direitos não é do indivíduo em abstrato, como agradava ao sistema capitalista, mas sim do “conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização”. Por essa razão, os socialistas notaram que essas questões sociais não eram problemas da natureza, ou reflexos da organização e estruturação econômica, eram na verdade resultado do sistema capitalista de produção, o qual “consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas” (COMPARATO, 2015, p. 66).

É nítido que os direitos sociais carregam a intenção de proteger determinados grupos, ou proporcionar a eles também uma parte dos lucros advindos do sistema capitalista, a rebelião da classe trabalhadora em prol de direitos se deu porque eles precisavam ser vistos como humanos que eram e que, conseqüentemente, tinham necessidades a serem satisfeitas para garantir a sua vida, questões essas não relacionadas à sua autonomia e propriedade privadas, nem mesmo ao fato de trabalharem.

O indivíduo precisava ser visto e protegido dentro do seio social, de forma que cada um desses seres e o grupo em si precisavam de garantias concretas que os fizessem iguais entre si e entre os outros grupos sociais.

Os direitos sociais também podem ser compreendidos como uma categoria dos direitos humanos, os quais foram separados em dimensões ou gerações, conforme seu desenvolvimento histórico:

O elenco dos direitos humanos contemplados pelo Direito Positivo foi se alterando do século XVIII até os nossos dias. Assim caminhou-se historicamente dos direitos humanos de primeira geração – os direitos civis e políticos de garantia, de cunho individualista voltados para tutelar a diferença entre Estado e Sociedade e impedir a dissolução do indivíduo num todo coletivo – para os direitos de segunda geração – os direitos econômicos, sociais e culturais concebidos como créditos dos indivíduos com relação à sociedade, a serem saldados pelo Estado em nome da comunidade nacional. O processo de asserção histórica das duas gerações de direitos humanos, que são direitos de titularidade individual, foi inspirado pelos legados cosmopolita e universalista do liberalismo e do socialismo (LAFER, 1997, p. 57).

Com isso, os direitos de primeira dimensão são conhecidos como direitos individuais que preconizam pela liberdade, ao passo que os direitos sociais ou de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais que tratam da vida dos indivíduos em sociedade, prezando pela igualdade. E, os direitos de terceira geração são os que envolvem a

fraternidade, aquilo que deve ser mantido, pois é fundamental e enlaça o passado, o presente e o futuro. Existem outras gerações, porém as três primeiras são as que possuem maior destaque e aceitação.

Some-se que os direitos de terceira dimensão buscam preservar o ser humano “como parte da humanidade”, razão pela qual se relacionam à coletividade em si, ao meio ambiente, e são qualificados como direitos coletivos e difusos (SERRANO, 2012, p. 22-23).

Outrossim, os direitos fundamentais de segunda geração compreendem a noção de igualdade na proteção do ser humano, porque seu escopo é conceder a ele alforrias sociais, a fim de salvaguardá-lo dos vícios do modelo econômico e da segregação social, razão pela qual são esperadas prestações estatais a seu favor (DALLARI, NUNES JÚNIOR, 2010, p. 46). Por isso, os direitos sociais são direitos prestacionais, com vistas a efetivar a igualdade entre os membros da comunidade, respeitadas as desigualdades.

Com o tempo, os direitos sociais passaram a integrar a Constituição dos países, tais quais: a Constituição Francesa de 1848, a Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919, que deram especial destaque aos direitos trabalhistas e à educação (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 53-54).

A aparição dos direitos sociais indica uma variação ao conteúdo dos direitos fundamentais, que a princípio surgiram para limitar o poder do Estado, pois se transformaram em normas que na verdade exigem a gestão estatal na ordem econômica e social, antes pensadas para a defesa do indivíduo, consistindo agora em regras de interesse coletivo, que tem primazia, de modo que enunciados bem precisos sobre faculdades consideradas essenciais e perenes deram lugar para normas que defendem bens múltiplos e circunstanciais (PÉREZ LUÑO, 2006, p. 155-156, tradução nossa).

Os direitos sociais, ao contrário dos direitos individuais, os quais surgiram como um limite ao poder do Estado e para assegurar garantias ao indivíduo, como a sua liberdade e a sua propriedade, atuam como diretivas ao Estado, o qual deve zelar pelos indivíduos, que compõem o território de forma igual. Inicialmente, o zelo se referia às melhores condições de trabalho, depois a Constituição de Weimar trouxe também disposições quanto à educação.

Nesta toada, após duas Grandes Guerras Mundiais, diante da destruição em massa, do enorme contingente de vidas perdidas, o ser humano entendeu que cada ser, independentemente de sexo, língua ou religião, é digno e merece respeito, de modo que foram surgindo documentos internacionais para sua valorização e em favor da paz.

A Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH) é de 1948 e:

[...] buscou um amplo reconhecimento dos direitos sociais, transformando-se, neste ponto, em um relevante marco histórico, na medida em que consolida a noção de direitos sociais como direitos intrínsecos à natureza humana, apontados, portanto, como de observância necessária por todos os Estados do mundo (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 55).

Ainda, “com a DUDH torna-se inequívoco que não há liberdade sem igualdade, nem tampouco igualdade sem liberdade” (FIGUEIREDO, 2007, p. 30).

Logo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento cogente, o qual almeja disseminar a importância do ser humano, cujas características elementares e intrínsecas que o compõem, muitas vezes classificadas como direitos, devem ser de observância obrigatória por parte dos Estados. Igualmente, foi necessário que os homens passassem pela exploração no trabalho para perceber que necessitam de igualdade, aliada à sua liberdade. Foi necessário passar por guerras, revoluções e escravidão, isto é, presenciar uma completa degradação de seus semelhantes, para perceber que não é suficiente que os seres humanos sejam iguais, eles devem também ser livres. E, acima de tudo, devem, também, ter sua dignidade defendida e assegurada.

Além do que, a saúde foi reconhecida indiretamente como direito na Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que ela é considerada como fruto do direito a um nível de vida adequado, a ser garantido ao indivíduo e sua família¹(DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 19).

Mariana Figueiredo (2007, p. 32-33) observa que, com a DUDH, os direitos humanos passaram a ser compreendidos pelas seguintes características: universalidade, indivisibilidade, e interdependência, em razão da dignidade humana e pelo fato dos direitos atuarem de forma unificada ou conjugada. A indivisibilidade se refere ao fato da violação de algum direito econômico, social ou cultural culminar, via reflexa, no desrespeito a direitos civis e políticos, visto que a hipossuficiência econômico-social gera a vulnerabilidade de gozo de direitos civis e políticos. A seu turno, a interdependência indica que nenhum direito pode ser exercido sem os demais, havendo reciprocidade e mútua dependência entre eles. Por fim, a universalidade consiste em direitos que se encontram nas origens da sociedade, representando a dimensão de vida política do ser humano.

¹ Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (BRASIL, online).

Com efeito, o direito a saúde consta na DUDH como um direito relacionado à vida e a dignidade como forma de garantia de condições que sejam propícias ao exercício da vida, pelo menos o mínimo básico para a sobrevivência. E, como direito humano que é, a saúde consiste em um direito universal, indivisível e interdependente, o que significa que na condição de humano, o indivíduo já é um titular do direito à saúde, sendo portador desse direito da mesma forma que seu grupo social, e não pode exercê-lo sozinho, pois sempre estará no exercício de seu direito à saúde, também gozando, ao menos, do direito à vida e da dignidade humana.

Em 1966 foram promulgados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) pela Organização das Nações Unidas.

Na concepção de Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 56), o PIDESC possibilita a compreensão conceitual do que e quais seriam os direitos sociais, já indicando indiretamente que eles se relacionam a uma proteção material do indivíduo, a partir de uma ampla perspectiva que envolve a intervenção do Estado nas relações de trabalho, a prestação de serviços públicos, especialmente nas áreas de saúde e educação, resultando numa ressignificação de direitos como a liberdade e a propriedade, os quais passam a ter uma conotação social.

Insta salientar que embora sejam formados por uma conotação coletiva, de proteção de grupos sociais, muito devido ao seu surgimento, nada impede que os direitos sociais tenham como titular o próprio indivíduo em si. Posto isso, os direitos sociais são de todos e para todos, seja como uma garantia a determinado grupo que se encontra em uma relação de hipossuficiência, seja para o indivíduo que dele carece, seja para o Estado, cuja atribuição é garanti-los a todos de maneira igual.

Assim, esses direitos são indicativos de que a sociedade é desigual e pode até ser injusta, mas com base neles, é preciso primar e efetivar a igualdade, vez que se tratam de características tão ínsitas para o indivíduo como sua própria vida, sua liberdade, e que, na verdade, também necessitam ser asseguradas pelo fato de a partir deles ser possível um melhor exercício da vida, a melhoria de suas condições.

E mais, os direitos sociais, econômicos e culturais, seja com conotação de defesa ou prestacional, consistem na exigência e concretização da dignidade humana. No que tange aos direitos a prestações fáticas e jurídicas, eles estão a serviço da igualdade e da liberdade material, com a finalidade de proteger o indivíduo em face de suas necessidades materiais e pela garantia de condições de vida digna (SARLET, 2002, p. 95).

Por isso que,

Já os direitos econômicos, sociais e culturais, em vez de uma substituição, teriam mais propriamente buscado corrigir as disfunções que o paradigma privatista possuía. Dessa maneira, apareceriam como posições jurídicas subjetivas, individuais ou coletivas, configuradas segundo a lógica de um paradigma diverso, caracterizado como (a) um direito de grupos, isto é, do homem situado ou qualificado pelo grupo a que pertence, e não apenas de indivíduos isoladamente considerados; (b) um direito de desigualdades, que pudesse operar como instrumento de equiparação, igualação, ou compensação – o que rechaçaria a igualdade formal do direito privado clássico; (c) um direito ligado a uma específica sociologia, orientada a assinalar quais são as relações sociais pertinentes e as necessidades ou aspirações daqueles grupos, com isso afastando a filosofia e a moral que fundamentariam o direito privado clássico. Todas essas características convergiriam para o uso do poder estatal enquanto instrumento de equilíbrio das situações de disparidade – pela garantia de *standards* de vida mínimos, melhores oportunidades a grupos sociais preteridos e, ainda, compensação das diferenças de poder entre particulares. Daí por que o valor que normalmente se destaca nos direitos sociais é a igualdade, numa vertente material ou fática (FIGUEIREDO, 2007, p. 28-29).

Os direitos sociais vêm, então, para somar direitos aos homens, os quais já eram livres e detinham o direito e a garantia quanto a sua própria propriedade. Contudo, não é possível apenas isso a fim de assegurar sua sobrevivência. De modo que, tanto ao indivíduo ou ao grupo social, era necessário garantir parâmetros concretos para que eles fossem tratados como iguais e recebessem contraprestações por esses direitos por parte do Poder Público.

A transformação dos direitos econômicos, sociais e culturais em lei, seja na Constituição ou em legislação infraconstitucional, contudo, não é suficiente. Esses direitos devem ser realizados de fato, exigindo medidas administrativas e ações sociais para sua compreensão. O sucesso desta transformação depende da evolução da cultura dos direitos humanos, na qual os indivíduos aceitem tanto seus próprios direitos, quanto seus deveres na comunidade, o que irá tornar o usufruto de seus direitos possível (EIDE *et al*, 1995, p. 20, tradução nossa).

Os direitos sociais, culturais e econômicos, tal qual coloca o autor acima, geraram uma transformação social, política e econômica, mas de nada adianta eles apenas serem marcados pelo efeito transformador, de tal maneira que eles devem ser incluídos e adotados na realidade fática e concreta, sendo que seu sucesso se dará quando o indivíduo se compreender como um ser de direitos e deveres para com a comunidade em que ele vive, justamente como uma forma de garantia desses direitos.

Quanto ao direito à saúde, o que se percebe é a visualização do indivíduo como sujeito de direitos que cada vez mais reclama ao poder público e ao Judiciário sua efetivação, a qual, conseqüentemente, depende de seus deveres, deveres socioambientais, de manter sua residência e seu entorno limpo e salubre, de não acumular água limpa parada, realizar a separação de seu lixo, bem como a contribuição com parte do fruto de seu trabalho para o pagamento de impostos, os quais vão se transformar em receita orçamentária para eventuais investimentos em saúde. Não basta ser o detentor de um direito e exigí-lo de maneira incessante, se seu detentor também não realizar os deveres que contribuem na efetivação do seu direito.

Houve uma modificação acerca da concepção de direito, a partir do século XIX, com a implementação do Estado do Bem-Estar Social, ocasionando uma ampliação do direito público, o que não significa um direito mais coator quanto à prestação de serviços públicos, entretanto, um direito mais desigual, pois prezava pela igualdade material, e pela instituição de direitos subjetivos, sujeitos ao recebimento de prestações, com eficácia a ser avaliada, permitindo-se a fiscalização da administração pelo Parlamento). Ocorreu a generalização da intervenção estatal com a utilização do direito para orientar outras áreas como a economia, a educação, a cultura, dentre outras, consoante o interesse de todos e não do mercado, com a regulamentação e planejamento de políticas privadas. O direito se tornou extremamente detalhado, através de portarias e circulares destinadas ao público, sendo dirigido pela administração pública (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 15).

O Estado do Bem-Estar social foi uma quebra de paradigma ao Estado Liberal, pois ele trouxe para a Administração Pública o controle, a organização e a gestão da maior parte dos meios de produção, visto que houve a apropriação do direito. Logo, o que se percebe é que havia uma tentativa de romper com a extrema desigualdade, em especial através de ações concretas, não tanto pelos meios legais, foram realizadas políticas com a atuação de empresas públicas e privadas, a implantação do sistema legal de freios e contrapesos entre os poderes. O objetivo não era de que o Estado fosse paternalista, e sim implantasse mecanismos para coibir a excessiva desigualdade, mas também gerasse lucros e se desenvolvesse, motivo pelo qual o Estado passa a gerir e a intervir em praticamente todas as áreas (política, social e econômica).

A seu turno, Canotilho (2010, p. 18) considera que:

- (1) o Estado Social é o tipo de Estado que coloca entre os seus princípios fundantes e estruturantes o princípio da socialidade;
- (2) o princípio da socialidade postula o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais; e

(3) a garantia dos direitos sociais pressupõe uma articulação do direito (de todo o direito, a começar pelo direito constitucional) com a economia intervencionista progressivamente neutralizada pela expressão do mercado global.

Destarte, tendo em vista as questões trazidas pelo Estado do bem-estar social, ele se revela apenas como um período socioeconômico da História, preponderando no direito a aceção do Estado Social como aquele que resguarda os direitos sociais, porque difunde o princípio da socialidade, segundo o qual é necessário haver instrumentos justamente para assegurar os direitos sociais, o que exige a tutela do direito, principalmente e de início, o direito constitucional, e, uma união com a economia intervencionista, a qual vem sofrendo fortes influências da globalização.

Isso significa que o Brasil se caracteriza como um Estado Social, no qual não são apenas assegurados direitos sociais pela Constituição Federal vigente, como também indica que o Estado, por ter aderido a tal modelo, precisa intervir na economia cada vez mais globalizada, tanto no que se refere à garantia de mercado interno, como, em consequência, sua sobrevivência no que diz respeito aos cofres públicos e os casos em que ele atua também no mercado.

Isso porque, enquanto os direitos individuais de liberdade surgiram como uma forma de limitar o poder do Estado, os direitos sociais demandam, para serem realizados concretamente, que não haja apenas a declaração verbal, e sim sua proteção efetiva, conseqüentemente, aumenta-se o poder estatal no Estado Social (BOBBIO, 2004, p. 67).

Portanto, para Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 16):

tanto a noção de direito como a de saúde no Estado Contemporâneo implicam a mais ampla compreensão do ambiente em que será realizado o direito à saúde. É preciso que o legislador, o administrador e o juiz possam orientar-se em meio a tantas variáveis sociais, econômicas e culturais que participam da definição do estado de saúde das pessoas. São normas jurídicas que deverão revelar o sentido exato de saúde albergado por determinada comunidade. Aplicar o direito à saúde no século vinte e um exige que se verifique a cada momento da deliberação e da execução da política sanitária a obediência à Constituição, tanto preservando o valor saúde nela conceituado, quanto buscando ouvir o povo para definir as ações que concretamente garantirão a saúde naquela situação específica. Em suma, na sociedade contemporânea, o direito à saúde exige tanto a participação do Parlamento, legítimo representante dos interesses envolvidos no processo de produzir e consumir quanto de controlar os riscos sanitários, como a participação dos cidadãos na elaboração e implementação das normas e ações destinadas à promoção, à proteção, e a recuperação da saúde.

No tocante ao direito à saúde como um direito comum, ele demanda do Poder Público a elaboração de políticas públicas relativas à sua proteção, promoção e recuperação. Com isso, o Estado como um todo deve ser proativo nessas ações, desde a identificação das necessidades e carências, a organização de projetos, bem como as políticas de vacinação, saneamento básico, e todas as características externas ao indivíduo e relativas ao ambiente que o cerca devem ser avaliadas e melhoradas, pois elas interferem diretamente na sua saúde.

Além do mais, o Poder Executivo, como gestor, pode criar projetos, parcerias, e destinar recursos como forma de investir e aprimorar o direito à saúde dele e das outras pessoas. Ao passo que, o Poder Legislativo atuará na regulamentação dos instrumentos legais apropriados para dar efetividade ao disposto no texto constitucional.

Destarte, o direito à saúde, na sua acepção como direito social, consiste em: um direito subjetivo, isto é, trata-se de uma prestação pública a ser concretizada por ações e serviços por parte do Poder Público; uma atividade normativo-reguladora do Estado, vez que depende dele para se materializar; e instrumento assecuratório, ou seja, mecanismo para propiciar o exercício das garantias que ele externa, permitindo a proteção dos interesses envolvidos, como o acesso à jurisdição (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 68-69).

O direito à saúde possui uma dimensão negativa, ou como direito de defesa, indicando que, como bem jurídico fundamental, a saúde se encontra protegida de ameaças de terceiros, de sorte que o Estado e os particulares não podem interferir no sentido de prejudicar a saúde de alguém. Isto posto, qualquer ação pública ou particular que ofenda a saúde de alguém é inconstitucional, podendo vir a ser objetivo de ações judiciais, individuais ou coletivas, em controle concreto ou abstrato de constitucionalidade (SARLET, 2007, p. 10).

Portanto, o direito à saúde é um direito do indivíduo, de poder exigir prestações do Poder Público, concretizadas através de políticas públicas em prol da promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como se trata de um direito de defesa, o qual deve estar protegido da ameaça de terceiros, seja este o Estado ou o particular. Consequentemente, por essas razões, as ameaças e ações que aviltem o direito à saúde de alguém ou de um grupo de pessoas podem ser amparadas e tuteladas por ações judiciais, individuais ou coletivas, seja por via de controle abstrato ou difuso de constitucionalidade.

Aliás, como é um direito prestacional, o direito à saúde demanda uma atuação positiva do Estado, especialmente por meio de ações materiais e legislativas. E,

[...] esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois seu cumprimento implica uma caminhada progressiva

sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficácia e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita (CLÉVE, 2003, p. 21).

Ou seja, o direito à saúde, bem como os demais direitos sociais, precisa de políticas públicas com vistas a sua efetivação, no entanto, não é possível assegurá-los em sua plenitude ou de maneira que se satisfaça as necessidades de todos. Isso porque, dadas as diferenças sociais, econômicas, e culturais que compõem a sociedade brasileira é quase impossível atender as solicitações mais diversas em termos de qualidade, quantidade e aspectos econômicos de todos. Por outro lado, também não é cabível a adesão dessas justificativas com a finalidade de não garantia dos direitos sociais.

Logo, os direitos a prestações demandam ações positivas fáticas, que quando são propiciados a um sujeito em particular, denominam-se direitos a prestações em sentido estrito, ademais, não se tratam apenas de prestações fáticas, como também são necessárias prestações normativas, ao passo que quando são necessárias prestações normativas, estar-se-á tratando de direitos a prestações em sentido amplo (ALEXY, 1993, p. 195-196).

Consequentemente, como um direito às prestações o direito à saúde vem sendo exigido de maneira estrita pelos que o titularizam, o que prejudica sua concessão coletiva, todavia, normativamente ele está bem assegurado, visto que disposto, sobretudo, na CF/88 e na LOS.

A efetivação dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, frente às inúmeras demandas e necessidades sociais, necessita ter uma boa gestão orçamentária, seja no tocante aos gastos e investimentos, seja em sua distribuição, sendo que o ideal que impera quanto aos direitos sociais é o de uma justiça distributiva, a partir da verificação das prioridades a partir do montante de riqueza e despesa.

Isso porque, se o Estado tem possibilidade jurídica e fática de fazer algo, mas não o faz, e essa omissão, concretamente, gera uma ameaça, sem justificativas, de causar um dano a uma pessoa, então essa pessoa possui o direito de demandar uma ação fática positiva do Estado (ARANGO, 2005, p. 154).

Assim, o indivíduo que esteja ameaçado ou esteja sofrendo danos perante a omissão do poder público em lhe assegurar ou efetivar direitos, pode exigir do Estado a tal prestação na forma de uma ação concreta, a exemplo daqueles que possuem patologias não amparadas

por políticas públicas e por serviços públicos que lhes garantam o tratamento dessa enfermidade, podem reclamar ao Estado o tratamento.

Os direitos humanos impõem três tipos ou níveis de obrigação ao Poder Público: a obrigação de respeitar, proteger e de realizar. A obrigação de realizar incorpora a obrigação de garantir e facilitar. O Estado deve, em um primeiro nível, respeitar os recursos conseguidos pelo indivíduo, sua liberdade em encontrar um emprego de sua preferência, tal qual sua liberdade em utilizar seus recursos individual ou coletivamente com outras pessoas para satisfazer suas necessidades, devendo ser respeitados também os recursos econômicos que a coletividade, inclusive as populações indígenas, possuem para satisfazer suas necessidades (EIDE *et al*, 1995, p. 22, tradução nossa).

Em nível secundário, a obrigação de proteger consiste na liberdade de ação no tocante ao uso desses recursos contra o outro, seja na garantia de interesses econômicos, em face de fraudes, nos comportamentos não éticos no mercado e no comércio, seja nas relações contratuais, dentre outros. Já no nível terciário, a obrigação é de realizar os direitos sociais, econômicos e culturais de todos, sejam eles mediante sua facilitação ou previsão direta a partir de instrumentos relevantes (EIDE *et al*, 1995, p. 22, tradução nossa).

O poder do Estado se vincula, então, a três níveis de realização dos direitos humanos, relativos à sua proteção, respeito e realização. O respeito é o pressuposto básico, uma vez que o Estado deve reconhecer os indivíduos como dignos e sujeitos de direitos e deveres, igualmente, deve entender que o indivíduo é livre para buscar o emprego que deseja e para utilizar seus recursos auferidos. Em segundo lugar, a proteção incumbe em atribuir liberdade ao indivíduo ou ao grupo para aplicar seus ganhos da maneira que desejarem. Finalmente, a obrigação de realizar direitos se relaciona a sua garantia e facilitação com instrumentos hábeis para tanto, isto é, ações sociais, políticas públicas, ações afirmativas, por exemplo.

Impende salientar que a dimensão subjetiva dos direitos sociais consiste em posições jusfundamentais, na sua acepção como direitos subjetivos, os quais permitem ao titular solicitar em juízo uma prestação positiva ou negativa. Enquanto a dimensão objetiva denota o dever que o Poder Público possui de respeitar e seu compromisso para com os direitos fundamentais. Com efeito, o Poder Público deve agir no sentido de dar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, mediante a prestação dos serviços públicos necessários, o exercício de poder de polícia, e a atuação legislativa em prol da concretização dos dispositivos constitucionais. A seu turno, em razão da dimensão objetiva, o Judiciário está vinculado a respeitar o texto constitucional, a partir de uma filtragem constitucional, isto é, interpretando

os dispositivos infraconstitucionais sempre em conformidade com a Lei Maior, seja na relação entre Estado e cidadão, seja nas relações entre particulares (CLÉVE, 2003, p. 22).

Nota-se que os direitos fundamentais, da mesma forma como os direitos sociais, podem ser vislumbrados de variadas maneiras. No tocante às dimensões subjetiva e objetiva, importa destacar que o indivíduo titular do direito pode reclamar sua aplicação e efetividade ou inefetividade frente ao Judiciário, da mesma forma, o Estado detém como uma de suas funções a garantia de direitos, isso posto, deve então fazê-lo por meio dos poderes que os compõem, na elaboração e eficácia de políticas públicas e na interpretação judicial conforme à Constituição.

A maior dificuldade quanto aos direitos sociais reside no fato de sua estrutura, que em linhas gerais, associa-se a normas programáticas, diretrizes ou mandados de otimização, os quais se caracterizam por poderem ser cumpridos em graus diferentes, dado que não prescrevem uma conduta específica, mas somente a obrigação de buscar certos fins, sem a imposição dos meios apropriados para tanto, ou sua plena satisfação estar relacionada à realização de políticas, promoção de condições, e, ainda, sem que sejam estabelecidas condutas legislativas determinadas como legalmente devidas, de forma que não é possível saber a que ponto se dá a inadimplência do direito. O mesmo ocorre quando os princípios adotam a forma externa de direitos, pois são tão imprecisos que dificilmente podem ser estabelecidas prestações concretas a partir de sua interpretação (SANCHÍS, 2004, p. 68, tradução nossa).

Ainda, pondera Rodolfo Arango (2005, p. 65) que os direitos podem se expressar em enunciados garantindo direitos individuais ou em enunciados garantindo metas políticas, as quais detêm um caráter não contributivo, sendo que sua aplicação prática e argumentação é que determinarão sua forma de reconhecimento apropriada.

O fato é que os direitos sociais são defendidos como normas programáticas a serem intentadas ao longo do período de vigência da Constituição, para cumprir também com os seus fins. No entanto, esses direitos não podem funcionar dessa forma, porque não atribuem prestações e políticas concretas, e a lei, no tocante à Administração Pública, deve ser o mais concreta possível, visto que são poucos os âmbitos de discricionariedade, da mesma forma com os princípios.

Ou então, aderindo ao entendimento de Arango, é na concretização do direito que restará evidenciado se ele consiste numa aplicação necessária ou numa meta a ser alcançada.

A seu turno, Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 218) considera que a positivação de direitos sociais mediante normas programáticas demonstra um dever de agir por parte do

Estado, de modo que tais normas possuem densidade distinta, algumas vezes estão vinculadas a enunciados genéricos, outras estabelecem tarefas para o Estado com clareza.

Por sua vez, Canotilho (2003, p. 1.177) argumenta que as normas jurídicas são atuais, razão pela qual “têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa”, de modo que a Constituição não possui “simples declarações”, as quais não se atribui caráter normativo, na verdade, o seu conteúdo concreto é que possibilitará a abrangência de determinado valor, diferentemente das normas constitucionais de aplicação direta, que são exequíveis por si mesmas.

Outrossim,

Sempre que a norma constitucional definir uma tarefa ao Estado, permitindo, deste modo, a depuração de um dever de agir, embora não enseje qualquer tipo de direito subjetivo, individualmente apurável, ao administrado, cria-se uma obrigação estatal, que, sob o crivo da razoabilidade, por ser judicialmente exigida (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 218).

Dessa maneira, Nunes Júnior considera que, a norma constitucional que determina uma ação do legislador, mesmo que não crie nenhum direito, gera uma obrigação ao Estado, passível de ser exigida judicialmente. Enquanto Canotilho acredita na eficácia da Constituição, cujas normas devem ser cumpridas e concretizadas, e não apenas serem encaradas como um programa de metas para o futuro, diferenciando-se da aplicação imediata de certas normas, as quais se efetivam de forma instantânea.

Ora, seria muito cômodo que o legislador apenas se justificasse dizendo que está dando eficácia às normas programáticas, mas que como se tratam de projetos futuros e abertos, tais questões não precisam ser concretizadas nos tempos atuais. Muito pelo contrário, para exercer uma vida digna, o ser humano precisa de saúde e é necessário assegurar sua efetivação mediante políticas públicas.

Pois bem, a Constituição não é apenas um ser, como também um dever-ser, razão pela qual não irradia somente as condições fáticas de sua vigência, em especial as forças sociais e políticas, devido à pretensão de eficácia, “a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”, sendo determinada e determinante para com ela (HESSE, 1991, p. 15).

Destarte, é importante que a Constituição possua normas programáticas a serem realizadas de forma prospectiva, contanto que esteja também sendo aplicada e efetiva à realidade social e cumprindo seus ditames nela.

Por essa razão,

[...] a força vital e a eficácia vinculante da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo, o que possibilita seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida (HESSE, 1991, p. 18).

Posto isso, a Constituição disciplina direitos e deveres porque a humanidade teve que passar por muitas situações de conflito para notar quão necessária é a vida em sociedade, de forma cooperativa, e que o indivíduo seja reconhecido como tal a partir de sua dignidade e direitos. Então, ao mesmo tempo em que já se passou pelo período de aquisição e conquista de direitos fundamentais básicos ao indivíduo e ao grupo, a realidade agora é de concretização desses direitos frente aos desafios da modernidade e da administração pública.

O direito à saúde está inserido nesta realidade, uma vez que, nos moldes do artigo 196 da Constituição, a saúde é bem de todos e dever do Estado, devendo ser assegurada mediante “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, online). As políticas se mostram abstratas eis que apenas denotam que devem ter caráter social e econômico, para combater enfermidades, outros agravos (também não definidos ou delimitados legalmente) e proporcionar acesso universal e igualitário, o que vai de encontro com os fins constitucionais de 1988.

Com efeito, sabe-se que são necessárias políticas públicas e investimento econômico e tecnológico para resolver e melhor atender as demandas por saúde pública no Brasil, todavia, como a lei se mostra abstrata, são necessárias algumas doses de proatividade e discricionariedade política na delimitação de políticas, investigação de demandas e deficiências, posto que a vida humana e os problemas de saúde não podem ser apenas concretizados por metas, pois o risco é atual e iminente, exigindo ações e políticas no presente, bem como sua eficácia e efetividade.

Nesse sentido,

Quanto ao direito à saúde, importa reconhecer que na maior parte das cidades brasileiras o saneamento básico (uma das extensões do direito à saúde) não atende à totalidade da planta urbana, devendo o Poder Público levar o sistema de esgotamento sanitário (com tratamento, exigência de natureza social-ambiental) e de água tratada às residências não atendidas. Neste caso, a dimensão objetiva do direito à saúde extrai-se da possibilidade do aforamento de medidas judiciais coletivas orientadas para compelir o poder público a adotar uma política pública para que num prazo determinado

(cinco, dez, quinze anos de acordo com a capacidade de arrecadação) atenda a todo o universo de residentes do Município (CLÉVE, 2003, p. 23).

Desta feita, olhar para a saúde somente na recuperação e tratamento de doenças é uma forma muito pequena, visto que seu universo compreende a prevenção e a proteção, e isso se dá por causa da interferência do meio onde se vive na qualidade de vida, motivo pelo qual, uma das formas básicas de proteger a saúde dos indivíduos está na garantia de saneamento básico e água tratada em todos os municípios brasileiros, realidade essa que ainda não foi concretizada e precisa de atenção por parte do Poder Público, considerando que a produção de lixo aumenta cada vez mais e a destinação que se tem dado ao lixo, na maioria dos casos, não é a adequada, de tal maneira que tudo isso gera um quadro de poluição e doenças geradas pela precariedade e insalubridade do ambiente.

Ricardo Pinha Alonso (2012, p. 129-130) discorre que, como o direito à saúde foi consagrado e detalhado pela Constituição de 1988, no que tange a seus princípios, consequências, órgão gestor, diretrizes e desenvolvimento de políticas públicas, planejamento e execução orçamentária, é inegável que ele detém força normativa plena nas funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Logo,

Com a densidade normativa que dispõem tais regras, é de se esperar que tenham apoio da atividade jurisdicional do Estado na concretização. Neste caso, não estará, o Judiciário, ao determinar a prestação da atividade que garante o direito social, interferindo no exercício das funções de outros poderes mas determinando o cumprimento da norma constitucional que traz consigo conteúdo suficiente para aplicabilidade direta. Efetivamente não são normas que dispõem sobre meros compromissos a serem um dia alcançados, fixando diretrizes e princípios sem densidade normativa. São normas completas, prontas e que exigem aplicação imediata, ainda que permitam a intermediação legislativa, desejável como já referido, mas não indispensável (ALONSO, 2012, p. 130-131).

Por conseguinte, as normas que tratam acerca do direito à saúde na Constituição são bem completas, podendo ser mais esclarecidas pelo legislador, em especial, infraconstitucional, porém, ainda que não sejam objeto de desenvolvimento pelo legislador, as normas acerca de direito à saúde na Constituição da República de 1988 são de aplicação imediata, sendo possível sua exigibilidade judicial.

Tendo em vista que a “interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada condição em si” (HESSE, 1991, p. 22-23), a melhor forma de dar sentido e

aplicação ao direito à saúde é interpretando-o não como uma norma programática, mas como uma norma de aplicabilidade direta e imediata.

Pois bem, uma vez que a Constituição de 1988 caracterizou o direito à saúde como um direito social, percebe-se que ele pode ser dirigido a um grupo ou indivíduo vulnerável, não se relacionando apenas ao tratamento e ausência de enfermidades, e sim à promoção, proteção e recuperação da saúde.

A saúde se relaciona às condições de vida, ao bom exercício dessa vida, via reflexa, digna, e, para tanto, não é necessário apenas que o Poder Público invista em saúde, pois esse direito lhe exige a realização de políticas públicas, é indispensável que haja proatividade, boa organização, boa gestão econômica, um estudo e a definição de carências e prioridades. Ainda assim, caso não existam boas condições para o exercício de uma vida digna, condições estas relacionadas ao meio que cerca o indivíduo ou grupo, a situação precisa se modificar e se aprimorar, porque só assim estar-se-á garantindo e efetivando o direito à saúde.

1.3. O Direito à Saúde Como um Direito Fundamental

Uma vez entendido como um direito de acepção social, inclusive pela própria Constituição de 1988, é preciso verificar e estabelecer se o direito à saúde é ou não um direito fundamental também.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como:

[...] o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade), (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 15).

Então, os direitos fundamentais se expressam a partir de princípios e regras indicando formas de proteção às características mais ínsitas do ser humano, relacionadas à sua liberdade, carências e vulnerabilidades.

A seu turno, Mônica Serrano (2012, p. 12) caracteriza os direitos fundamentais como os “previstos em uma determinada ordem constitucional, com o objetivo de proteger a dignidade da vida humana em todas as suas dimensões”.

Nestes termos, para a autora, consistem os direitos fundamentais em direitos previstos na Constituição dos países cujo escopo é a proteção da vida do ser humano em todos os seus aspectos. Consequentemente, como a saúde é um direito previsto na Constituição de 1988, o qual busca proteger a vida dos indivíduos, bem como preservar sua dignidade, a partir de condutas e políticas relacionadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, trata-se, ao que tudo indica, de um direito fundamental.

Os direitos fundamentais são também associados à concepção de justiça, dado que o ser humano detém um estado de natureza primário de extrema liberdade, o que gerará conflitos com outros seres humanos no exercício de sua liberdade extrema. Então, consubstanciou-se um pacto entre os homens, no qual eles cederam parte de sua liberdade para que fosse institucionalizada uma figura maior, a qual se responsabilizaria pela gestão da vida em sociedade.

Dessa forma, o poder estatal deveria positivar e garantir de direitos,

Ainda que a positivação dos direitos humanos assuma mais a forma de uma declaração de direitos fundamentais que de um programa político constitucional – em ambos os casos, as possibilidades de vincular tanto a entidade jurídica como a entidade do Estado, desde o começo, a princípios da justiça, não estão esgotadas. Para que a obrigação da justiça chegue a seu pleno desempenho, existe um instrumental de etapas que começa com a garantia dos direitos humanos e continua na veiculação da legislação com a constituição, bem como o exame desta veiculação pela suprema corte como um tribunal constitucional. E ainda, o governo e a administração devem estar submetidos à constituição e às leis conformes com a constituição, e esta submissão necessita novamente de exame, por exemplo, na forma de tribunais administrativos (HOFFE, 2006, p. 421-422).

Isto posto, os direitos fundamentais são os limites e as obrigações do Estado, os quais funcionam não só como características ínsitas e inerentes aos seres humanos, como também vinculam o poder público, pois simbolizam a concretização da justiça.

Aliás, os direitos fundamentais também “são parte da legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes” (HÄBERLE, 2002, p. 37). Ou seja, os direitos fundamentais são um dos mecanismos que possibilitam uma interpretação plural (por parte de todos os membros da sociedade) da Constituição, justamente pelo fato deles existirem pelo seu conteúdo.

Nesta esteira,

Democracia, direitos do homem e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e

protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica de conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais, haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo (BOBBIO, 2004, p. 1).

Ou seja, no regime democrático é possível que todos os indivíduos tenham reconhecidos um conjunto de atributos fundamentais e inerentes a si para propiciar o exercício da sua vida, sobretudo, com dignidade. Além do que, as atribuições do poder estatal se referem a organizar, gerir, acompanhar, promover e efetivar os direitos fundamentais do homem enquanto tal e a paz.

Por outro lado, há uma colisão entre a democracia e os direitos fundamentais, a qual resulta no problema de distribuição de competências entre o Legislativo, responsável legitimado e diretamente eleito, e o Tribunal Constitucional, enquanto órgão indiretamente legitimado democraticamente (ALEXY, 1993, p. 433). Isso posto, nota-se a importância da democracia na efetivação dos direitos fundamentais, da mesma forma como é indispensável perceber que existem diferenças entre as funções estatais, as quais estão bem delimitadas quanto as suas atribuições, temática que abordar-se-á posteriormente.

A seu turno, a dignidade pode ser compreendida “como qualidade intrínseca de todo ser humano, é irrenunciável e inalienável, qualificando-o como tal e dele não podendo ser descartada” (FIGUEIREDO, 2007, p. 52). Com efeito, a dignidade humana, além de fundamento do Estado Brasileiro, insculpido na Constituição da República de 1988, é um valor e princípio que rege o ser humano e a vida em sociedade, pois cada ser assim o é, porque é digno, condição esta que faz parte dele e que não pode ser-lhe retirada ou aviltada, vez que, neste último caso, haverá consequências, de acordo com a Constituição, e as demais leis do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Ana Paula de Barcellos (2011, p. 132), o conteúdo jurídico da dignidade humana tem relação com os direitos fundamentais ou humanos, ou seja, o indivíduo terá sua dignidade respeitada se lhe forem assegurados e realizados esses direitos, apesar da dignidade não se esgotar neles.

De tal maneira que é inegável que uma vez que uma pessoa possa exercer sua liberdade, e seja tratada de forma igual, respeitadas as desigualdades, tendo acesso a prestações públicas de saúde, educação e moradia, à alimentação de boa qualidade, a ponto dela conseguir “viver bem”, ela também será considerada digna.

O viver bem não se relaciona apenas a aspectos econômicos, mas pode ser entendido, de início, antes da abordagem acerca do mínimo existencial, como o equilíbrio entre as possibilidades governamentais e as necessidades sociais e individuais.

Na acepção de Ingo Sarlet (2002, p. 62), a dignidade humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Logo, este conceito aborda de maneira abrangente a importância e a relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, demonstrando que todos são iguais, sendo que os direitos fundamentais funcionam como a defesa do ser humano em face das intervenções desumanas e degradantes, e são paradigmas para a manutenção de uma vida em condições básicas de participação e existência com os demais indivíduos, tudo isso graças a sua qualificação como seres dignos, isto é, que possuem dignidade.

O autor, então, defende que a dignidade humana, funcionando como valor e princípio normativo fundamental, associada aos direitos fundamentais, possibilita seu reconhecimento e proteção em todas as suas dimensões. Caso não haja o reconhecimento dos direitos fundamentais ínsitos à pessoa humana, isso implica na negação de sua dignidade (SARLET, 2002, p. 90). Posto isso, não assegurar a saúde como direito de todos é o mesmo que dizer que o ser humano não é digno.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como um sistema, uma vez que as normas que os envolvem interagem o tempo todo, sempre com o escopo de proteger o ser humano. De tal maneira que um direito leva a outro, e influência em mais outro. Se não fosse por análise sistemática, eles não poderiam ser analisados como proposições somadas e dispostas isoladamente (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 15).

Logo, os direitos fundamentais são direitos dos seres humanos justamente porque eles são humanos, acompanhados de seus respectivos deveres. Esses direitos têm um estudo e até um ramo de atuação particularizada, mas, na maioria dos casos, um direito precisa de outro, chama outro.

Bem, por isso, convém destacar que o direito à saúde está intrinsecamente relacionado ao direito à vida e a dignidade humana, uma vez que ausentes essas condições não há direito à

saúde, da mesma forma que a garantia do direito à saúde se relaciona à igualdade e à integridade física e corporal. Ou seja, o tempo todo, os direitos e até valores fundamentais se associam, o que permite sua análise em conjunto e separadamente.

Nesse sentido, para Ingo Sarlet (2018, p. 336), o direito à saúde também está: “umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível”.

Destarte, os direitos fundamentais, seja porque incorporam a moral pública e não flutuam sobre o direito positivo, porém migram entre suas fronteiras, exibem uma força expansiva extraordinária, responsável por inundar, impregnar ou irradiar sobre todo o sistema jurídico, não são previstas legalmente em algumas esferas de poder envolvendo o indivíduo e o Estado, fazendo-se operar em todas as relações jurídicas, de modo a ser possível argumentar que não existe problema sério que não encontre resposta, ou pelo menos, orientação, na Constituição e nos direitos nela previstos. Atrás de cada preceito legal se materializa uma norma constitucional que o confirma ou contradiz, razão pela qual se percebe que o sistema jurídico está saturado de princípios e direitos (SANCHÍS, 2004, p. 51, tradução nossa).

Existem os que argumentam que são muitos os direitos e princípios que amparam o indivíduo, pois bem, os direitos são características inerentes ao ser humano, a ponto de lhes permitirem gozar da vida em condições básicas, ademais, tratam-se de conquistas históricas frutos de aviltamentos, degradações e desigualdades. É necessária, então, a disseminação cultural de que todos os direitos culminam em deveres, os quais devem ser respeitados e realizados, o que muitas vezes não ocorre, gerando mais desigualdades e vulnerabilidades que, em consequência, ensejam uma maior exigibilidade de direitos, em especial frente ao Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais são divididos em categorias: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, os quais envolvem os direitos econômicos e culturais. Portanto, os direitos individuais são caracterizados como direitos de liberdade, garantindo-se à pessoa uma liberdade frente a não intervenção do Estado em seus aspectos, como os direitos ligados à liberdade de ser proprietário, à liberdade religiosa, liberdade civil e profissional, liberdade de opinião e liberdade de reunião etc. Os direitos políticos estão relacionados à participação dos indivíduos nos assuntos públicos, hoje entendidos como decisões políticas tomadas segundo a regra da maioria. Para os sistemas representativos, esses direitos envolvem o direito de votar e ser votado, o manejo de institutos como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o *recall*, o orçamento participativo, dentre outros. Por fim, os direitos sociais, econômicos e

culturais simbolizam a essencialidade, possuindo eficácia jurídica positiva ou simétrica (BARCELLOS, 2011, p. 134-135).

Saliente-se que não há oposição entre essas categorias de direitos, posto que “os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade humana” (BARCELLOS, 2011, p. 136-137).

Pela classificação abordada pela autora, os direitos sociais são uma das categorias dos direitos fundamentais, sendo essenciais à manutenção da vida e da dignidade, enquanto os direitos individuais são direitos relativos à liberdade e os direitos políticos, à participação política. Essas três categorias não se anulam ou se contradizem, na verdade, complementam-se, dado que a existência dos direitos sociais possibilita os direitos individuais e políticos em prol da efetivação da dignidade humana.

Para Rodolfo Arango (2005, p. 143, tradução nossa), os direitos de liberdade são o pressuposto lógico do mercado, assim como do procedimento político. De outro lado, os direitos sociais devem ser conquistados na luta política e consagrados pela legislação, já que eles implicam no acesso aos recursos sociais e na distribuição da riqueza social. Ademais, os direitos liberais são facilmente reconhecidos, o que possibilita sua proteção judicial. Pelo contrário, os direitos sociais requerem a garantia prévia dos recursos necessários para eles serem concretizados, bem como a determinação de quem, e em que medida, são os obrigados a uma prestação positiva. Sua garantia judicial, sem configuração legal prévia, é impossível.

Nota-se que o autor critica o excesso de legalismo dos países, em especial no tocante à garantia de direitos, na verdade, quanto aos direitos que causem dispêndios ao poder público. Desta feita, além dos direitos de liberdade serem caracterizados como direitos voltados ao indivíduo, sem a intervenção do Estado, eles decorrem das consequências do aprimoramento do mercado, a fim de que ele pudesse se expandir sem as amarras do Estado, enquanto os direitos sociais tiveram que ser conquistados mediante uma luta política, culminando em sua consagração legislativa, visto que envolvem os recursos públicos e a distribuição de renda.

Desde já, impende salientar que os direitos fundamentais são concebidos como os direitos positivados dentro de um ordenamento jurídico interno, enquanto os direitos humanos são os direitos presentes em declarações, tratados e outros documentos internacionais, bem como os direitos relacionados à proteção da igualdade, liberdade e fraternidade que não tenham ganhado a proteção jurídica de um país (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 23).

Os direitos fundamentais estão relacionados à liberdade do indivíduo, com o intuito de introduzi-lo no contexto social, seja no contexto político ou econômico, comprovando que,

como membro da sociedade, o indivíduo possui o direito de compartilhar suas decisões e fazer parte/também ser beneficiado dos resultados do esforço comum. Com isso, pelo conteúdo dos direitos fundamentais na Constituição Cidadã, além da dignidade humana, são carregados como valores: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 33-34).

A Constituição coloca bem no início de seu texto, já a partir do artigo quinto e no título II, a proteção e tutela dos direitos fundamentais, os quais enunciam valores de liberdade, igualdade, dignidade humana e a democracia em si, em sua versão política, econômica e social. O objetivo é demonstrar que após um período de aviltamento de direitos e desvalorização da condição humana que vinha desde a Primeira Guerra Mundial, passou pela Segunda Guerra e se expandiu no Brasil durante o Período Ditatorial, o homem passaria a ser reconhecido como um ser digno, portador de direitos e deveres, que devem ser amplamente respeitados e assegurados, justamente em favor da preservação da espécie, evitando-se o conflito, a violência e o extermínio de indivíduos por seu semelhante.

Destarte, os direitos fundamentais podem ser divididos entre direitos de defesa e direitos de prestação, consoante a função que eles realizam na relação entre Estado e cidadão. Os direitos de defesa são os que consistem em ações estatais negativas, ou seja, uma omissão estatal, limitando seu campo de atuação para garantir a liberdade do indivíduo. A seu turno, os direitos de prestação se referem aos que carecem de uma ação estatal positiva, como no caso dos direitos de organização ou procedimento ou a participação do cidadão em prestações fáticas, a exemplo do direito ao mínimo vital (ARANGO, 2005, p. 35).

Assim, para Arango (2005, p. 112), as omissões do Estado no sentido de não impedir ou não limitar os âmbitos de liberdade da pessoa não podem ser objeto de direitos fundamentais sociais, em razão de que o dano às obrigações de omissão sempre significa violação aos direitos de liberdade ou igualdade.

Nesse sentido, enquanto a liberdade demanda um não fazer estatal e é um direito de defesa do indivíduo, o direito à saúde necessita ser efetivado a partir de ações e prestações do Estado, consistindo em um direito de prestação. A omissão estatal, que implique em não estabelecimento de limites à liberdade individual, não é abarcada pelos direitos fundamentais sociais, visto que são danosas e violam a liberdade ou a igualdade.

Os direitos fundamentais possuem duas dimensões, a primeira almeja atribuir a seus titulares direitos subjetivos, ao passo que a segunda é de natureza institucional, cujo objetivo é delimitar o perfil do Estado que os protegerá e reconhecerá. Por esta razão, fala-se em Estado

Democrático Social de Direito, o qual demanda a garantia, proteção e o reconhecimento dos direitos fundamentais de liberdade e bem-estar social (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 217).

No plano da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, eles exercem ao menos três funções: a de defesa, prestação, e não discriminação. Isto é, os direitos fundamentais permitem que o particular se oponha à decisão do poder público que não esteja de acordo com a Constituição; demandam uma atuação do poder público para sua efetivação; e reclamam quando o Estado disponibiliza ao particular, em iguais condições e sem discriminação, os bens e serviços necessários ao seu cumprimento. Por conseguinte, ressalvadas as situações de ações afirmativas nas quais é possível haver discriminação, justificável por determinado período para atender as finalidades constitucionais como proteção de algum gênero ou grupo, exige-se que os serviços estejam à disposição de todos os brasileiros, via reflexa, o particular pode reivindicar judicialmente tratamento idêntico (CLÈVE, 2003, p. 23).

Os direitos subjetivos em sentido estrito têm características de: norma jurídica, obrigação jurídica e posição jurídica. A norma tem que ser válida, a obrigação jurídica advém do fato de não existir direito que não demande uma obrigação a outro sujeito (obrigado) a fazer ou não fazer algo (objeto do direito). Finalmente, a posição jurídica se refere, de um lado, ao poder jurídico reconhecido a uma norma jurídica, e de outro lado, envolve o interesse de um sujeito cuja proteção se deseja ou persiga judicialmente (ARANGO, 2005, p. 9-14, tradução nossa).

Logo, os direitos fundamentais, para o sujeito que os titulariza, podem ser reivindicados pelo Poder Público, ou opostos contra ele, caso haja um desvio ao disposto na Constituição, eis que a sua proteção culmina na sua concretização, de modo que essa prestação deve ser igual e isonômica para todos, exceto os casos de proteção de determinados grupos ou situações vulneráveis.

Desse modo, os direitos fundamentais serão direitos subjetivos se estiverem dispostos numa norma jurídica, trazendo consigo uma obrigação a ser cumprida a cargo de um obrigado, e também detenha uma posição jurídica. Via reflexa, o direito à saúde, por ser assegurado por normas, constitucionais inclusive, exige como obrigação jurídica que o poder público realize políticas sociais e econômicas, em favor da proteção, promoção e recuperação da saúde.

Rodolfo Arango (2005, p. 17) adverte que ter um direito subjetivo é condição para sua exigibilidade. Os direitos subjetivos devem ser garantidos pela abertura de caminhos legais, porém a exigibilidade (a faculdade de demandar) não é uma condição necessária para a

existência de um direito subjetivo, vez que as razões para os direitos são condições necessárias deles, ainda que os direitos sejam condições necessárias para sua exigibilidade.

Ou seja, a razão de existir de um direito é essencial para manutenção de sua existência, por sua vez, a exigibilidade se relaciona à condição suficiente e necessária do direito. Consequentemente, primeiro, então, um direito existe por determinadas razões, e, uma vez existente, ele será exigível, somente por seus titulares e, ainda, será assegurado a partir dos instrumentos legais disponíveis.

Nesta esteira, verifica-se uma ligação entre os direitos compreendidos como sociais e fundamentais. Assim, Mônica Serrano (2012, p. 49) entende os direitos sociais como direitos fundamentais, asseverando que eles não podem ser renunciados para assegurar a realização de uma vida humana digna, visto que são destinados a todos os seres humanos sem exceção.

Em consequência, a saúde como direito de todos não pode ser renunciada ou trocada em favor do exercício de uma vida com dignidade, uma vez que para se ter dignidade é preciso ter saúde, do mesmo modo como um ser humano não vive sem saúde, então, consoante as ideias supracitadas, a saúde é um direito de cada indivíduo, sem exceção.

Nesse sentido,

Enfocar o direito à saúde como parte dos direitos fundamentais implica afirmar a existência, ao menos do ponto de vista dos princípios gerais, de um regramento comum a todos os demais direitos que se integram a esta categoria jurídica, isto é, a assimilação de um direito como fundamental provoca a identificação de rol de características que lhes emprestam um traço unificador, a saber, seu regime jurídico (DALLARI, NUNES JÚNIOR, 2010, p. 66).

Destarte, quando se conclui e afirma que o direito à saúde é um direito fundamental, as implicações são as mesmas que dos demais direitos fundamentais, especialmente no tocante a sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade.

Saliente-se que quanto ao reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental, o artigo segundo da Lei nº 8.080/1990 dispõe que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” (BRASIL, online). Ou seja, é de se observar que a saúde é entendida também como um direito fundamental no plano infraconstitucional.

Sendo assim, ainda que os indivíduos sejam livres e dignos, diante da organização do Estado, eles carecem da prestação de certos serviços por parte dele ou então de um não fazer estatal em determinadas situações. Por isso, uma vez indicada uma situação em que não há a

prestação esperada pelo Poder Público, tendo em vista que o artigo quinto da Constituição, em seu parágrafo primeiro, determina que as normas de direitos e garantias possuem aplicação imediata, isso significa que a partir da promulgação da Constituição esses direitos são válidos e exigíveis por parte de seus titulares.

Ocorre que, a vida em sociedade pede certo equilíbrio e uma distribuição de bens, recursos e atribuições, sendo esse o principal problema quando se trata da proporcionalidade ao se pleitear a materialização de direitos fundamentais, sobretudo quando essa exigibilidade se dá por via judicial.

Os direitos que exigem investimento e ação estatal são conhecidos como direitos positivos, pois demandam um fazer por parte do obrigado, sendo que um bom fazer implica em ações fáticas ou materiais ou ações normativas. Por sua vez, os direitos negativos têm como objeto um não fazer por parte do obrigado, seja ele um indivíduo ou uma coletividade (ARANGO, 2005, p. 25).

Partindo do pressuposto de que as normas de direitos fundamentais abarcam também os direitos sociais, Mônica Serrano (2012, p. 58) considera que as normas que tratam de direitos fundamentais possuem aplicabilidade e exigibilidade imediata pelo fato da Constituição Federal estabelecer tais normas como geradoras de direitos subjetivos. E acrescenta que a falta de recursos públicos e de implementação de políticas públicas para concretizar direitos sociais, culminando na ineficiência no trato da coisa pública, não podem descaracterizar as normas de direitos sociais.

Logo, é possível perceber que a autora não concorda que o lado mais fraco, que é o do ser humano titular de direitos fundamentais, seja prejudicado pela má gestão e organização pública, vez que o Estado detém a obrigação e o compromisso de buscar maneiras de efetivar os mandamentos constitucionais. Não é permitido, mesmo em situações de dificuldade, descaracterizar os dispositivos constitucionais que tratam de direitos fundamentais em benefício apenas do Estado.

Ainda, é possível observar que o direito fundamental à saúde abarca a proteção do indivíduo, mediante a garantia de suas condições de vida, do meio ambiente e de trabalho que não o façam mal, e também pela existência de estruturas públicas com o objetivo de prestar os cuidados adequados para a manutenção e recuperação do estado de bem-estar pessoal (FIGUEIREDO, 2007, p. 95).

Tendo em vista as disposições sobre direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, é possível verificar que o título dois é intitulado “Dos direitos e garantias fundamentais”, sendo composto pelos capítulos acerca dos direitos individuais e coletivos,

dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos. Bem por isso, ainda que a aplicação imediata dos direitos conste apenas no artigo quinto, parágrafo primeiro, infere-se, numa interpretação extensiva, segundo o conteúdo do próprio parágrafo², que ela se aplica a todo o capítulo sobre os direitos e garantias, bem como aos direitos sociais, o que faz do direito à saúde um direito, além de social, fundamental.

Nesse sentido, os direitos sociais fundamentais são direitos fundamentais, isto é, direito subjetivos com alto grau de importância. O que distingue os direitos sociais fundamentais de outros direitos fundamentais é que eles são direitos de prestação em sentido estrito, o que significa que são direitos gerais positivos a ações fáticas do Estado. São características dos direitos sociais fundamentais: a norma jurídica, a obrigação jurídica, a posição jurídica, o grau de importância e o caráter geral positivo (ARANGO, 2005, p. 37-38).

Por conseguinte, afere-se que os direitos sociais são direitos fundamentais por seu conteúdo ser essencial e ínsito ao indivíduo que o possui, sendo necessárias ações concretas e materiais por parte do Estado a fim de dar eficácia e efetividade a esses direitos. Conclui-se que o direito à saúde se trata de um direito fundamental social, uma vez que é reconhecido tanto como direito social e fundamental, quanto como direito subjetivo, pois amparado legalmente, exige obrigações jurídicas, posição jurídica, e tem elevada importância por se relacionar à vida e à dignidade humana, além de estar positivado de forma genérica.

Sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais existem algumas teses a respeito de sua garantia pela Constituição, são elas: tese maximalista, na qual os direitos sociais fundamentais devem ser garantidos em toda e qualquer circunstância, como é o caso do direito à saúde, direito à alimentação, direito à vida, à educação, ao trabalho e à seguridade social, visto que eles pressupõem normas jurídicas, obrigações e posições jurídicas cujo reconhecimento deveria ser universal e não limitado a determinadas pessoas; a tese minimalista considera que os direitos sociais fundamentais devem ser reconhecidos em certo grau, indicando que existe um mínimo jurídico constitucional de direitos positivos gerais, os quais devem ser reconhecidos por todos os Estados constitucionais e democráticos modernos, sendo que este direito é reconhecido pela doutrina como direito ao mínimo vital ou existencial; por fim, a tese intermediária, segundo a qual apenas alguns direitos sociais fundamentais são direitos subjetivos, a exemplo do direito à educação, com isso, para seus

² Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, online).

defensores, a concepção como direito subjetivo não se estende a todos os direitos tidos como sociais fundamentais (ARANGO, 2005, p. 53-54, tradução nossa).

Destarte, a adoção de cada tese e sua aplicação tem efeitos mais doutrinários, mas é interessante observar que todos os direitos sociais fundamentais podem e devem ser considerados e garantidos em toda e qualquer circunstância, ou então, apenas serem reconhecidos e considerados os direitos basilares que garantam o mínimo para uma existência ou vida digna, e, até, separando os direitos sociais fundamentais da acepção de direitos subjetivos, apenas sendo reconhecidos os direitos que possam ser identificados como sociais fundamentais e subjetivos.

Nesta esteira, considerando o conteúdo da Constituição de 1988, em especial nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 5º, que indicam que as normas e garantias acerca de direitos fundamentais têm aplicação imediata e que os direitos dispostos na Constituição não excluem outros que façam parte do regime e princípios adotados por ela, bem como os previstos em Tratados Internacionais que o Brasil seja parte, ao que tudo indica o rol de direitos da Constituição de 1988 é meramente exemplificativo e a tese incorporada é a maximalista.

Outrossim, Laura Pessoa (2013, p. 68) argumenta “que a Constituição se apresenta como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”, e continua, “assim como inexistente um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e dos direitos que lhe são inerentes”.

Desse modo, pelo fato dos direitos fundamentais sociais carregarem historicidade e, devido aos novos tempos de tecnologia, modernidades e avanços da humanidade, novos direitos surgirão e estes estarão abraçados pelas disposições constitucionais. No entanto, também é válido ressaltar que é impossível proteger de forma ampla e plena todos os direitos já positivados, conforme o que já foi dito, inclusive pelo fato dos riscos à pessoa e aos direitos não poderem ser totalmente contemplados e previstos.

Com efeito, quando se fala em saúde, os riscos não envolvem apenas o indivíduo, mas a sociedade e o ambiente que o cercam, de tal maneira que é necessário cuidar do ambiente e do meio ambiente, é também necessário cuidar da sociedade coletivamente, tudo isso sem contar com as mutações e evoluções de algumas doenças.

Por isso que,

[...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarrendável do exercício efetivo das liberdades e da garantia da igualdade de chances

(oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas sim, guiado pelo valor da justiça material (SARLET, 2018, p. 63).

Isto é, os direitos fundamentais sociais são alicerces de todo o sistema jurídico, sobretudo quando se tratar de democracia e Estado de Direito, considerando-se tanto sob os aspectos formais ligados aos procedimentos e à norma, quanto a necessidade de serem concretizados a fim de proporcionar a justiça de maneira eficaz e digna para todos.

Tratar de direitos fundamentais sociais conferidos à sociedade como um todo revela que cada cidadão pode solicitar uma ação positiva frente ao agente público responsável por prestar/concretizar o direito. De início, toda a comunidade está obrigada a prestar o objeto do direito através do Estado. No que tange aos indivíduos, como particulares potenciais obrigados a direitos sociais fundamentais, apenas é possível pensar na eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, o que remete à obrigação dos juízes, isto é, a vinculação das autoridades públicas aos direitos fundamentais e seus efeitos irradiantes sobre o direito ordinário e infraconstitucional, e não diretamente aos cidadãos. As obrigações que são os objetos dos direitos fundamentais não podem ser atribuídas diretamente a pessoas particulares, pois isto destruiria a autonomia do indivíduo ao lhe serem impostos deveres que reduzem de forma desproporcional sua liberdade. Somente a lei, que é o produto da vontade geral da população, pode limitar a liberdade individual, de modo que o termo: a sociedade como um todo, só pode se referir ao Estado e não aos particulares individualmente considerados (ARANGO, 2005, p. 93).

O autor defende que, como comunidade, os seres devem atuar na prestação dos direitos fundamentais, na medida de suas possibilidades, embora quando se utilize a expressão sociedade como um todo se está referindo às prestações a serem realizadas pelo Estado. No mais, os direitos fundamentais existem e devem ser cumpridos nas relações entre particulares, o que é conhecido como eficácia horizontal de direitos, contudo, isso se dá no cenário cotidiano e prático, no entanto não é possível limitar as relações e liberdades particulares desproporcionais.

E ainda,

[...] os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, nesse contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais (SARLET, 2018, p. 206).

Posto isso, considerando a importância histórica e basilar dos direitos fundamentais sociais, verifica-se a extrema necessidade de se minorar desigualdades e promover a igualdade de acesso e tratamento dos atributos mais essenciais para o exercício da vida humana com dignidade, o que só acontece quando se materializam ações concretas destinadas à vida, a educação, à saúde, à alimentação, dentre outros.

Por conseguinte, como um direito de profunda vinculação à vida e à dignidade humana, o direito à saúde detém acepção subjetiva, social e fundamental, até porque, o exercício de uma vida digna demanda condições de vida salubres e saudáveis. Ademais, perante o contexto constitucional e a importância dos direitos fundamentais, a melhor interpretação deles é a de sua aplicabilidade imediata, visto que o direito à saúde não é só um projeto prospectivo, mas uma realidade de concretização fundamental no e para o presente, embasado no seu passado e com vistas ao futuro.

1.4. O Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde é o órgão constitucionalmente designado para a gestão e organização da saúde, consoante o artigo 200 da Constituição Federal de 1988³. Bem assim, a Lei 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), desenvolve os anseios constitucionais acerca da institucionalização do SUS, traçando objetivos, competências, princípios, dentre outros aspectos para seu funcionamento.

Nesse sentido, os objetivos do Sistema Único de Saúde são: identificar e divulgar os fatores que condicionam e determinam a saúde, formular políticas para promover, econômica e socialmente, a diminuição de doenças, agravos e o acesso universal e igualitário a ações de promoção, proteção e recuperação de saúde, e, ainda, assistência por meio de ações sociais e preventivas para tanto, consoante o artigo quinto da Lei 8.080/90 (BRASIL, online).

³ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, online).

Vale consignar que o SUS manifesta suas ações por instrumentos como as Normas Operacionais Básicas (NOB), que são regulamentadas por portarias cujo conteúdo é fixado em conjunto pelo Ministério da Saúde, representantes do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), de modo que as NOBs se caracterizam como instrumentos para definir estratégias e ações com a finalidade de orientar a operacionalidade do SUS, em conformidade com as avaliações realizadas no tocante à implementação e desempenho do sistema. Além disso, as NOBs têm por escopo compelir e estimular modificações, reorientar a implantação do SUS, a partir de objetivos estratégicos, prioridades, diretrizes e práticas operacionais (FIGUEIREDO, 2007, p. 97).

Desse modo, até atendendo a estrutura burocrática da administração pública são muitos os instrumentos normativos e práticos com os quais conta o Sistema Público de Saúde para adimplir com as disposições constitucionais. Assim, é possível observar que a saúde, em sua concretização, depende de proatividade dos gestores públicos e secretarias, isto é, sua organização regional (estadual e municipal), bem como uma uniformidade e harmonia na prestação dos serviços, os quais devem ser aprimorados e modificados com o tempo.

Por isso que é de extrema importância, para manter a funcionalidade e a operacionalidade do sistema, tanto normativa como prática, a discussão de estratégias, serviços, carências a serem atendidas e, objetivos bem delineados, que culminarão na qualidade, presteza e eficácia dos serviços e políticas.

Assim, no Brasil, as medidas em prol da promoção, proteção e recuperação da saúde, isto é, as ações governamentais tomadas para assegurar o direito à saúde, são de atribuição constitucional do Sistema Único de Saúde, instituição pautada pelo princípio da universalidade, consistindo em um sistema público e nacional que oferecerá e atenderá toda a população no que tange à assistência à saúde. Suas diretrizes são: a descentralização, a integridade no atendimento e a participação da comunidade (FIGUEIREDO, 2007, p. 97).

Então, o SUS foi idealizado e organizado para ser o órgão gestor de saúde, no qual fossem executadas e aprimoradas, bem como investigadas, as políticas públicas existentes e organizadas numa só rede, na qual constem todas as questões pertinentes à saúde pública, sendo que tanto os municípios, os estados e a União têm sua parcela de atribuição delimitada acerca de gastos e fornecimento de serviços, mas com responsabilidade solidária⁴ em âmbito

⁴Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento

judicial, segundo a jurisprudência dominante, o que implica em dizer que se uma esfera não cumpre com suas atribuições, a outra esfera é acionada e deve cumprir.

Ademais,

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal de 1988, obedecendo ainda a princípios organizativos e doutrinários, tais como:

- » universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- » integralidade de assistência, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- » equidade;
- » descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo;
- » conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- » participação da comunidade;
- » regionalização e hierarquização (CONASS, 2011, p. 26).

Logo, o SUS é ancorado em parâmetros como a integralidade e a universalidade no atendimento, a participação da comunidade, a regionalização e hierarquização, utilização de recursos econômicos e tecnológicos dos entes federados.

Por rede hierarquizada e regionalizada se entende “a necessidade de organização do atendimento em distintos níveis de complexidade. Cuida-se de uma necessidade de racionalização do sistema e otimização de seus recursos”, (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 83). Ou seja, o sistema é compreendido como uma fonte de atendimento e tratamento, no qual, de forma organizada, haverá uma distribuição de competências de acordo com a complexidade do caso, cuja organização será realizada se valendo de critérios racionais, otimizando tempo e recursos públicos.

Posto isto,

Constitucionalmente, o sistema de saúde brasileiro não é juridicamente hierarquizado no que concerne à competência das diversas esferas de governo, mas o é enquanto sua organização prevê uma rede hierarquizada no que respeita à complexidade dos serviços postos à disposição da população. A base local do sistema – formada por uma parte de um Município, um

médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015), (BRASIL, online).

Município ou consórcio de Municípios – deve proporcionar atendimento integral e contínuo, com a contribuição técnica e financeira dos Estados e da União. Para operacionalizar o mandamento constitucional, a LOS estabelece a responsabilidade dos Estados em relação aos estabelecimentos hospitalares de referência e à gestão dos sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional (Lei nº 8.080, art. 17, IX) e a competência da direção nacional do SUS para definir e coordenar o sistema de redes integradas de assistência de alta complexidade (Lei nº 8.080, art. 16, III, “a”). No que respeita à cobertura do sistema de assistência à saúde, a LOS define como princípios inafastáveis de sua organização, a universalidade de acesso aos serviços de saúde e a capacidade de resolução desses serviços em todos os níveis de assistência; e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer hipótese (Lei nº 8.080, art. 7º, I, XII, IV) (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 112-113).

Portanto, por sistema hierarquizado se entende contar com uma gama de serviços para atender as diferentes complexidades de casos médicos que chegam aos sistemas de saúde, da mesma forma que o município ou grupo de municípios próximos devem atuar para atender de forma integral as necessidades da população, com disponibilidade de serviços e profissionais para tanto, sem se olvidar que, segundo a complexidade dos serviços de saúde, eles serão fornecidos e prestados por determinado ente estatal.

Denota-se que o município ou consórcio de municípios, os estados e a União realizam investimentos em saúde tanto no âmbito de suas esferas de atribuições quanto por parte da União e dos estados nos seus municípios, a fim de que a assistência seja prestada e ofertada para todos, em todos os níveis de complexidade, sem privilégios ou preconceitos. Diante disso, pelo fato da gestão municipal estar mais próxima do público, ela deve possuir a maior quantidade e os melhores artifícios no tocante à prevenção e tratamentos de saúde.

A descentralização indica que deve haver a direção única em cada esfera de governo, o que significa que em cada ente (municipal, estadual e federal), seu sistema de saúde precisa ser composto de um gestor, titular da pasta acerca de saúde, como o Ministro da Saúde, os Secretários Estaduais de Saúde e os Secretários Municipais de Saúde, os quais detêm a atribuição de efetuar as diretrizes do sistema em sua esfera de governo, a partir de ações de coordenação, auditoria, controle e planejamento, bem como a articulação com as outras esferas do sistema (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 91).

Isso porque, são essas as pessoas designadas para resolver os problemas, apresentar as alternativas e cooperar com os outros entes e órgãos na materialização das diretrizes constitucionais e da LOS, bem como devem traçar objetivos, estudar e definir as necessidades dos ramos de atuação das políticas públicas. Não se trata de um cargo meramente político, e sim estratégico e promotor de saúde.

Foram determinadas regiões de saúde, nas quais o atendimento é hierarquizado, posto que, no que tange à saúde deve haver uma rede de referências e contra-referências em determinadas matérias (SERRANO, 2012, p. 116).

A descentralização aponta para uma transferência cada vez maior por parte da União e dos estados de ações e recursos na esfera municipal, o que consiste em um processo dinâmico, de modo que “passa a assumir o Município a chamada gestão dos serviços básicos e, assim que implementada integralmente, novos requisitos deverão ser cumpridos até se chegar à gestão plena” (SERRANO, 2012, p. 117).

Caso o gestor municipal não atenda suas obrigações adequadamente, o gestor estadual é o responsável para reassumir tais obrigações, porque o sistema de saúde é único, indicando que “as três esferas da federação têm obrigações recíprocas e permanentes com relação à saúde, de tal forma que se uma delas não cumpre adequadamente as suas obrigações, a outra deve fazê-lo” (SERRANO, 2012, p. 118).

Dessa forma, a descentralização implica numa única direção de envolvimento de saúde, de disseminação de diretrizes que se dá a partir da esfera federal com o Ministério da Saúde, e, gradualmente cada ente federativo passa a ter sua Secretaria de Saúde. Sendo que a iniciativa é de oferta, atendimento e promoção regionalizados e concentrados nos municípios, com o apoio econômico e de ações federal e estadual, visto que no município é mais fácil de identificar as necessidades populacionais em saúde, investir nelas, desenvolver e aprimorar os serviços de maneira mais próxima e menos onerosa as pessoas.

Nesta esteira, de acordo com os artigos 12 e 13 da LOS, serão criadas comissões intersetoriais de saúde a nível nacional, formadas por Ministérios, órgãos e entidades representantes da sociedade civil, às quais incumbe a elaboração e articulação das políticas públicas e ações de interesse em saúde, voltadas para a alimentação e nutrição; saneamento e meio ambiente; farmacoepidemiologia e vigilância sanitária; ciência e tecnologia; recursos humanos; e, saúde do trabalhador (BRASIL, online).

Em consonância com o entendimento esboçado, o portal do Ministério da Saúde, a respeito dos princípios organizativos do Sistema Único de Saúde consigna que:

Regionalização e Hierarquização: os serviços devem ser organizados em níveis crescentes de complexidade, circunscritos a uma determinada área geográfica, planejados a partir de critérios epidemiológicos e com definição e conhecimento da população a ser atendida.

A regionalização é um processo de articulação entre os serviços que já existem, visando o comando unificado dos mesmos.

Já a hierarquização deve proceder à divisão de níveis de atenção e garantir formas de acesso a serviços que façam parte da complexidade requerida pelo caso, nos limites dos recursos disponíveis numa dada região.

Descentralização e Comando Único: descentralizar é redistribuir poder e responsabilidade entre os três níveis de governo. Com relação à saúde, descentralização objetiva prestar serviços com maior qualidade e garantir o controle e a fiscalização por parte dos cidadãos. No SUS, a responsabilidade pela saúde deve ser descentralizada até o município, ou seja, devem ser fornecidas ao município condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras para exercer esta função. Para que valha o princípio da descentralização, existe a concepção constitucional do mando único, onde cada esfera de governo é autônoma e soberana nas suas decisões e atividades, respeitando os princípios gerais e a participação da sociedade.

Participação Popular: a sociedade deve participar no dia-a-dia do sistema. Para isto, devem ser criados os Conselhos e as Conferências de Saúde, que visam formular estratégias, controlar e avaliar a execução da política de saúde (BRASIL, online).

Há, então, uma divisão de serviços de acordo com a região geográfica e em seus níveis de complexidade, de tal maneira que a regionalização é uma forma de prestar os serviços, sob o comando único até o município, o qual deve possuir condições técnicas, gerenciais, administrativas e financeiras para prestar os serviços de saúde à população. E, ainda, a sociedade pode participar do sistema por meio dos Conselhos e Conferências de saúde com a finalidade de contribuir estrategicamente para as políticas de saúde, como também avaliar e controlar sua execução.

Assim, a União, como órgão federal, consiste na principal fonte de financiamento da saúde, cuja atuação se dá através do Ministério da Saúde, que geralmente aplica metade do gasto com saúde pública no país, enquanto os estados e municípios arcam com outra metade. Além disso, o Ministério da Saúde elabora as políticas nacionais de saúde, no entanto, não as executa, seus parceiros que o fazem (organizações não governamentais, estados, municípios, fundações, empresas, etc.), bem como planeja e formula normas, analisa e cria instrumentos de controle para o SUS (BRASIL, online).

Por sua vez, os estados e o Distrito Federal detêm Secretarias especializadas em saúde, utilizando seus recursos, somados aos transferidos pela União, para investir em saúde, inclusive nos municípios, e também é possível que ele estabeleça suas próprias políticas públicas de saúde. Desde que respeitadas às normas federais, o Estado e o DF podem dirigir e formular o SUS em nível estadual, visto que “os gestores estaduais são responsáveis pela organização do atendimento à saúde em seu território” (BRASIL, online).

Logo, enquanto o governo federal atua através do Ministério da Saúde como financiador da saúde, organizador do SUS, e não atua na concretização das políticas de saúde,

os estados e o DF possuem a atribuição de também investir em saúde, formulando as políticas públicas estaduais e cuidando do SUS em nível estadual, respeitando as diretivas federais.

Já os municípios são os executores das políticas públicas e ações de saúde em âmbito local, também devendo investir seus recursos em saúde, além dos repassados pelos estados e pela União, formula suas políticas públicas de saúde, e é parceiro dos governos federal e estadual na execução das políticas públicas deles. Há, inclusive, a possibilidade dos municípios atuarem em parceria com outros municípios a fim de “garantir o atendimento pleno de sua população, para procedimentos de complexidade que estejam acima daqueles que pode oferecer” (BRASIL, online).

Evidencia-se, com efeito, que apesar de haver a previsão legal, existem falhas na oferta, na promoção e na prestação dos serviços e políticas de saúde pública pelos municípios, donde deveria ser mais fácil o acesso da população em geral. Entretanto, os municípios brasileiros não são entes tão grandes e desenvolvidos quanto os estados e a União, de sorte que carecem de apoio na execução das políticas públicas, não só financeiro, mas de mão-de-obra técnico-especializada em gestão e execução de políticas públicas. Ademais, os repasses devem ser proporcionais à atuação e amplitude de cada ente, donde se infere que os municípios, por serem responsáveis por executar políticas nacionais, estaduais e municipais, devem possuir um grande apoio econômico dos outros entes.

Vale salientar que, no SUS, os protocolos médicos de atendimento são padronizados, até mesmo quanto à assistência farmacêutica, pois o objetivo é alcançar o maior resultado, no menor tempo e com custos reduzidos. Foram criados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, a fim de uniformizar os critérios a serem seguidos pelos gestores, bem assim como a listagem dos serviços de saúde (RENASES) e dos medicamentos concedidos pelo SUS (a RENAME), acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional (SERRANO, 2012, p. 126).

Com efeito, “os protocolos têm por finalidade a padronização no atendimento ao usuário, com base em estudos científicos que possam justificar as medidas adotadas” (SERRANO, 2012, p. 126).

Destarte, tendo em vista que o direito à saúde deve ser prestado pelo poder público a partir de políticas públicas de acesso universal e igualitário, a melhor maneira de fazê-lo, e a mais igualitária, é a partir de medidas padronizadas, que atendam o maior contingente possível de pessoas, sejam eficazes e não muito onerosas, para poder se investir em outras áreas. Nesta esteira, o SUS, como órgão gestor da saúde pública, é o responsável por elaborar

esses protocolos, dispondo sobre os medicamentos, diretrizes terapêuticas e serviços de saúde a serem prestados, em âmbito nacional, estadual e municipal.

À vista disso, as políticas públicas delineadas pelo Estado, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde), contêm uma lista de medicamentos denominada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), a qual serve de base para o tratamento das principais enfermidades que acometem a população, enquanto no tocante as doenças mais raras a lista de medicamentos é relacionada ao Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional (VIEIRA, 2008, p. 366).

Quando um medicamento é incorporado ao SUS, o que acontece imediatamente é a massificação de seu uso; os seus potenciais usuários são milhões de brasileiros. Nessa perspectiva, a responsabilidade do Poder Público se amplifica. É preciso sob os desígnios da Constituição Federal e das diretrizes do sistema ofertar à população os medicamentos mais seguros (que sabidamente não provocam danos), eficazes (fazem o que se propõem a fazer), efetivos (fazem o que se propõem a fazer quando utilizados pelas pessoas em condições reais e não em grupos homogêneos que constituem os grupos de pessoas dos ensaios clínicos) e custo-efetivos (entre as alternativas ao menor custo), (VIEIRA, 2008, p. 368).

Pois bem, as políticas públicas de padronização são importantes na uniformização do atendimento e na prestação dos serviços, e possuem critérios de avaliação para serem incorporadas pelo SUS, sendo, então, avaliados, no caso dos medicamentos, sua segurança, eficácia, efetividade e custo-benefício. Portanto, um medicamento será incorporado pelo SUS quando ele for seguro, isto é, não apresentar riscos ou danos, e cumprir com o que ele se propõe, tanto para as pessoas que o testam, quanto para as demais, no menor custo.

Por isso que Mônica Serrano (2012, p. 126) alerta que o sucesso da padronização se relaciona a uma elaboração competente e eficaz dos protocolos, diretrizes e listas de serviços e medicamentos disponibilizados, e a sua atualização constante, inclusive com a participação da comunidade.

Outrossim, é de se ver, pelo presente cenário das demandas judiciais por saúde, que as atualizações demoram a acontecer, a se efetivar e a chegar ao conhecimento da população e dos profissionais da área. A promoção em saúde também implica na publicidade por parte do poder público dos serviços que ele disponibiliza, o que poderia evitar muitas demandas judiciais, porque, as vezes, até mesmo as secretarias têm que se informar e pesquisar se tal medicamento ou serviço é fornecido. Falta aclarar e disseminar melhor a importância da padronização, sua eficácia e o que ela cobre para a população e profissionais (de saúde e do direito), como uma forma de dar credibilidade ao SUS.

Porém, as constantes falhas e ineficácias dessas políticas, ligadas à falta de verbas e à má-elaboração ou gestão delas, acabam por prejudicar essa disseminação. Da mesma forma que os processos judiciais poderiam provocar os poderes públicos gestores em saúde a reanalisar e repensar as políticas públicas, identificar suas falhas, atualizar protocolos e serviços, não é o que se presencia atualmente, ou pelo menos com a presteza necessária para tanto, o que gera um questionamento acerca do princípio da eficiência⁵ na Administração Pública.

Adverte também Mônica Serrano (2012, p. 127) que o sistema padronizado não pode ser considerado como absoluto, uma vez que eles estabelecem um perfil básico, existindo situações nas quais o usuário pode solicitar ações, serviços e medicamentos diferentes do padrão oficial. Pode ser que em razão de uma mesma patologia, usuários careçam de um tratamento diferenciado do previsto, porque o tratamento disponibilizado não deu resultado, ou então, exigirem uma dose distinta da prevista, ou também nos casos em que forem apresentadas alergias relacionadas aos serviços uniformizados.

E continua a autora:

Há situações em que nem mesmo há previsão, seja pelo gestor federal ou local, de tratamento ou dispensação de medicamentos pelo SUS, por meio de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Assim, seja para situações não previstas ou para aquelas em que a regra estabelecida não seja viável para o adequado tratamento de saúde possibilitar a vida digna ao cidadão e usuário, com base em declarações médicas que justifiquem o atendimento diferenciado, deve o Estado se responsabilizar pela integridade física do cidadão, ainda que por meio de ação judicial (SERRANO, 2012, p. 128).

Dessa maneira, aduz a autora que há a possibilidade de que os protocolos padronizados não cubram o que é necessário para o indivíduo, seja porque não há previsão específica ou ele conste fora da lista, visto que é possível que, devido ao tratamento padronizado não ter apresentado sucesso, ou o usuário possuir alergia ou intolerância, dentre outras causas, seja necessário utilizar outras medidas que não as uniformizadas, as quais continuam como responsabilidade do poder público, e podem ser intentadas inclusive judicialmente, contanto que sua necessidade seja comprovada em relatórios médicos.

⁵ “O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público” (PIETRO, 2018, p. 151).

Ou seja, os protocolos clínicos uniformizados buscam disseminar o acesso aos serviços públicos de maneira igual e universal, contudo, existem casos em que eles não podem ser utilizados, não atingem a expectativa de cura, ou não estão dispostos nas listas. Nessas situações, ainda como responsável pela efetivação da saúde, o poder público deve contar com medidas alternativas, seja de medicamentos, tratamentos e serviços, quanto acerca da possibilidade de custeio deles de maneira razoável.

A seu turno, os usuários dos serviços de saúde pública, isto é, toda a população nacional, deve ter em mente que os serviços são de acesso universal e igualitário, havendo medidas padronizadas a serem aplicadas, não lhes incumbindo escolher o tratamento, medicamento, hospital, ou tipo de serviço que lhes será prestado.

Bem por isso, são princípios do Sistema Único de Saúde:

Universalização: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais.

Equidade: o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.

Integralidade: este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos (BRASIL, online).

Por conseguinte, a universalização da saúde significa que ela é destinada a todas as pessoas na forma de serviços públicos, já a equidade pretende minorar as desigualdades, atendendo as pessoas segundo as suas necessidades, isto é, os iguais na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade, considerando-se que existem casos mais graves e que exigem mais atenção do que outros. Por fim, a integridade busca atender todas as necessidades do indivíduo, todas as condições e o que precisa ser feito para garantir, melhorar e manter sua saúde, o que envolve políticas públicas em vários âmbitos e níveis de atuação.

Cumpra salientar que a universalidade diz respeito à acessibilidade dos serviços de saúde para todos os seres humanos, independentemente de quaisquer outras características, enquanto a igualdade se verifica consoante a máxima: “a mesma situação clínica deve merecer a mesma atenção em saúde” (SERRANO, 2012, p. 113).

É de se considerar que o campo de atuação do SUS é vasto e os entes públicos têm que ser muito eficientes e proativos na alocação de recurso e serviços de saúde, pois as exigências aumentam cada vez mais, bem por isso, além da questão da padronização dos serviços, deve-se atentar aos casos que não se encaixam nos uniformizados, investir em saúde, técnica e estruturalmente, o que, conseqüentemente, gera custos.

Nesse sentido, para Octávio Ferraz e Fabíola Vieira (2009, p. 238-239), além das falhas nas políticas públicas, os recursos públicos são escassos, de tal maneira que:

É, sem dúvida, difícil ter de reconhecer que mesmo a saúde, um dos bens mais importante na vida das pessoas, tem preço e, portanto, limites. Por isso mesmo, é imprescindível adotar critérios para determinar de forma eficiente e justa a alocação dos recursos escassos em saúde. Duas questões importantes, relacionadas aos conceitos de escassez relativa e absoluta, explicitados anteriormente, devem ser diferenciadas neste ponto. Em primeiro lugar, deve-se determinar quanto deve ser alocado à saúde em relação às outras áreas em que o Estado deve investir (escassez relativa). Tomada essa decisão, deve-se determinar como os recursos destinados exclusivamente à saúde devem ser alocados para atender às diversas necessidades de saúde da população (escassez absoluta). A primeira questão implica a valoração da saúde em relação a outros interesses que uma sociedade geralmente também valoriza, como educação, esporte, lazer, meio ambiente, cultura, segurança interna e externa etc. A segunda requer a identificação de prioridades dentro da área da saúde entre diversas necessidades de saúde e distintas possibilidades de ação (políticas de saúde). Ambas as decisões envolvem complexos argumentos de justiça distributiva e importantes dificuldades políticas.

Logo, os autores argumentam que não é possível atender todas as vontades das pessoas quanto à saúde, sendo necessário estabelecer limites, devido aos seus custos. Há de se considerar que a União não investe apenas em saúde pública, bem como os demais entes federativos, para ser possível determinar um valor a ser investido em saúde, bem assim como avaliar em que será investido tal valor com base nas maiores carências e necessidades das pessoas, identificando também o meio e os componentes que atingem a saúde como as condições de vida, segurança, esportes, cultura, lazer, meio ambiente e outras, e também, as áreas prioritárias para políticas públicas de saúde. A alternativa defendida pelos autores é a de uma justiça distributiva.

Portanto, o Sistema Único de Saúde é um grande órgão público instituído para atender e gerir a saúde pública em nível federal, estadual e municipal, contando com inúmeros outros órgãos para tanto. De forma que a melhor alternativa de oferta e implementação de serviços ocorreu a partir da sua padronização, que visa atingir o maior número de pessoas, apesar de existirem casos nos quais as alternativas uniformizadas não se adéquam, neles é preciso haver

outras medidas a serem tomadas, como um plano B, uma vez que o poder público continua responsável pela saúde.

Outrossim, os gastos com saúde são altos, o que denota a imprescindibilidade de uma boa gestão e organização por parte dos profissionais públicos ao aplicá-los e investirem-no de maneira eficaz em políticas públicas, com a finalidade de que haja a prestação e a oferta de serviços de saúde condizentes com o que a população necessita e atendendo aos ditames de hierarquização, regionalização, igualdade e integralidade que sustentam o Sistema Único de Saúde brasileiro.

2. A JUDICIALIZAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1. A Separação dos Poderes e Poder Judiciário no Brasil

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece como poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e ainda os classifica como independentes e harmônicos entre si (BRASIL, online).

Desse modo, o princípio da tripartição dos poderes explicita: uma designação das funções de Estado; dos seus poderes, ou seja, dos órgãos que desempenham as funções estatais; e, a própria indicação do princípio, ao demonstrar que tais órgãos são independentes e harmônicos entre os poderes, bem como há a inelegibilidade e a inacumulatividade de funções. Além disso, o princípio da tripartição dos poderes é resultado do sistema de freios e contrapesos, no qual “o poder atribuído a um órgão deve servir para controlar o outro, quer impedindo a perfeição de atos do outro, quer cobrando eventuais omissões, ou quer promovendo a sua responsabilidade recíproca” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 197).

Sendo assim, os poderes, ou melhor, as funções exercidas pela União são divididas em judiciário, legislativo e executivo, as quais enunciam maneiras de se efetivar o poder estatal a partir de nichos de interesse, voltados, basicamente, à governabilidade ou à administração, ao estabelecimento de regras e à resolução de conflitos, de forma bem delineada e delimitada na Constituição Federal, e, apesar dessas funções serem independentes e não cumuláveis, elas se controlam uma a outra a fim de harmonizar o sistema.

Carl Schmitt (2003, p. 188-189) argumenta que a ideia de separação simboliza um isolamento completo do ponto de partida a organização e regulamentação, considerando algumas vinculações, enquanto a divisão demonstra uma diferenciação dentro de cada um dos poderes, como no Poder Legislativo, o qual é dividido em duas casas, o Senado e a Câmara dos Deputados.

Destarte, considera-se que o poder é uno, e a concepção de separação pode conduzir ao entendimento de que vários poderes estão separados, além disso, a doutrina evoluiu, não mais utilizando o termo divisão dos poderes, e sim funções do Estado, visto que não existem três Estados, e sim, um Estado, no qual há “órgãos de execução do poder político” que dele emanam (MACHADO, 2011, p. 86-87).

Outrossim: “Conclui-se, portanto, que o poder político se manifesta pelos órgãos do Estado, no qual as funções são atribuídas pela Constituição com as suas respectivas

competências, em que há divisão de funções e não separação ou divisão de um único poder” (MACHADO, 2011, p. 87).

Por conseguinte, tem-se que há um único poder, o do Estado, o qual é exercido por diversos órgãos, estruturados a partir de funções atribuídas constitucionalmente, posto que a sua atividade é realizada de forma independente e harmônica, na realização de suas funções típicas e atípicas bem determinadas, delineadas e delimitadas pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, na separação de poderes devem ser considerados dois pontos de vista: em primeiro lugar, a introdução de uma separação das autoridades superiores do Estado e sua competência, e a estipulação de uma vinculação de influxo e contrapeso recíprocos entre os diferentes “poderes” (SCHMITT, 2003, p. 189).

Então, verifica-se que as funções decorrentes do poder estatal devem estar bem divididas e organizadas a partir da esfera da competência das autoridades que a exercem, no entanto, entre elas haverá uma ligação de fluxo e contrafluxo, de tal maneira que uma não só fiscaliza, como também exerce funções próprias das outras. Isso ocorre no Brasil sob a denominação de funções típicas e atípicas, isto é, existem as atividades comuns a determinada função, e as que são desempenhadas por ela, embora fossem tipicamente de outra.

Todo esse conjunto de funções típicas e atípicas e o exercício do sistema de freios e contrapesos devem conduzir a certo equilíbrio, de sorte que o fortalecimento de uma parte se contrapesa com outra, a fim de não se romper o equilíbrio de nenhuma delas. No Estado de Direito, o que se busca é combater o predomínio da lei, da qual depende o executivo, devido à confiança dada ao parlamento, contudo, esse predomínio pode se converter em absolutismo caso não tenha freio e nem controle, como alerta Carl Schmitt (2003, p. 198). Isto é, quando uma das funções está muito fortalecida, outra está lhe dando substrato, no entanto, o que não pode é haver o predomínio de uma função com a conivência das demais, pois isso gera um absolutismo, no qual não existem freios e controles ao exercício do poder.

Nesta esteira, nota-se a importância da harmonia entre as funções, elas se ajudam e dependem umas das outras, bem como se fiscalizam e desempenham funções típicas das outras, entretanto, não se pode anuir que uma função se sobreponha às demais, uma vez que seu predomínio gera a prevalência de uma delas sobre as outras, permeando a impossibilidade de controlar e limitar o exercício de seu poderio.

Consequentemente,

Essa inversão de posições entre a justiça e o Estado traz pesadas consequências. Ao instaurar tal distância entre os poderes públicos e a fonte

dos valores, a democracia é condenada a uma transformação permanente que a distingue do Estado totalitário. Ao eleger a justiça como nova cena, a democracia condena o direito positivo a um déficit permanente. O direito contemporâneo, emancipado do Estado, excede sempre naquilo que lhe é estabelecido, e a justiça, notoriamente constitucional, coloca-se como espaço de arbitragem permanente entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política (GARAPON, 1999, p. 50).

Nota-se que, quando uma das funções se sobressai às outras, no sentido de ser superior, abre-se um caminho para que ocorram as arbitrariedades. Por isso que o autor alerta que essa transformação das funções pode conduzir a prejuízos, pois com o enfoque na justiça, as leis parecerão sempre atrasadas por não acompanharem a evolução das relações sociais, cada vez mais destacadas em processos, de modo que caberá à justiça realizar as escolhas e decisões políticas que o legislativo e o executivo não realizam, ocasionando problemas quanto à extensão econômica e social de seus efeitos.

Interessante destacar que denominação funções do Estado possui dois sentidos: a de uma tarefa ligada à necessidade coletiva, e a atividade vinculada à maneira que o poder público age. Com isso,

No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado - da garantia da segurança perante o exterior e da paz civil à promoção do bem-estar e da justiça social - decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; mas é também uma maneira de o Estado ou os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder.

No segundo sentido, a função - agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado - entronca nos atos e atividades que o Estado constantemente, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam; define-se através das estruturas e das formas desses atos e atividades: e revela-se indissociável da pluralidade de processos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública (MIRANDA, 1992, p. 85-86).

Por conseguinte, as funções do Estado não se tratam apenas da forma de desempenhar por atividades o poderio estatal relacionado a três nichos específicos, os quais, uma vez instituídos, também devem cumprir com o primeiro sentido, que se relaciona aos objetivos e fins estatais, isto é, garantir a segurança, interna e externa, promover o bem-estar e a justiça social, dado que a vida em sociedade clama por essas exigências a partir de suas necessidades. Além disso, para o governante, no caso, na função executiva, adimplir com essas tarefas é essencial para sua manutenção no poder.

No segundo sentido, a ideia de função já está mais ligada à separação dos poderes, isso porque se refere às atividades repetidamente realizadas de maneira essencial pelo Estado, de acordo com as regras que as definem e as estruturas que possibilitam sua realização, considerando a impossibilidade de separá-las dos sujeitos, processos e resultados, os quais compõem a dinâmica pública, jurídica e institucional brasileira.

Além do que,

Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências (DALLARI, 2011, p. 218).

Conclui-se, com efeito, que o poder legislativo detém o papel de conceber a norma, dar início a regulamentação e organização social e estatal a fim de que, inclusive, as outras funções possam exercer suas atribuições, dado que a atuação do executivo é pautada pela legalidade, determinada constitucional e infraconstitucionalmente. Aliás, no caso de abuso de poder e dos demais conflitos de interesses, o judiciário é o responsável em solucioná-los, nos moldes do que estabelece a lei.

Vale ressaltar que a separação dos poderes foi concebida como uma forma de limitar o poder do Estado e diminuir sua atuação arbitrária, no entanto, o desenvolvimento da sociedade trouxe exigências que o afetaram, uma vez que suas ações foram cada vez mais buscadas, gerando uma ampliação na sua esfera de ação e majorando sua participação em áreas tradicionais. Consequentemente, seriam necessárias mais leis em termos técnicos e quantitativos, o que não se compatibiliza com o modelo de separação de poderes, tendo em vista que:

O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes (DALLARI, 2011, p. 219).

Logo, são muitas as solicitações frente aos poderes executivo e legislativo, porém há pouca reciprocidade e conexão entre eles, visto que eles possuem uma relação de

dependência. Ocorre que, culminam em pouca interpretação e pouca busca de informação quanto às solicitações, necessidades e carências sociais a fim de uma boa elaboração legislativa e uma boa atuação executiva. Apesar de se tratarem de órgãos e atividades distintas, nada impede uma ação concatenada entre eles voluntariamente e proativa a fim de atender os anseios e necessidades sociais.

A tripartição dos poderes é um princípio que compõe o Estado de Direito, próprio das Constituições Liberais burguesas, com o objetivo de garantir na prática a moderação e o controle de todos os órgãos de poder do Estado (SCHMITT, 2003, p. 186). Destaque-se que a moderação não significa não atuação, mas sim o atuar dentro dos limites legais, e, se existe essa possibilidade de consulta e conversa entre os órgãos, ela pode ser utilizada.

Nesta esteira, por exemplo, a Constituição de 1988 autoriza, no artigo 48, inciso IV, que o Congresso Nacional disponha de tais matérias legais, com posterior sanção do Presidente da República, dentre as possibilidades, o inciso trata de planos e programas nacionais, regionais, setoriais ou de desenvolvimento, ou seja, políticas públicas e ações que impliquem na melhoria das condições de vida do país, e, muito provavelmente, as ações e políticas de saúde pública podem ser classificadas como tal.

Ademais, no artigo 50 da Constituição Cidadã, há a possibilidade de que os Ministros de Estado sejam chamados a prestar informações para a Câmara dos Deputados ou Senado sobre assuntos determinados, o que denota a possibilidade de um diálogo entre as funções em favor da elaboração de leis, ações ou projetos para o país⁶.

Segundo os registros históricos e bibliográficos, as acepções de poder e política foram abordadas por Aristóteles, o qual considerava que existiam três tipos de poder, classificados de acordo com o critério da esfera em que eram exercidos, havendo “o poder do pai sobre os filhos, do senhor sobre os escravos, do governante sobre os governados”. E ainda, esses três tipos de poder poderiam ser distinguidos, consoante o sujeito que é beneficiado com o exercício de tal poder em:

⁶ Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada.

§ 1º Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

§ 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não - atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas (BRASIL, online).

[...] o poder paterno é exercido no interesse dos filhos, o senhorial ou despótico no interesse do senhor, o político no interesse de quem governa e de quem é governado (donde as formas corruptas de regimento político, onde o governante, tornado tirano, governa apenas em seu próprio benefício). Esta tipologia teve relevo político porque serviu para propor dois esquemas de referência para definir as formas corruptas de governo: o governo paternalista ou patriarcal, no qual o soberano se comporta com os súditos como um pai e os súditos são tratados eternamente como menores de idade (...) e o governo despótico, no qual o soberano trata os súditos como escravos e a estes não são reconhecidos direitos de qualquer espécie (esta forma de governo já foi claramente indicada por Aristóteles, que a considera adaptada aos povos naturalmente escravos como são os orientais, os bárbaros, que suportam o peso do poder opressivo sem se lamentar (BOBBIO, 2007, p. 78-79).

Portanto, no governo paternalista ou patriarcal, o soberano trata seus súditos como se fossem seus filhos menores de idade, enquanto no governo despótico os súditos são tratados como escravos, tal como ocorria com os escravos orientais e bárbaros que tinham que aguentar a opressão sem se lamentar, e sequer lhes eram reconhecidos direitos.

Historicamente, as experiências realizadas pelo povo inglês durante a Primeira Revolução Inglesa com a instituição do Parlamento implicaram na realização de tentativas para distinção e separação entre os campos de atuação do poder estatal. A diferenciação mais importante realizada foi a da lei como norma permanente e obrigatória para todos, inclusive o para o legislador, e logo, geral, que não poderia ser modificada e moldada especificamente em razão de uma ocasião em particular, em respeito aos outros ramos de atuação estatal, segundo Carl Schmitt (2003, p. 186).

Cumprе salientar, a respeito da abordagem da tripartição de poderes a partir de Montesquieu (1996, p. 167), que: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”.

O primeiro desses poderes consistia na criação ou anulação de leis, o segundo é voltado para as relações com outros Estados no tocante à paz, guerra, envio ou recebimento embaixadas, instituição de medidas de segurança, e a atuação na prevenção de invasões. O terceiro, por sua vez, é conhecido como “poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Portanto, o autor constatou em democracias e monarquias, a presença dessas três formas de poder estatal relacionadas à gestão interna do Estado, à elaboração de leis e seu

eventual cancelamento e uma função ligada à soberania estatal e à proteção e relação do Estado para com os outros Estados.

Não obstante,

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Desta feita, Montesquieu, além de visualizar a presença das funções executiva e legislativa, também verificou a existência do judiciário, advertindo a necessidade de delimitação de suas atribuições, e de que não houvesse junção das funções judiciária e legislativa ou judiciária e administrativa, a fim de que o juiz não se tornasse um legislador ou um opressor, vez que suas atribuições são outras, e tais junções se evidenciam prejudiciais.

Bem assim, o poder de julgar é de extrema significação e é determinante nos contornos tomados pelo Estado, pois envolve a proteção das pessoas e a defesa da legislação em face do poder do governante.

Num povo livre, que possuía o poder legislativo; num povo fechado numa cidade, onde tudo o que existe de detestável se torna mais detestável, a obra-prima da legislação é saber bem situar o poder de julgar. Mas ela não podia estar pior do que entre as mãos daquele que já possuía o poder executivo. A partir daí, o monarca se tornava terrível. Mas, ao mesmo tempo, como não tinha a legislação, não podia defender-se da legislação; ele tinha poder demais e não tinha poder suficiente (MONTESQUIEU, 1996, p. 181).

Desse modo, não é suficiente somente separar as funções estatais a serem exercidas, mas também é preciso que elas sejam independentes, e que não haja possibilidade de que elas se unam e se transformem em um poder arbitrário. E ainda, constata-se a importância das funções de legislar e de julgar, as quais não podem ser abrangidas pelo executivo, sob pena de exorbitância de funções e exercício das próprias vontades. O executivo, por mais atribuições que possua, precisa estar limitado pela lei.

Ademais, há de se ressaltar a essencialidade do princípio da separação dos poderes na Constituição de um Estado de Direito, tal qual a impossibilidade de sua alteração em eventuais reformas e revisões da Constituição, ainda que ele não se trate do único aspecto a ser considerado (SCHMITT, 2003, p. 200). Nesse sentido, o artigo 60, parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988 estabelece as cláusulas pétreas, isto é, o núcleo fundamental da

Constituição que não pode ser alterado em suas reformas e revisões, constando, dentre elas, a separação dos poderes.

Locke (1998, p. 458), por sua vez, considera que a função do poder é a de proteger a propriedade e punir os seus membros que praticarem delitos, pois essas tarefas são indispensáveis para a sobrevivência de uma sociedade política, justamente porque seus membros renunciaram a seu poder natural para delegá-lo a um corpo político e à proteção da lei por ele estabelecida.

A sociedade política detém a incumbência de determinar a punição consoante seu julgamento ser ou não adequado às transgressões cometidas entre seus membros, de modo que há o poder de elaborar a lei, e o poder de punir os danos causados, a fim de conservar, na medida do possível, a propriedade de seus membros. Logo, cada indivíduo delegou esses seus poderes a partir de um representante, o qual expressa suas ideias e ideais. Essa é a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade civil, os quais são responsáveis por avaliar a proporcionalidade da punição dos delitos e vingança das ameaças externas, contando com o apoio dos membros da sociedade (LOCKE, 1996, p. 459-460).

Assim, para Locke, a existência do poder estatal se refere à proteção da propriedade e eventuais punições aos danos ou ameaças internas e externas causadas a ela, uma vez que cada indivíduo detinha esse poder, houve uma delegação, a partir da vida em sociedade, desse poder de proteção e punição, de acordo com as leis elaboradas, a representantes que exercem o poder legislativo e executivo, e, dessa forma, foi que surgiram essas funções.

Todos os homens são livres, iguais e independentes por sua natureza, e se optaram a se submeter aos elos da sociedade civil e ao poder político foi porque consentiram assim, com a finalidade de viverem de forma confortável, com segurança, e pacificamente (LOCKE, 1998, p. 468). Com efeito, a participação na sociedade civil ou a união de um grupo para formação de uma sociedade sob organização e zelo de um poder político parte da vontade e consentimento dos indivíduos.

Como o objetivo principal dos homens ao se unirem em sociedade é assegurar sua propriedade, para tanto, é preciso que haja uma lei fixa, conhecida e aceita de acordo com os padrões de probidade e improbidade, bem como uma fórmula comum para solucionar os conflitos; um juiz conhecido e imparcial para resolver os conflitos com base na lei; e, um poder para defender e executar a sentença quando ela for justa (LOCKE, 1998, p. 495-497).

Dessa maneira, verifica-se que Locke estabelece uma sintonia entre as funções estatais, na qual o legislativo faz as leis, ancorado nos costumes e ideologias de probidade e improbidade da sociedade, o juiz (judiciário) deve ser conhecido e imparcial para solucionar

os conflitos em consonância à lei, e, por sua vez, o executivo, além de zelar pela proteção do Estado frente às ameaças externas, deve ainda apoiar e executar as decisões judiciais que forem tidas como justas, segundo os ideais da sociedade civil.

Destarte, a vida social gera conflitos e as funções do Estado atuam na organização, gestão da vida social e na resolução dos conflitos. No caso do direito à saúde, tendo em vista que, com a Constituição Federal brasileira de 1988, foram ampliados os direitos e garantias sociais, e o Executivo não está gerindo bem a garantia desse direito, tal qual o Legislativo, posto que o Judiciário é chamado para solucionar conflitos que, na maioria desses casos, ocorre entre o indivíduo e a Administração Pública, de modo que essa demanda será resolvida nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro.

A seu turno, Fábio Comparato (2004, p. 153) defende que é preciso proteger a organização estatal, em especial assegurando a independência do Judiciário em face das interferências indevidas do Executivo em seu âmbito de atuação.

Isso porque,

Numa república democrática, os controles institucionais de abuso de poder pelos órgãos do Estado são de duas espécies: o horizontal, ligado ao mecanismo da separação de Poderes, e o vertical, fundado na soberania popular. Na verdade, a democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo soberano, exerce um poder absoluto, sem controles. O poder soberano do povo só pode ser exercido, legitimamente, no quadro da Constituição. E é, justamente, ao Poder Judiciário que incumbe a magna função de interpretar os limites constitucionais dentro dos quais há de ser exercida a soberania popular (COMPARATO, 2004, p. 156).

Com efeito, é necessário que no regime democrático os órgãos sejam controlados, não obstante eles se controlarem pelo sistema de freios e contrapesos, inclusive pela importância da vontade da maioria e o fato do poder estatal estar a serviço da soberania popular, a partir do arranjo constitucional, que, aliás, é objeto de interpretação judicial.

Posto isso, é compreensível que nem sempre a vontade ou os anseios individuais vão se sobressair aos da sociedade, visto que a vida em sociedade exige ações coletivas e iguais voltadas ao bem-estar de todos como um grupo.

Habermas (1997, p. 171) considera o Estado como um poder necessário de organização, sanção e execução, sob a justificativa de que os direitos devem ser implantados, eis que a comunidade carece de uma jurisdição organizada e força para harmonizar a identidade, bem como a vontade política formada gera programas a serem implementados. Tudo isso é consequência jurídica dos direitos subjetivos. Destarte, o poder organizado

politicamente é pressuposto do direito, porque se estabelece segundo as formas admitidas pelo direito. Aliás, o poder político apenas se desenvolve a partir de um código jurídico institucionalizado sob o aspecto de direitos fundamentais.

Assim, Habermas demonstra que é necessário que o Estado exista para reger a vida humana e social, e a relação entre os direitos fundamentais, o poder organizado e o próprio direito acontece, pois justamente ao direito incumbe realizar e instrumentalizar, a partir de ações, medidas e programas sua concretização, e, ainda, o autor defende o desenvolvimento do poder político graças à existência de um código jurídico que os garanta, preserve e implante. Por esse motivo, a despeito da institucionalização do direito à saúde, o poder político organizado precisa de planejamento para concretizá-lo.

Ultimamente, tem-se que a função judiciária vem sendo muito mais acionada que as demais, pelo fato dos brasileiros não estarem sabendo resolver seus conflitos, como também porque as outras funções estatais vêm desempenhando seus papéis de forma aquém às expectativas, cômoda e sem empenho em resolver as principais carências do país.

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o "déficit democrático" de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999, p. 48).

Ademais, a justiça se torna o espaço de exigibilidade da democracia, por ser possível aos cidadãos interpelarem os governantes a fim de que cumpram as promessas contidas na legislação, de maneira mais próxima e presente bem como permanente, do que a "representação política clássica, intermitente e distante" (GARAPON, 1999, p. 49).

Por conseguinte, nos dias de hoje, é comum litigar contra o poder público pela falta de cumprimento, ineficácia e ineficiência dos serviços contidos e dispostos legalmente, de sorte que o legislativo e o executivo não estão atuando em favor de cumprir e adimplir com os mandamentos legais, em especial a Constituição. Além do que a presença de um órgão em que os representantes não sejam eleitos afirma o compromisso com a sociedade e a legislação, em especial, a constituição, para que seja realizada a justiça.

Cabe consignar que, embora o Judiciário seja uma das funções estatais e cuja atividade é imprescindível e relevante para a manutenção e organização do Estado mediante a resolução de conflitos, numa democracia na qual o povo ocupa o centro e a base de todo o sistema, não

se pode anuir em apenas buscar o Judiciário ou colocá-lo numa posição preponderante as demais funções.

Se a Constituição passa a ser apenas o que o Supremo Tribunal Federal diz o que ela é, consequentemente o que se tem já não é mais uma democracia, mas um governo de juízes e cortes. Em uma sociedade que se pretenda democrática e igualitária – e a Constituição de 1988 assim nos constitui – a tarefa de interpretar a Constituição, definir o conteúdo e o limite de suas previsões, deve ser feita de forma conjunta e compartilhada, pelo povo no exercício de sua cidadania, por cada Poder e instituição no cumprimento de suas funções e competências (GODOY, 2015, p. 104-105).

Especialmente considerando a Constituição de 88, não se pode atribuir primazia a apenas uma das funções do Estado, pois se espera que elas colaborem entre si e exerçam suas atribuições voltadas para o povo, o qual também pode e deve colaborar e participar.

Eis que, na clássica idealização da separação dos poderes, cada um dos organismos deve ser especializado e independente, de maneira equilibrada, para garantir a liberdade. O judiciário é a fonte de uma contradição, que caracteriza o ponto fraco das democracias, porque ele possui duas funções antinômicas: “aplicar as decisões tomadas pelos outros poderes e controlar esses mesmos poderes”, contudo, ele apenas pode exercer uma delas, eis que, ele não pode:

[...] aplicar a lei sem apreciar seu conteúdo e sem controlar-lhe a constitucionalidade. A independência absoluta dos poderes não existe, ou então chegar-se-ia à paralisação total. Se o juiz se restringe à aplicação da lei, ele não pode, evidentemente, desempenhar um papel de contra poder e, reciprocamente, para reter os outros poderes ele deve gozar de uma certa autonomia política (GARAPON, 1999, p. 177-178).

Logo, o judiciário já foi idealizado com um papel político nas democracias, por situar-se entre a aplicação da legislação e a fiscalização dos outros poderes. E, o processo de aplicação da legislação passa por análises de sua constitucionalidade e percepção acerca de seu conteúdo.

Via reflexa, infere-se que as três funções estatais não são totalmente independentes, pois uma é controlada pelas outras duas, que, por essa razão, acabam por exercer certa autonomia política.

Nesse sentido, Garapon (1999, p. 186) defende que o juiz na democracia atua como um guardião das promessas de governo, “O juiz é o guardião da memória, mas de uma memória reforçada: aquela das promessas que os fundadores fizeram em nossa intenção”. Ou

seja, se o poder do Estado foi criado como um pacto social pelo qual os representantes seriam responsáveis por gerir, organizar, e resolver os conflitos, bem assim, o poder é limitado e deve se voltar a atender os anseios sociais, o juiz representa a figura imparcial que aplicará a legislação, sempre se recordando dos fins do Estado, seus objetivos, e os motivos de sua existência, como uma maneira de proteger os indivíduos e a sociedade contra a exorbitância de poder e no exercício das funções estatais.

O Estado de Direito pode ser entendido como um Estado no qual o poder é exercido de forma jurídica, ou seja, toda decisão é tomada em conformidade com uma norma superior, e, este Estado de Direito será caracterizado como democrático, uma vez que a Constituição garanta direitos fundamentais e existe um controle entre a conformidade das leis a Constituição, o que é necessário para assegurar a democracia (TROPER, 2003, p. 70).

Com efeito, após o pacto social, que materializou e concebeu o Estado, foram muitos os períodos históricos nos quais se realizaram diferentes formas de exercer o poder estatal e governar. Mas, com a instituição e a eleição pelo regime democrático, a melhor maneira de dividir as funções do Estado foi separá-las em executivo, legislativo e judiciário, como órgãos independentes e harmônicos, os quais desempenham funções que lhe são típicas e atípicas, de acordo com os ditames constitucionais, bem como se controlam e fiscalizam umas às outras.

Assim, cumpre advertir que um Estado consciente gasta de maneira responsável os recursos coletados dos cidadãos para proteger os direitos. E, ao invés de se lamentar quanto a um sacrifício fictício acerca das responsabilidades sobre os direitos, é preciso perguntar a respeito dos pacotes de medidas concretas a serem tomadas, as quais provavelmente trarão mais benefícios à sociedade que os financia (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 171).

Por conseguinte, a concretização da Constituição, em especial dos direitos fundamentais sociais, depende da boa atuação e performance das três funções, de maneira concatenada e harmônica. Todavia, em havendo omissão ou um desempenho aquém do determinado pela Constituição de 1988, as pessoas passam a buscar seus direitos frente ao judiciário, culminando no fenômeno da judicialização.

2.2. A Judicialização Como um Fenômeno Para a Concretização de Direitos no Brasil

É cada vez maior o número de processos judiciais no país pleiteando medicamentos, tratamentos, exames, cirurgias, insulinas e outros insumos com base na disposição constitucional do direito à saúde, e, esses casos, em sua maioria, são julgados procedentes.

Dessa maneira, o excesso de litígios, em face do poder público, solicitando prestações de saúde foi denominado de judicialização da saúde.

Observa-se que, nos últimos anos, o Poder Judiciário passou a receber maior atenção por parte da população, inclusive diante das disposições constitucionais acerca do acesso à justiça e dos remédios constitucionais. Nesse sentido, “se o legislador está vinculado constitucionalmente aos direitos fundamentais, que são direitos de eficácia imediata, cabe à sociedade, por meio dos mecanismos institucionais estabelecidos, ao lado dos atores da representação política ou sem eles, lutar por sua aplicabilidade” (VIANNA, 2008, p. 9).

O autor defende que, apesar dos direitos garantidos pela Constituição possuírem um valor programático, o constituinte os atribuiu eficácia imediata e outros instrumentos para que a sociedade se valesse deles. Isso porque, ainda que haja o projeto de melhor efetivação e concretização de direitos ao longo dos anos, eles são passíveis de serem exigidos no presente, seja de maneira administrativa ao Executivo, seja pela via judicial através de remédios constitucionais, como mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, ou por ações autônomas.

A expansão do poder judiciário pode ser observada na política a partir de três fatores: primeiro porque os tribunais têm sido cada vez mais solicitados para limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites substanciais ao poder das instituições parlamentares; em segundo, os tribunais se tornaram os locais nos quais são criadas as políticas substanciais; e, em terceiro lugar, os juízes têm sido cada vez mais acionados para conduzir a atividade política, construindo e reforçando padrões aceitáveis de comportamento para os grupos de interesse, os partidos políticos, os funcionários eleitos e os nomeados (FEREJOHN, 2002, p. 41).

Bem por isso, a judicialização não se limita ao papel cada vez maior e mais importante ocupado pelos tribunais na realização de políticas públicas, posto que o fato dos tribunais frequentemente intervirem no processo de criação das políticas públicas significa que outros atores políticos, e grupos que almejam ações políticas têm razão ao buscar a reação judicial. É necessário que as propostas sejam avaliadas a fim de assegurar que a legislação não seja derrubada ou interpretada de forma indesejável, para tanto, o debate político deve antecipar a responsabilidade das instituições legais (FEREJOHN, 2002, p. 41-42).

É notório que nos últimos anos o Judiciário vem concentrando maior atenção da mídia, do poder público e também da população, uma vez que desde o juiz singular até os Tribunais Superiores existem decisões que interferem na pauta legislativa e administrativa. E isso ocorre, pois seja para delimitar, avaliar ou atuar (quando provocado), diante das omissões das

outras funções, o Judiciário é que é chamado para apresentar as respostas, que, embora não agradem, devem ser cumpridas. O poder legislativo não apresenta respostas a temas solicitados no país, talvez por medo de seu eleitorado, tal qual o poder executivo também não vem atuando para resolver os problemas básicos e basilares do país, a fim de que ele se desenvolva, motivo pelo qual também é buscada a tutela jurisdicional.

E, assim, a judicialização não se refere apenas a realização das políticas públicas, desde sua concepção até sua efetivação, como também acaba por justificar a própria atuação judicial, visto que os postulantes no processo judicial buscam ações, serviços ou prestações públicas. Por essa razão, John Ferejohn chega até a conceber e aceitar que, de certa forma, o Judiciário legisle.

Nesse sentido, Hirschl (2008, p. 3) sustenta que o termo judicialização possui uma imprecisão analítica porque frequentemente é utilizado como um guarda-chuva para se referir a processos diferentes, porém, inter-relacionados, pois abrangem as políticas feitas por juízes até a jurisprudência de direitos, os debates sobre nomeações judiciais e a politização do judiciário, o qual consiste no inevitável inverso da judicialização.

Além do que, caracterizam-se como causas da judicialização: a redemocratização do país, cujo ápice foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o Judiciário deixou de ser uma função técnica, e passou a deter uma função política, considerando as garantias conquistadas, bem como a instituição de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública, os quais contribuíram para o aumento das reivindicações por justiça pelos brasileiros; a constitucionalização abrangente, uma vez que a CF/88 passou a abordar variadas temáticas que antes eram objeto de lei ordinária; e, por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, devido à sua extensão, ou seja, a adesão do controle difuso e do controle concentrado/abstrato (BARROSO, 2012, p. 24-25).

Essas causas demonstram que, após a Constituição de 1988, tanto o brasileiro, como o ordenamento jurídico nacional, passaram a ser protegidos e envoltos pelas normas constitucionais, a partir das quais são solucionados os problemas jurídicos, embora não exatamente como eles deveriam ser, e, independentemente desses problemas serem visualizados na vida concreta ou na legislação em abstrato, as normas constitucionais indicam o caminho para se encontrar uma solução.

Com efeito, Luiz Werneck Vianna (2008, p. 10) considera que a judicialização foi prevista e permitida pelo legislador constituinte:

A Constituição visa, pois, o futuro e se empenha programaticamente, ao definir os direitos sociais, no terreno das políticas públicas. A juridicização desses direitos vincula o legislador ordinário aos seus comandos, cabendo à sociedade provocar o Judiciário, mediante novos institutos criados pela Constituição, no sentido de garantir a sua aplicabilidade. Nesse preciso sentido, a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o *médium* do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de constituição como obra aberta.

Logo, tendo em vista que os direitos sociais dependem de políticas públicas para se concretizarem, o legislador ordinário está vinculado aos comandos constitucionais, não só programáticos, como quanto a sua aplicabilidade imediata, e, caso não haja cumprimento desses preceitos constitucionais, a sociedade pode buscar o Judiciário para solucionar o conflito. Disto, denota-se que a judicialização é fenômeno no qual existem vários processos de pessoas que levam ao Judiciário um conflito relacionado a um direito constitucionalmente garantido, a fim de que ele o resolva, considerando sua força coercitiva.

Em termos constitucionais, a judicialização implica na defesa dos direitos fundamentais nos tribunais, os quais, por exercer o poder de concretizá-los, intervindo na política, rompem com o ideal de separação dos poderes e, ao ser considerada como um fenômeno que colocaria a democracia em risco, o sistema brasileiro de constitucionalidade (de controle difuso e abstrato) contribuiria para agravar tal risco (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 117).

Pois bem, a judicialização é uma forma de defender direitos, seja na primeira e/ou na segunda instância judicial, e ainda nos tribunais superiores, posto que todo o ordenamento jurídico deve se amoldar e estar em consonância com a Constituição Federal, a qual estabelece direitos, deveres, e obrigações, e, uma vez que as políticas públicas não funcionam e não são buscadas e concretizadas outras alternativas, qualquer pessoa pode exigir seus direitos frente ao Judiciário. As formas de decidir e a proporcionalidade da decisão já se encontram em outro contexto, visto que o juiz é obrigado a julgar, não sendo abordada a maneira como ele irá fazê-lo.

Nesta esteira:

O Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, que exerce um papel contramajoritário, não pode simplesmente mudar de ideia, nem mesmo se houver grande descontentamento da opinião pública. Isso porque, acima de tudo, o argumento que fundamenta uma decisão judicial deve ser jurídico — nem moral, nem político (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 54).

A questão da judicialização esbarra na maneira de decidir dos magistrados, vez que a possibilidade de levar um direito fundamental que não está concretizado a juízo já está assentada como possível. Ressalta-se, consoante o pensamento dos autores acima, que o juiz exerce uma função contra majoritária, ele não precisa decidir de acordo com o que pensa a maioria ou segundo o clamor popular, desde que, e acima de tudo, ele esteja embasado em argumentos jurídicos, razão pela qual ele não possui a faculdade de simplesmente mudar de ideia. Ademais, suas decisões trazem impactos sociais, econômicos e políticos, a concessão de medicamentos que não constam nas listas do SUS, de medicamentos ou tratamentos experimentais, a concessão de cirurgias não padronizadas, a realização de exames e tratamentos daqueles que não estão nas listas de espera, todas essas modificações resultantes de decisões judiciais interferem na alocação de recursos públicos, no dispêndio de tempo e organização das pessoas e serviços.

E, ainda que muitas vezes o magistrado não tenha ciência da proporção e do impacto causado por suas decisões nos sistemas de saúde e nos órgãos públicos, ou então na vida das pessoas, que vão ter que esperar mais tempo na fila porque existem outras na sua frente. Por isso, é de extrema necessidade da utilização argumentos jurídicos para decidir, e que hoje, dado o desenvolvimento tecnológico, o juiz possua uma base melhor para decidir, ou seja, instrumentos que o cientifiquem da atual situação socioeconômica e política dos efeitos que serão causados por sua decisão, uma vez que estes outros aspectos também compõem e envolvem o direito e as normas legais.

Por outro lado, o que preocupa quanto à judicialização, em sua função de concretizar direitos, é que esse fato implica numa “tendência incontornável para o alargamento do espaço de discricionariedade das magistraturas no dizer o direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição” (CANOTILHO, 2007, p. 90). Eis aqui uma das fontes dos reflexos da judicialização, uma vez que a decisão do juiz deve ser jurídica, bem como, conter o escopo de efetivar direitos, ele possui muita discricionariedade para tanto, surgindo, nesse espaço, as desproporcionalidades ligadas à gestão orçamentária da saúde (por exemplo), de sorte que o poder público terá de arcar com valores que oneram o orçamento de saúde, e o restringem para poucos, isto é, na verdade, apenas para o litigante em questão, enquanto as prestações de saúde deveriam primar pela igualdade de acesso e oferta.

Impende salientar também que:

[...] em primeiro lugar, que esse processo de ‘judicialização da política’ – por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do

constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de ‘juridificação’ das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre ‘força do direito’ e ‘fim da política’ – ou seja, a idéia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas (CITTADINO, 2004, p. 106).

Portanto, segundo a autora, do mesmo modo, influenciaram na ocorrência da judicialização: insucesso do constitucionalismo liberal, no qual só eram previstos direitos relacionados à vida privada, a adesão constitucional de ideais ancorados na dignidade e na igualdade, a partir dos quais os direitos fundamentais foram reconhecidos como justiciáveis, via reflexa, a participação dos tribunais em prol da concretização destes direitos fez com que eles desempenhassem um papel político, isso porque a participação democrática passou a envolver, também, uma concepção jurídica. Ainda, a autora ressalta a independência do Poder Judiciário, em contrapartida, para que ele aja necessita ser provocado, e, quando o é, deve apresentar uma resposta.

A seu turno, de acordo com Antoine Garapon (1999, p. 151), a partir do momento em que os problemas humanos e sociais também se transformaram e problemas jurídicos, chegando até a comprometer os vínculos sociais, o que se solucionava de forma espontânea pelos costumes, passou a necessitar de uma resposta formal do magistrado, justificando a judicialização das relações sociais.

Consequentemente,

Pela voz do juiz, o direito se empenha em um trabalho de nomeação e de explicitação das normas sociais que transforma em obrigações positivas o que era, ainda ontem, da ordem do implícito, do espontâneo, da obrigação social. (...) Ao invadir tudo, o direito corre o risco de matar a civilidade. Daí talvez esse modismo pelas “casas de justiça” ou por todas as demais soluções informais que buscam reanimar - depois de golpeada, porém - a socialidade moribunda (GARAPON, 1999, p. 151-152).

Com isso, o autor adverte que o excesso de manifestações do juiz na vida social pode acabar com a civilidade humana, pois são determinados valores e comportamentos, bem como certas situações são permitidas ou não, o que foge à atuação judicial. O juiz é o terceiro designado para resolver conflitos de maneira formal, mas não são todos os conflitos que precisam ser levados à apreciação judicial, é possível ainda que determinados conflitos sejam resolvidos espontaneamente, mediante a avaliação das obrigações e regras sociais.

Dessa maneira, a “emergência do Judiciário” foi causada pelo legislador que, ao notar os desgastes no sistema republicano, reconheceu que os direitos fundamentais pudessem ser resguardados pelo Judiciário, proporcionando aos cidadãos instrumentos jurídicos para tanto. Bem assim, o Judiciário passou a ser provocado a se manifestar nos moldes da Constituição quanto a questões extremamente sensíveis, a exemplo do processo de privatização das empresas estatais, as quais o juiz e a sociedade não estavam preparados para lidar em seu início. Com o tempo e a vigência da Constituição, as decisões e os entendimentos foram se sedimentando até que o Judiciário também se tornou um ator da política brasileira (VIANNA, 2008, p. 18).

Boaventura de Souza Santos (2011, p. 13) considera que o protagonismo do Judiciário ocorreu devido ao modelo desenvolvimentista caracterizado pelas regras de mercado e por contratos privados, que dependem da estabilidade dos negócios para serem cumpridos, via reflexa, ele exige um judiciário eficaz, independente e célere, ao mesmo tempo, em contrapartida, verifica-se a precarização dos direitos econômicos e sociais, os quais passam a ser buscados perante o Judiciário. Por isso que existem muitos litígios que estão nos tribunais em virtude do “desmantelamento do Estado Social”, como pleitos envolvendo educação, direito do trabalho, previdência social e saúde.

Assim, além das previsões constitucionais acerca da possibilidade de conduzir direitos não efetivados ao Judiciário, historicamente, não obstante as conquistas de direitos, houve alguns retrocessos. No Brasil, o regime ditatorial ocasionou problemas econômicos e não garantiu a igualdade e a dignidade, sequer contribuiu com políticas desenvolvimentistas sanitárias, como o saneamento básico. Com isso, a Constituição de 1988 inova, garante direitos a serem concretizados por um Estado que não estava economicamente bem, e que, na verdade, passaria a ampliar muito sua rede de proteção, tudo isso deve ser relevado e considerado quanto a criação e implementação das políticas de saúde pelo país, bem como suas deficiências.

Ademais, Antoine Garapon (1999, p. 153) alerta que:

Se o dogma da democracia for levado ao pé da letra, o perigo da ilusão da democracia jurídica não é tanto o governo dos juízes, mas sobretudo o poder da pessoa. A justiça deve permanecer como um poder corretivo. Os poderes negativos, que a imprensa e a justiça representam, essa incerteza da norma, esse jogo de massacre no qual a democracia parece estar engajada, correm o risco de instalar, como sucessor da antiga soberania política, não o poder de alguns poucos, mas a vacância do poder. E assim abandonar um certo número de áreas à jurisdição da força, sob o olhar impotente dos juristas.

Destarte, não é certo e sequer democrático que os juízes governem a partir de suas decisões e manifestações, bem assim também é preocupante a quantidade de poder que se dá a uma pessoa e a maneira como ela o utiliza. A justiça é uma forma de poder de correção, e, na sua acepção como poder negativo, significa que a norma é incerta, via reflexa, diante do jogo democrático, o poder pode passar a ser de alguns ou de ninguém, culminando no abandono de áreas em que não há manifestação da força, muito embora elas sejam desejadas ou possuam a convivência dos juristas.

As linhas processuais entre a interpretação e aplicação da lei e o seu abuso são muito tênues, as decisões judiciais possuem efeitos políticos, e, numa democracia, o jogo político é dinâmico, porque são muitos os que anseiam por poder. Por essas razões, tanto a sociedade e os juristas devem estar alertas às interpretações judiciais, e as ações daqueles que almejam e estão no poder, como é preciso se precaver para que a justiça não deixe de possuir seu poder, sua influência a partir do ordenamento jurídico. Por essa razão, os efeitos da judicialização, isto é, as consequências esboçadas nas decisões judiciais (sejam elas civis, administrativas, trabalhistas, ou eleitorais), movimentam o jogo pelo poder.

Não obstante, existem inúmeros sentidos atribuídos à judicialização:

Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via. Refere-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político, ou referente a decisões privadas dos cidadãos (como questões de família). Decisões judiciais particulares poderiam ser sujeitas a escrutínio e seu conteúdo poderia ser avaliado como “grau de judicialização”. A expressão é usada neste sentido mesmo para decisões que não são propriamente judiciais como no caso da verticalização das coligações políticas decidida pelo TSE. Ou refere-se à situação excepcional de maior número de conflitos políticos no Judiciário, própria aos períodos de eleições (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 115).

Por conseguinte, o termo judicialização pode indicar a apreciação judicial de algumas temáticas, dada a preferência do autor da demanda em se valer do judiciário, ainda pode

representar as decisões de cunho político do tribunal, ou, então, revela os casos mais comuns encontrados no poder judiciário. Os autores apontam a possibilidade de nos casos de processos envolvendo relações particulares, ser possível avaliar seu grau de judicialização, ou seja, a probabilidade de resolução ou não de determinados casos como convém às partes ou não, visto que existem muitas situações que são levadas ao juiz, no entanto, que podem ser resolvidas pelas partes entre si.

O que se verifica no Brasil é uma cultura de litígio, no qual as pessoas não conseguem resolver os seus problemas entre si e o delegam para o Judiciário, cuja solução nem sempre satisfaz uma ou ambas as partes, por esse motivo que o Novo Código de Processo Civil traz de forma intensa os institutos da mediação e conciliação para tentar romper com essa cultura judicial do brasileiro.

A judicialização, então, também pode ser vista como uma questão social, a qual não se vincula à vontade dos juízes, e sim, na verdade, a variados fatores alheios à jurisdição, que vão desde o reconhecimento de direitos a ineficiência do Estado em sua concretização, gerando, enfim, no aumento do número de litígios, fenômeno comum de sociedades de massa, salientam Lenio Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Lepper (2015, p. 56). De tal maneira que a diminuição da judicialização ou de litígios se daria a partir da eficiência da máquina estatal em garantir direitos, não só legalmente, e sim materializá-los. Certamente, não será possível agradar a todos, porém, a efetivação de uma rede de amplo acesso e fornecimento de serviços de saúde já seria o diferencial, sendo que a realidade é de falta.

Por sua vez, Luis Roberto Barroso (2012, p. 24) assevera que a judicialização:

[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Isto é, a judicialização decorre do fato do Judiciário estar decidindo situações que, na verdade, são de atribuição do Legislativo e do Executivo, o que implica em transferir certos poderes ao magistrado, cujos reflexos se dão na maneira de participação da sociedade, na linguagem e na argumentação dos temas tratados, posto que no Judiciário se discute matéria jurídica e matéria de fato, mas, em especial, são assuntos jurídicos, e a visão do juiz aplicador

da norma é diferente da do gestor público, como o Presidente da República e seus ministros, o governador do estado, o prefeito, e da/do Deputado e/ou Senador que concebe a norma.

Logo, nos casos de judicialização da saúde, em que são solicitadas prestações de saúde, tendo em vista que o direito à saúde está positivado na Constituição, e em consonância com os valores e objetivos constitucionais e legais (vida, dignidade humana, igualdade e outros), a chance do provimento da sentença é bem grande a razoabilidade, motivo pelo qual ela e a exequibilidade da decisão é que passam a ser questionadas, visto que a demanda por saúde é ampla e para todos.

Dessa forma, a realidade brasileira é caracterizada da seguinte maneira:

As pessoas, tendo consciência de seus direitos, ao verem colocadas em causas as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou garantirem a sua efetiva execução. Como me referiu um magistrado brasileiro, uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão ao tribunal exatamente para poderem ter acesso a medicamentos ou tratamentos médicos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil, onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social (SANTOS, 2011, p. 15).

Não são todos que detêm consciência de seus direitos, às vezes nem mesmo são os que possuem condições mais precárias, todavia, o acesso à justiça é destinado a todos, de maneira que qualquer pessoa pode demandar em face do poder público pela realização de seus direitos, em especial, quanto à saúde são de diversos tipos e valores as prestações solicitadas, até mesmo, caracterizadas como urgentes e objeto de tutela de urgência ou emergência. Acresce-se que existe certa cultura judicial e benevolência de não se deixar que o demandante faleça “no seu gabinete” (vara), o que culmina na concessão da prestação.

Isso porque, sob a forma de uma instituição de tomada de decisão, os tribunais produzem efeitos distributivos diferentes, eis que privilegiam alguns grupos, interesses e visões de mundo sobre outros. Se caso outras variáveis forem iguais, os atores políticos de destaque provavelmente podem favorecer um determinado arranjo institucional (HIRSCHL, 2004, p. 8). Assim, além da dificuldade no acesso, a judicialização de direitos fundamentais se agrava pela falta de critérios mais objetivos e pela emoção que dominam as decisões.

Ao assumir o papel de implementar políticas públicas de saúde, o Judiciário acaba por privilegiar os que possuem acesso qualificado à justiça, porque conhecem seus direitos e

podem arcar com os custos ou com a demora do processo judicial, razão pela qual, ao determinar a entrega gratuita de medicamentos, o Judiciário mais serve à classe média do que aos mais pobres, e isso se agrava tendo em vista que o Governo utiliza recursos de programas sociais para cumprir as decisões judiciais, ao passo que, na verdade, as políticas de saúde deveriam buscar reduzir as desigualdades econômicas e sociais, conforme argumenta Luís Roberto Barroso (2009, p. 46).

Destaque-se que, não só quanto à judicialização, mas também quanto ao acesso às informações de saúde pública, isto é, acesso a tudo que o poder público fornece em termos de saúde pública, verifica-se, que: “As dificuldades de informação constituem, em particular, obstáculo ao pleno acesso ao direito, em todos os sistemas jurídicos, o que se mostra especialmente verdadeiro para os indivíduos ou grupos menos privilegiados” (CAPPELLETTI, 1993, 84).

Assim, a administração pública, a seu turno, não realiza junto aos órgãos de saúde estudos de viabilidade do que pode ser fornecido, quais os principais problemas das políticas públicas, além do econômico, e as maneiras para resolvê-lo. Destarte, enquanto a tutela judicial caminha de maneira célere e eficaz para as partes autoras que conquistam a prestação almejada, as mudanças administrativas ou lições desses processos parecem estar em câmera lenta, ou então, sequer são pensadas estratégias processuais com possibilidades de resolver o conflito, mesmo que não seja pela forma almejada pela outra parte. Isto é, administrativamente, é muito difícil acessar realmente o direito à saúde, inclusive para aqueles que têm conhecimento e condições econômicas de fazê-lo.

Com efeito, conclui-se que:

Esse é certamente o caso brasileiro. Se hoje nos permitimos discutir o processo de “judicialização da política” é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito, promulgando uma Constituição que, nesse processo, representa um consenso, ainda que formal, em torno de princípios jurídicos universais. Se a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores, é preciso, portanto, implementar e inscrever os seus princípios em nossa história política. Para isso, o processo de “judicialização da política” não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer (CITTADINO, 2004, p. 110).

A judicialização é consequência das excessivas demandas judiciais em busca da concretização de direitos, as quais são julgadas, em sua maioria, procedentes, de tal forma que se argumenta a invasão do Judiciário na política, e a falta de proporcionalidade dessas decisões. Na verdade, o que se observa é que a Constituição de 1988 trouxe inúmeros direitos e garantias, bem como deveres e instrumentos para dar eficácia aos direitos e garantias previstos. No entanto, não cabe somente culpar os magistrados por sua imersão na esfera política, esses conflitos podem ser solucionados de outras maneiras, seja pelo poder judiciário ou fora dele, o que falta é vontade política e social para tanto, de sorte que o Judiciário, apesar de ser a opção criticada, não gera nas partes (poder público e sociedade) a proatividade necessária para mudar a situação.

Na acepção de Flávia Santiago Lima (2018, p. 153), da mesma maneira que a judicialização condiciona a política, ela é utilizada pela última como instrumento uma vez que aglutina os interesses comuns de vários grupos sociais hegemônicos. Ademais, observa-se que o processo político que levou à adoção da Constituição de 1988 no Brasil foi um momento que se caracteriza pela “consciência da necessidade de formatação de um novo arranjo institucional. Seguindo a tendência mundial, as forças políticas preponderantes na década de 80 viram no direito e demais organismos estatais um mecanismo para a manutenção do acordo por elas firmado”.

À guisa de conclusão, percebe-se que o cenário político também se beneficia da judicialização, seja para rebater as práticas do governo, quando se está na posição de contrariar os que estão no poder, seja para atacar o Judiciário, quando se está atuando em prol do governo. Entretanto, cabe observar que o cenário político se apropriou do Direito como um mecanismo de garantir seus anseios, isto é, a sua manutenção no poder.

Logo, em respeito à democracia, ao Estado Democrático de Direito e à tripartição das funções estatais, os questionamentos não devem ser voltados somente ao Judiciário quanto à maneira de resolver o conflito, como também devem ser dirigidos ao Executivo e ao Legislativo, em: cadê a política pública? Como ela funciona? Ou por que ela não funciona? Dentre outros, como forma de se cumprir o que consta no texto constitucional.

Isso porque, o Estado Democrático de Direito simboliza um novo paradigma, no qual foi criada, no âmbito do direito constitucional e da ciência política, uma legitimidade em cujo interior ao direito é dada a tarefa de transformação, inclusive diante da crise do modelo do Estado Social, a partir do qual as políticas públicas se tornaram insuficientes, prejudicando a realização dos direitos sociais e fundamentais. Nesse sentido, houve uma mudança no processo de legitimação porque, ao invés das Constituições liberais ou sociais, a legitimidade

deriva da Constituição em si, “que exsurge de um processo de refundação da sociedade” (STRECK, 2014, p. 167).

Resta claro, então, que apesar das críticas, impactos e efeitos da judicialização, demandar em face do poder público é a única maneira de conseguir a efetivação de um direito constitucionalmente assegurado, como a saúde, e o excesso de demandas viola a igualdade, interfere no rumo dos gastos públicos e das políticas públicas, privilegia as pessoas de classe média, e mais, acaba fazendo com que o juiz decida questões que escapam as suas atribuições, tendo em vista a tripartição das funções do Estado.

Por outro lado, considerando os impactos econômicos gerados, a judicialização poderia ser entendida como uma forma de provocar a Administração Pública para realizar ações efetivas de melhoria de serviços e garantia de direitos.

2.3. O Ativismo Judicial: Efeitos e Consequências

Enquanto são aguardadas ações efetivas e eficazes por parte do Poder Público, os juízes, quando provocados, às vezes decidem de forma a subjetiva o caso concreto, de modo a implantar a sua visão tanto material quanto formalmente nos autos. Por isso que surgiram acusações acerca de posturas judiciais tidas como ativistas.

O termo ativismo judicial foi cunhado pelo autor Arthur Schlesinger Jr. ao descrever os juízes da Suprema Corte americana de acordo com suas divisões e alianças, sendo que os juízes ativistas eram os que acreditavam que a lei e a política eram inseparáveis, bem como que as decisões judiciais eram orientadas para determinado resultado, dado que nenhum resultado é pré-determinado (KMIEC, 2004, p. 1446-1447).

Luís Roberto Barroso (2012, p. 25) considera que o ativismo judicial consiste em uma escolha de interpretação específica e proativa da Constituição, potencializando seu sentido e alcance. Geralmente, ele ocorre devido à retração do Poder Legislativo, e um descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo o atendimento efetivo dos problemas sociais.

Pois bem, cabe salientar que as atividades e atribuições do magistrado estão dispostas legalmente, desse modo, uma atuação proativa, após ser provocado a resolver o conflito, é o que se espera dele, especialmente, em virtude dos princípios adotados pelo Código de Processo Civil Brasileiro, como a razoável duração do processo, a celeridade, o contraditório, a ampla-defesa e a cooperação, os quais serão desenvolvidos posteriormente.

O que o Barroso refuta é a proatividade interpretativa do magistrado ao expandir o disposto no texto constitucional para atingir um fim por ele pensado, ou mesmo almejado. Isso se dá porque não existem parâmetros legais ou os existentes são falhos os existentes, acabando por permitir certas discricionariedades do juiz, as quais, por vezes, são associadas a outras interpretações (expandindo seu sentido), e também pela divergência entre a vontade política e os anseios sociais.

Isso porque, tem-se a discricionariedade legislativa, a qual é fruto da falta de parâmetros normativos ou de sua flexibilidade, enquanto a discricionariedade administrativa se refere à abertura textual e à possibilidade de mais de uma forma de conduta diante da situação fática. Por fim, a discricionariedade judicial envolve um campo ainda maior que as anteriores, pois é relativo à criatividade na interpretação (RAMOS, 2015, p. 130).

Bem assim,

A discricionariedade judicial também floresce no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer (RAMOS, 2015, p. 131).

Destarte, a discricionariedade é um assunto tormentoso quando se trata do Poder Público, isso porque são bem delimitadas e delineadas as esferas e possibilidades de sua atuação. Por isso, o autor defende que também seja assim quanto ao Judiciário, uma vez que, dada a amplitude de normas existentes à margem de discricionariedade e criatividade interpretativa dos juízes é bem grande, até porque o controle dessa discricionariedade será realizado pelo próprio judiciário, eventualmente os tribunais superiores, ou então o CNJ.

Não obstante,

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Assim, Barroso considera como parâmetros e/ou indícios de ativismo judicial a postura do magistrado quando ele se vale da Constituição diretamente em casos que não estão adstritos, de forma expressa ao seu texto, e sob os quais o legislador ordinário não se manifestou; ao declarar a inconstitucionalidade de atos do legislador a partir de critérios menos rígidos que indubitavelmente contrariam a Constituição; e, diante da imposição ou abstenção de condutas relacionadas a políticas públicas. Dessa forma, o juiz ativista é aquele que aplica a Constituição até mesmo quando ela não disciplina tal matéria, declara a inconstitucionalidade de matérias sem patente violação constitucional e impõe ou deixa de impor tarefas ao Estado quando se trata de assuntos relativos a políticas públicas.

A seu turno, Elival da Silva Ramos (2015, p. 324), considera que o ativismo judicial compreende:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Portanto, o ativismo judicial, na visão do autor, consiste numa prática do Judiciário que ultrapassa suas atribuições legais e abarca questões subjetivas na resolução dos conflitos, e também as lides normativas de caráter objetivo, e isso ocorre, em especial, em prejuízo do Legislativo, não pela utilização errônea da legislação, mas sim pela descaracterização do exercício do Judiciário de sua função típica, diante da imersão traiçoeira no âmago das funções constitucionais dos outros poderes.

Disto denota-se que o ativismo judicial faz com que a legislação e todo o aparato normativo do ordenamento jurídico brasileiro sejam utilizados em favor daquilo que o juiz pensa como certo, adequado e justo para aquele caso, prejudicando as demais funções estatais no exercício de suas atribuições constitucionais.

Outrossim,

[...] o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por

forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 56).

Segundo essa concepção, o ativismo judicial foi concebido pelo sistema jurídico a partir das atribuições dos juízes e desembargadores cuja postura se reveste de juridicidade. O ativismo evidencia o papel central ocupado pelo Judiciário do cenário atual, e a vista da judicialização como algo inevitável, o ativismo se liga a forma de agir, pensar e decidir determinada lide, considerando questões subjetivas, ou seja, a vontade do julgador, que as reveste de juridicidade.

Em tempos de ativismo judicial, há o império da vontade, desse modo, o ativismo é fundamentado pelo utilitarismo, consoante a moral e a vontade de quem o exerce, fato que se mostra perigoso à democracia, eis que tudo que viola a Constituição ameaça a democracia, a qual é fruto de uma relação instável, de altos e baixos, avanços e retrocessos, rupturas e progressos, como se denota da história brasileira. Destarte, a “Democracia é, antes de tudo, uma jornada, uma grande caminhada. Pede uma atenção e um cuidado constante. A democracia exige de nós estarmos em alerta” (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 59).

Por mais importante que seja o papel do Judiciário, não é possível conceber arbitrariedades e discricionariedades na utilização, interpretação e aplicação da legislação, em especial, a constitucional, quando não autorizada expressamente pela legislação, com base nas vontades e ideais do julgador, pois isso afronta todo o sistema jurídico e a maneira como ele foi projetado para funcionar, tendo em vista que os juízes são os conhecedores da lei, imparciais e neutros. Além disso, fere a Constituição, quanto às atribuições do magistrado, via reflexa, também são aviltados o regime democrático e a separação dos poderes.

Nesta esteira, saliente-se que a neutralidade que se espera do magistrado, “significa, em primeiro lugar, que o justo, fundamentado na lógica da argumentação, tem o primado sobre o bom, ou seja, que às questões relativas à vida boa cedem lugar às questões de justiça” (HABERMAS, 1997, p. 35). Desta feita, um juiz neutro é aquele que argumenta segundo a lógica jurídica em favor da justiça, não se deixando envolver com aquilo que considera bom ou para uma vida boa, justamente porque esses aspectos são concepções subjetivas.

E, ainda, a decisão utilitarista e solipsista do magistrado se refere ao seu conhecimento de mundo, a sua concepção do direito e sua interpretação do ordenamento jurídico, ou seja, consistem em posições muito particulares, e o que se discute no processo não pode contar

com tanta particularização, no sentido das consequências processuais e dos reflexos que a decisão gera para o processo.

Isso porque, “Os ativistas fundamentam sua defesa, quando o fazem, no pressuposto de que seus objetivos sociais são indiscutivelmente bons, ou de que, a longo prazo, irão favorecer o interesse de todos” (DWORKIN, 2002, p. 233). Dessa maneira, é preciso zelar pelo sistema jurídico como um todo, com higidez e harmonia, e não o basear no ideal utilitarista para solucionar o caso concreto o qualificando como um bem comum.

Logo,

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 59).

Isto é, o ativismo não é algo tolerável democrática e constitucionalmente, uma vez que se sobrepõe a premissas básicas e fundamentais que garantem a democracia e a Constituição, bem como sua harmonia. De sorte que, também não é possível avaliar se determinadas decisões ativistas são boas ou ruins, porque ora elas podem parecer boas, ora serão prejudiciais, ora os que as enaltecem serão prejudicados por ela e vice-versa. Decisões ativistas são decisões ativistas, e devem ser combatidas pelo sistema, posto que se fossem aceitas, haveria permissivo legal para tanto.

Então, o argumento segundo o qual aqueles que detêm poder político, com base na democracia, sejam permitidos a ser os únicos juízes de suas decisões, corrobora para que eles tenham direito a fazer o que desejam, o que não prova que o ativismo é superior à deferência, e sim, na verdade, que o ativismo judicial abrange riscos de tirania, os quais se nulificam nos casos que envolvem injustiças quando de decisões tomadas pela maioria em causa própria, embora, seja suficiente para encobrir o argumento, fundado na equidade, sobre a maioria poder decidir acerca dos limites de seu poder (DWORKIN, 2002, p. 225).

Dworkin alerta sobre os riscos de tirania que o ativismo judicial pode trazer caso seja permitido a aqueles que ocupam o poder decidirem à sua maneira, de acordo com suas vontades, e não consoante o ordenamento jurídico. Além disso, para o autor, a discussão a

respeito dos riscos do ativismo é menor do que a maioria decidindo em causa própria, contudo, funcionam para ocultar discussões quanto aos limites de poder da maioria, a serem por ela estabelecidos. Desse modo, o ativismo também contribui para travar a realização de discussões democráticas relacionadas ao poder da maioria.

Para Antoine Garapon (1999, p. 45-46), o direito é um instrumento de ação política, seja no sentido de expressar reivindicações, seja para organizar a ação administrativa. No processo, o cidadão realiza sua ação política. Por essa razão, o ativismo não consiste em uma ação eventual do magistrado para brigar com o poder público, mas sim “uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política”.

Destarte, na concepção do autor, o ativismo é uma consequência da democracia, na medida em que os cidadãos peticionam contra o Estado apresentando suas reivindicações ou existem conflitos em virtude dos anseios de se organizar a ação administrativa, via reflexa, ao solucionar a demanda, o juiz acaba por realizar interferências na seara do executivo, o que é entendido como uma nova forma de atender as expectativas e solucionar as questões políticas.

A crítica quanto ao subjetivismo ou solipsismo do juiz presente ao julgar é a maneira mais grave de interpretar o ativismo, uma vez que não se coaduna com as atribuições do magistrado implantar sua visão no processo. Disto se difere a proatividade do magistrado em solucionar a demanda, o juiz, inclusive amparado pelo Código de Processo Civil, dispõe de inúmeros meios, seja em âmbito executivo, seja no tocante a meios probatórios, ou até estimulando a realização de um acordo ou conciliação, de propiciar resolver a lide que lhe foi apresentada, e é preciso que o juiz assim o faça, desde que respeitando as regras processuais, e analisando o que foi produzido pelas partes de maneira igualitária, a fim de confrontá-los, ainda, com a legislação e jurisprudência pertinente.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que:

Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para não perder a imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Irrelevante quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra a influência de outros elementos (BEDAQUE, 2011, p. 122).

Bem assim, continua o autor, pois considera como juiz ativo aquele que determina a prova, contudo está sujeito às limitações decorrentes das garantias das partes no processo, como a ampla-defesa e o contraditório, o que é compatível como o modelo democrático

processual que se deseja, visto que o juiz ativo não é autoritário (BEDAQUE, 2011, p. 123). Ou seja, é imprescindível que o juiz seja imparcial, sem se deixar influenciar e posicionar de acordo com os acontecimentos processuais. Posto isso, o juiz ativo, na acepção de Bedaque, é o que se dedica à produção probatória, dentro dos limites das garantias processuais das partes, não se confundindo com o juiz ativista.

Dessa forma, aumentar o poder da justiça não implica na transferência do poder do povo ao juiz, e sim numa “transformação do sentimento de justiça” (GARAPON, 1999, p. 46). Isto é, o poder emana do povo que o exerce por seus representantes, dentre os quais não estão os membros do Judiciário, vez que seu provimento como juiz é por meio de concurso público, ou então, indicações para os cargos de desembargadores e ministros dos Tribunais Superiores, dito isso, ao buscar socorro no Judiciário, os membros de povo não estão delegando seu poder soberano a eles, como também passaram a modificar sua visão de justiça, entendendo que a justiça não decorre da lei, e sim, daquilo que é decidido pelo juiz, através da lei.

Nesse sentido, percebe-se que, no Brasil, como as pessoas não conseguem mais solucionar elas mesmas seus conflitos com outras, este é transferido ao juiz para que ele o faça. À vista disso, um dos objetivos do novo CPC é estimular a conciliação e mediação, servindo de impulso para que as pessoas aprendam a solucionar seus conflitos sem depender de um terceiro, cujas decisões às vezes não satisfazem nenhuma das partes. Quando a outra parte no conflito é o poder público e ele ocorre em descumprimento aos dispositivos legais, especialmente os constitucionais, a presença do Judiciário acaba se tornando patente e necessária, isso porque o poder público, justificando-se em demasia pelo princípio da legalidade, não aceita realizar acordos, bem como deixar de solucionar ou não busca averiguar a qualidade dos serviços que presta à população.

Portanto, a busca de concretização de direitos fundamentais no Judiciário não pode levar a decisões que sejam procedentes por compaixão, por pena das situações e das condições socioeconômicas pelas quais o Brasil está sujeito, a concretização de um direito por medidas judiciais depende da necessidade do medicamento, tratamento, cirurgia ou outro serviço que garanta a vida. Entretanto, caso haja seu fornecimento pelo poder público, ele tem que ser priorizado, assim como verificadas todas as possibilidades a partir do caso concreto, porque aquela prestação ou política pública não está funcionando. Eis que, o ativismo se manifesta justamente nessas decisões emocionais, em que a emoção é relativizada na aplicação da legislação, quando isto não poderia, sequer deveria, realizar-se.

Com isso,

O acompanhamento fenomenológico sobre os limites e possibilidades da atuação judicial, nos permite concluir que o Estado Brasileiro, sob o regime democrático, demanda de todos os poderes, compromissos com a isonomia substancial. Na realidade processual, isso imputa responsabilidades a todos aqueles que atuam para o exercício da função jurisdicional, que deve legitimar-se pela adequação da resposta à especificidade da demanda. Se isso não se puder alcançar pela literalidade da lei, pela restrita aplicabilidade das regras, é certo que também não pode depender de visões solipsistas (RIBEIRO, 2017, p. 63).

Percebe-se, então, que as instituições e as funções de Estado atuam em prol da garantia da isonomia substancial, de modo que todas as pessoas que trabalham no Judiciário, como as cujo ofício envolve o Judiciário, também têm esse compromisso, em especial no sentido de verificar se o resultado da demanda se adéqua à realidade social, econômica e política atual, sob a perspectiva de uma igualdade substancial, isso não se verifica apenas no texto de lei, que deve nortear a solução, contudo, também não justifica a implantação de visões e ações subjetivas.

Com efeito, muitos autores argumentam acerca do ativismo à brasileira, justamente pelo fato de, no Brasil, o ativismo ser fruto de decisões baseadas na vontade do magistrado, segundo as suas convicções pessoais, escolhas políticas e argumentos morais, os quais são tidos como elementos metajurídicos. Por isso que, o ativismo envolve solipsismo, e não pode ser classificado como bom, nocivo ou mau (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 237).

Além disso, William Marshall (2002, p. 104) identificou sete tipos de ativismo judicial dentre os descritos pela doutrina, são eles: o ativismo contramajoritário, segundo o qual se evidencia a relutância dos tribunais em deferir decisões dos democraticamente eleitos, por discordarem delas; o ativismo não originalista, em que se nega o originalismo na interpretação judicial, não permanecendo fiéis ao texto legal ou à interpretação da Constituição; ativismo de precedentes indica o não cumprimento dos precedentes pelos tribunais; ativismo jurisdicional demonstra a falha dos tribunais em aderir a concepções jurisdicionais que limitem seus poderes; criatividade judicial implica na criação de novas teorias e direitos pela doutrina constitucional; ativismo remédio consiste na utilização do poder do judiciário para impor o desenvolvimento de obrigações afirmativas aos outros apoiadores do governo, ou tomar as instituições governamentais para o controle judicial como um remédio imposto; e o ativismo partidário, no qual se utiliza do poder do juiz para se conquistar os fins partidários.

Porquanto, é possível notar que o ativismo, assim como o direito, tornou-se instrumento para atingir fins políticos, seja no sentido de alcançar o poder ou de mantê-lo. De

outro lado, existem concepções extremamente solipsistas, visto que percebem o poder do magistrado como acima da Constituição e permitem ao magistrado a criar o direito naquele caso, o que afronta não só ao regime democrático e a separação de poderes, como enaltece apenas uma das funções do Estado, ou seja, o Judiciário.

Vale ressaltar que Lenio Streck (2014, p. 289) adverte que:

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intromissão dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial). Desnecessário referir as inúmeras decisões que obrigam os governos a custear tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimento de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!

Dessa forma, a judicialização é compreendida pelo autor como um mal inevitável, visto que se refere a problemas contingenciais na concretização dos direitos fundamentais sociais. Já o ativismo avilta à autonomia do direito, abalando suas estruturas legais e institucionais, de modo que é necessário se atentar à intervenção judicial, pois suas consequências ferem o direito e, via reflexa, a sociedade em si. Streck cita exemplos relacionados a casos de saúde nos quais se nota pouca razoabilidade na decisão, mas, ao contrário, uma carga moral individual forte, o que implica não só em decisões injustas sob o contexto sócio-político e econômico, bem assim, com o gasto excessivo, desnecessário e, por isso, irregular da verba pública.

Por conseguinte, o objetivo deste tópico é demonstrar que, apesar da existência da judicialização dos direitos fundamentais sociais, principalmente do direito à saúde, tal contexto não justifica o solipsismo das decisões judiciais, a interpretação e implantação das concepções subjetivas ou moralmente valorativas do magistrado no feito, seja em seu desenvolvimento, na fase probatória, ou na executiva. O juiz tem poderes probatórios, deve conduzir os autos, com neutralidade e imparcialidade, sem criações ou abuso de interpretações, a partir da sua moral, o que não lhe impede, de, quando provocado, atuar de forma proativa para a conclusão do feito. Aliás, o magistrado deve buscar a igualdade substancial na demanda, de maneira proporcional e dentro da realidade social, política e econômica nacional.

2.4. A Efetividade do Direito à Saúde no Brasil: o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível

O direito à saúde, igualmente aos demais direitos fundamentais sociais, ao ser concretizado, seja pelo poder público ou nos processos judiciais, gera gastos públicos e orçamentários, gastos estes que sempre esbarram em discussões acerca de limitações e parâmetros de qual seria o mínimo necessário para um ser humano sobreviver dignamente, o que é conhecido como mínimo existencial, bem como o limite entre os gastos atuais do poder público e a salvaguarda de dinheiro para se investir futuramente, considerando que as gerações futuras e o caráter programático de algumas normas de direitos fundamentais, o qual consiste no objeto de defesa da reserva do possível.

Desde já, parte-se do pressuposto de que:

[...] a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência (SARLET; FIQUEIREDO, 2007, p. 180).

Logo, os direitos fundamentais e sociais não apenas são inerentes ao ser humano como são indicadores, principalmente quando associados à dignidade, para se aferir que o ser não apenas exista, mas, sim, esteja em condições de sobreviver de forma digna, acima dos patamares de pobreza absoluta, enquanto lhes sejam assegurados tais direitos.

Não é preciso, para tanto, que esteja positivado constitucionalmente o direito ao mínimo existencial, uma vez que a interpretação dos dispositivos constitucionais, como os princípios e objetivos da ordem econômica, dispostos no artigo 170 da Constituição, e também os direitos sociais em espécie (saúde, trabalho, moradia, previdência social, assistência social, e outros), envolvem o mínimo existencial, que simboliza um direito-garantia fundamental autônomo, segundo Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2007, p. 184).

Ademais, o mínimo existencial pode ser concebido como: “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 184). Ou seja, não obstante a indispensabilidade de uma sobrevivência de forma digna e acima dos padrões de pobreza absoluta, o mínimo existencial, de maneira conceitual, abrange uma vida saudável, a qual se relaciona não só à saúde, mas também ao equilíbrio entre as condições econômicas e

sociais do indivíduo, de tal maneira que existam condições econômicas que lhe permitam assegurar sua sobrevivência, bem como condições sociais, isto é, viver em um ambiente salubre, ter o que comer, ter acesso à educação, e cuidar de sua saúde para não contrair patologias ou desenvolvê-las.

Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 70) entende como mínimo vital “o dever do Estado caudatariamente ao princípio da dignidade humana, garantir a todos um *standard* social mínimo incondicional”. Isso porque, o autor considera que, diante do fato do ser humano possuir um valor absoluto, e não relativo, devem ser-lhe garantidas condições para sua vida seja preservada, e para sua integração na sociedade.

Ademais, na acepção do autor, o mínimo vital se trata dos parâmetros indispensáveis para se continuar vivendo, com o objetivo de preservar o ser humano, dada a sua singularidade, a fim de salvaguardar sua vida e sua integração social. O “prejuízo”, com a sua adoção, é do Estado, o qual deverá elaborar e executar políticas públicas que estejam de acordo, pelo menos, com esses padrões mínimos.

O equilíbrio social e econômico para se assegurar o mínimo significa o indivíduo estar apto a exercitar seus direitos fundamentais para sobreviver. Sem contar que os parâmetros econômicos podem ser garantidos pelo governo ou então a partir da própria pessoa como fruto de seu trabalho. Impende ainda salientar sobre os programas de assistência social aos moradores de rua, os programas de moradia, os quais funcionam como uma forma de proporcionar auxílio aos indivíduos, devido à grande desigualdade social no Brasil, com o escopo de assegurar o mínimo para que as pessoas possam existir (dignamente).

Nesta esteira,

O sistema social deve ser estruturado de modo que a distribuição resultante seja justa, independentemente do que venha a acontecer. Para se atingir esse objetivo, é necessário situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas. Sem uma organização apropriada dessas instituições básicas, o resultado do processo distributivo não será justo (RAWLS, 1997, p. 303).

Em outras palavras, o equilíbrio na garantia do mínimo, até mesmo pelo poder público, depende de um entendimento do contexto sócio-político e econômico local, para que as instituições especializadas em assistência consigam bem desempenhar suas funções, isto é, o SUS, ao fornecer medicamentos básicos, precisa saber e conhecer as patologias que mais afligem os brasileiros, os melhores em termos de qualidade e eficácia, medicamentos, fornecer vacinas e sempre estar alerta com a disseminação e eliminação de certas epidemias, o

cuidado com o saneamento básico, com os níveis de poluição, que restam cada vez mais evidentes com o (re)aparecimento de patologias.

Outrossim, garantir o mínimo existencial se revela um compromisso com o processo constitucional, os fundamentos e fins da Constituição de 1988, uma vez que a dignidade humana é o valor maior tratado na Constituição e o mínimo existencial se revela para que haja humanidade e distribuição de cuidados entre todos os seres humanos.

Existem autores que diferenciam o mínimo existencial do mínimo vital, enquanto outros consideram que são expressões semelhantes:

Em outros termos, o mínimo existencial refere-se a uma série de prestações sociais capazes de assegurar os pressupostos a uma existência humanamente digna, e não apenas um mínimo vital, ou o suficiente à sobrevivência pessoal. Dentre essas, certamente estão incluídas prestações mínimas em saúde (FIGUEIREDO, 2007, p. 194).

Pois bem, a autora considera que o mínimo existencial não se refere apenas à sobrevivência do indivíduo, o que, na verdade, relaciona-se ao mínimo vital, mas sim, ao mínimo de direitos garantidos, em especial, os direitos sociais, inclusive sendo as prestações básicas de saúde, como saneamento básico, vacinas, postos de saúde ou UPAs, capazes de atender, a qualquer hora, eventuais problemas que possam acometer um indivíduo.

De outro lado, vale ressaltar que existem autores que não adotam diferenciação entre mínimo existencial e vital, qualificando-os em consonância aos preceitos dos direitos fundamentais e à dignidade humana.

Não obstante, cumpre advertir que o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais e o mínimo existencial/vital consistem em situações diferentes, pois:

O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 72).

Portanto, enquanto o núcleo essencial dos direitos se refere às questões imprescindíveis que compõem o direito em espécie, e que não podem dele ser subtraídas ou restringidas, o mínimo vital ou mínimo essencial são as diretrizes para se assegurar a existência com dignidade do ser humano.

Por sua vez, Mariana Figueredo (2007, p. 183) considera que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um padrão mínimo de eficácia, o qual assegura a inviolabilidade da materialização na proteção do direito, cuja limitação ocorre de acordo com as pretensões jurídicas que podem ser objeto de solicitação judicial e nas quais não é lícita a interferência do Estado ou dos particulares para descaracterizar o direito.

Por conseguinte, o mínimo existencial se refere à manutenção e a presença dos direitos inerentes ao homem em seu caráter fundamental, a fim de que sejam assegurados para que o indivíduo possa ser visto como tal, garantida também sua dignidade. De outro lado, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais são os padrões, pelos quais é possível avaliar se caso determinado direito existe e é protegido ou não, e os que não podem ser objeto de restrição legal ou judicial.

No tocante ao direito à saúde, o mínimo existencial significaria que o autor da demanda demonstrasse que a falha no recebimento do tratamento é severa o bastante a ponto de aviltar seu direito à vida, à dignidade, e integridade pessoal, assim como a parte autora deveria comprovar que não dispunha de recursos para pagar um tratamento privado ou um plano de saúde (LANDAU, 2012, p. 208-209).

A interpretação acima é a fundamentação jurídica da grande maioria das petições iniciais que tratam de saúde no Brasil, de maneira que é possível perceber que ela se associa em parte ao mínimo existencial, uma vez que a falha no serviço público prestacional é um problema que deve ser corrigido. Posto que, as condições econômicas variam na sociedade brasileira, mas todos, independentemente delas, possuem o direito à saúde assegurado, razão pela qual é necessário mensurar e ponderar o quão grave é a patologia ou a necessidade da prestação do serviço de saúde em um contexto social, político e econômico de predominância da judicialização da saúde.

Com efeito, Mônica Serrano (2012, p. 66) defende que o parâmetro de averiguação do mínimo existencial não é imutável, de maneira que precisa ser interpretado consoante as novas realidades sociais, as quais estão sempre se modificando, no entanto, em momento algum, pode se distanciar dos fins sociais.

A seu turno, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2007, p. 186) defendem que o conteúdo que forma o mínimo existencial depende de uma análise ou averiguação das necessidades de cada pessoa e de sua família, quando necessário, admitindo-se a possibilidade de haver padrões com base nas avaliações já realizadas ou que forem realizadas.

As condições sociais do caso concreto analisadas sob a perspectiva das condições sociais, econômicas e políticas do país, segundo os nichos sociais que o compõem, permitem

a concepção do que simboliza o mínimo existencial em determinado caso concreto, sendo que, numa análise objetiva, a visualização da pessoa como sujeito de direitos, que lhe são inerentes e devem ser garantidos é tida como parâmetro.

Destarte, nesse sentido, o poder público acaba tendo uma função primordial, visto que é responsável por gerir a sociedade, o orçamento público e a realizar as políticas públicas.

O papel do Estado na organização das políticas públicas e aparelhamento da economia é relevante, devendo buscar o equilíbrio entre a receita e a despesa, sem, contudo, se afastar dos princípios constitucionais consagrados, que exigem a realização das necessidades sociais e consagração, inclusive, do mínimo essencial de dignidade e cidadania (SERRANO, 2012, p. 67-68).

No caso do direito à saúde, por se tratar de um direito social fundamental que demanda ações positivas do poder público para sua concretização, que ocorre especialmente pelo Sistema Único de Saúde, tendo cada ente federativo sua parcela de responsabilidade econômica e política, é preciso que eles estejam coadunados, no sentido de, cientes do seu papel, e das deficiências orçamentárias, como muito se alega, saibam, segundo o princípio da eficiência, bem gerir a saúde pública, embora com recursos escassos, e, ainda assim, sejam levadas à população as informações sobre a disponibilidade dos serviços, os locais em que é possível acessá-los e, o tempo de espera para conseguir determinadas prestações.

Falta uma gestão transparente com a população, uma vez que vender a ideia de que o serviço é bom e bem prestado, no entanto, está inalcançável aos que dele necessitam, apenas gera mais dor e ressentimento para com os agentes políticos. A transparência na gestão, que, na verdade, está mais para uma divulgação de informações (publicidade), poderia até ensejar parcerias com entes privados que prestam serviços de saúde pública, e outros.

Muito embora ainda haja discussão a respeito do mínimo necessário para um indivíduo existir, uma sociedade democrática deve lutar para extrair e atingir a máxima efetividade das normas sociais, de maneira a serem tratadas como exceção as situações pertinentes à restrição dos direitos sociais e sua relação com a reserva do possível (SERRANO, 2012, p. 72).

Interessante notar que, pelo fato dos direitos fundamentais serem financiados por receitas tributárias, Holmes e Sustain (1999, p. 48) consideram que eles são bens públicos, uma vez que os serviços públicos são financiados pelos contribuintes e administrados pelo governo, visando melhorar o bem-estar coletivo e individual.

No tocante à reserva do possível, o STF, no julgamento da ADPF 45, consignou que:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, online).

Logo, o poder público não pode justificar sua omissão ou inação pela reserva do possível, bem como não pode deixar de cumprir os mandamentos constitucionais com base nela, principalmente quando, a partir da alegação de reserva do possível forem tolhidos direitos ou aspectos fundamentais dos direitos.

A reserva do possível é uma teoria que se originou da decisão BVerfGE 33, 303 (1972) do Tribunal Constitucional Alemão, conhecida como *Numerus Clausus*. No caso, discutia-se acerca do acesso a determinados cursos na universidade em razão da concorrência e da disponibilidade de vagas ofertadas, e, dadas as devidas proporções entre as normas de direito alemãs e brasileiras, a decisão expôs que só é possível tratar de reserva do possível quando o mínimo existencial é assegurado, ou seja, o poder público não pode contingenciar ou economizar gastos, alegando que seu orçamento está comprometido se o que se pleiteia é a garantia do mínimo a partir de prestações que concretizem os direitos sociais⁷.

Canotilho (2003, p. 478) defende que o fato dos direitos econômicos, sociais e culturais serem entendidos como direitos originários, modifica a função dos direitos fundamentais acerca de sua efetivação, a qual depende da discussão quanto à reserva do

⁷ “Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir” (REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014), (BRASIL, online).

possível, uma vez que a concretização de tais direitos depende de recursos econômicos, embora não simbolize um apelo ao legislador, pois, na Constituição Portuguesa há uma imposição legitimadora das transformações econômicas e sociais, na medida em que elas sejam necessárias para efetivar esses direitos.

Com efeito, nota-se que a importância da gestão orçamentária na concepção e organização estrutural de um direito social, econômico e cultural, como o direito à saúde, posto que a reserva do possível também impacta na maneira como se concebe a estrutura organizacional de organização desse direito. Disso, denota-se que o direito à saúde no caso brasileiro está delimitado por limites orçamentários, assim como limites constitucionais, no tocante a necessidade de concretização do núcleo básico e essencial desse direito (para todos).

Dessa forma, a reserva do possível funciona como um limite jurídico e fático aos direitos fundamentais, e pode também ser utilizada para assegurá-los, a exemplo dos casos de conflitos de direitos acerca da indisponibilidade de recursos a fim de proteger o núcleo essencial de um direito fundamental, desde que respeitadas a proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial no tocante a todos os demais direitos (SARLET, 2018, p. 296).

Portanto, a aplicação da teoria da reserva do possível depende de três condições: a garantia ou satisfação do mínimo vital, como acesso à educação básica e saúde, e outras; que o Estado comprove que vem atuando de maneira significativa na efetivação do direito social pleiteado; e, a avaliação da razoabilidade do caso (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175).

Considerando que as políticas públicas nacionais não funcionam, existem pessoas que vivem à margem da miserabilidade e em péssimas condições de vida, e a necessidade de, cada vez mais, avaliar os casos judiciais a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade pelo juiz, enquanto essas contingências não forem sanadas, simplesmente não cabe alegar contingenciamento de recursos ou crise orçamentária nos processos judiciais, porque tal motivo não será uma justificativa. De outro lado, também não é possível permitir excessos a despeito de prejudicar o mesmo direito de outrem ou outro direito do outro.

Desse modo, a razoabilidade se relaciona a proporcionalidade, a qual, por sua vez, significa “a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados” (GRINOVER, 2010, p. 19). Isto é, quando se discute judicialmente a respeito da prestação de um serviço de saúde pública, é preciso que o magistrado realize um estudo sobre se o que se pleiteia é razoável, se há uma equivalência entre a utilização do Judiciário, e sua eventual interferência administrativa, e aquilo que se busca.

Segundo Zagrebelsky (1999, p. 147-148), na prática judicial, o caráter razoável do direito se evidencia em dois momentos: na categorização dos casos a luz dos princípios e na

busca da regra aplicável ao caso. É razoável a categorização dos fatos que considera todos os princípios que nele interferem, é razoável a regra individualizada no marco das condições limitadoras do direito como ordenamento, respondendo as exigências do caso. E justamente ao apurar a razoabilidade do conjunto, é que se realiza trabalho de unificação do direito, cuja atribuição é da jurisprudência.

A seu turno, Humberto Ávila (2005, p. 103) entende que a razoabilidade possui três acepções:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Logo, a razoabilidade pode envolver tanto a relação entre a norma geral e as peculiaridades do caso concreto, a ponto de indicar como será o seu cumprimento; ou pode a razoabilidade funcionar como uma ponte entre o mundo jurídico e a realidade concreta, de maneira a funcionar como um suporte entre a medida adotada e o fim pretendido; e, ainda, pode a razoabilidade operar na relação entre duas grandezas. Eis que, no tocante à judicialização da saúde, espera-se que a razoabilidade seja utilizada consoante a primeira e/ou a segunda acepções.

Por outro lado, cumpre consignar que a proporcionalidade se refere a uma relação entre meio e fim, vez que sendo adotado o meio, atingir-se-á o fim, enquanto a razoabilidade se relaciona a congruência e equidade, no sentido de harmonizar o Direito a suas condições externas, ou seja, o caso concreto (ÁVILA, 2005, p. 110). Posto isso, considerando as diferenças entre os termos, nos casos de saúde, espera-se que o juiz realize um exercício de razoabilidade, entre o conteúdo da norma, a realidade e o caso concreto.

Para tanto, é necessário também a realização de um estudo econômico e orçamentário, entre as possibilidades e necessidades da parte que solicita a prestação e as possibilidades de oferta do poder público, a fim de não se incorrer em desproporcionalidades que ensejam desigualdades.

Nesta esteira, no tocante a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde de forma razoável:

Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento ao maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público sem observância da reserva do possível (GRINOVER, 2010, p. 25).

Assim, cabe ao juiz ponderar e tentar equilibrar, em especial nas demandas individuais, a relação entre meios e fins, possibilidades e as necessidades das partes envolvidas para que não se occasionem mais desigualdade, bem como em respeito à saúde enquanto bem e direito social.

Ingo Sarlet (2018, p. 239) adverte que o princípio da proporcionalidade propicia que as medidas em prol dos deveres, os quais consistem na limitação ou redefinição do conteúdo dos direitos fundamentais, estejam em conformidade com o sistema constitucional e salvaguardem o núcleo essencial do direito fundamental que foi afetado. Consequentemente, a proporcionalidade não se cinge a mera análise de meios e fins, assim como envolve considerações a respeito da plausibilidade entre o sistema constitucional e o núcleo essencial do direito.

A questão chave na administração pública não é aumentar ou cortar a verba para investimento, e sim trabalhar qualitativamente, estudar como realmente é realizada uma política pública, concebê-la, estruturá-la, para, enfim, implantá-la e, eventualmente, após resolver seus problemas iniciais e/ou de execução, colher seus frutos, qual seja: a efetiva concretização de determinado direito fundamental social.

Disto, conclui-se que, os direitos são caros porque os remédios, isto é, as soluções para efetivá-los também são onerosas (concretização de políticas públicas), principalmente quando elas têm que ser uniformes e justas, e, a partir do momento que um direito legalmente previsto não tem aplicação, ele é um direito vazio (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 43).

Com isso, os problemas e gastos realizados no âmbito da judicialização da saúde deveriam servir para demonstrar aos gestores como melhorar e o que melhorar no tocante às políticas públicas, contudo, parece que falta interesse e proatividade por parte dos entes

públicos (inclusive na gestão do SUS), em tirar lições mais céleres e eficazes desse contingente de processos.

Ressalte-se que a reserva do possível não consiste em uma teoria que limita direitos, tal qual a assistência à saúde, ao passo que se trata de “um elemento conformador de demandas sociais, o qual, embora inerente ao bem-estar social e necessárias à realização da personalidade, não se situam nesse limiar mínimo” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 176).

Certamente, o orçamento público tem vários nichos de atendimento, e não existe apenas a contingência para a concretização de direitos no país, por isso, cabe ao gestor público, até mesmo quando se interessa por determinado cargo, antes de pensar como angariar votos, trabalhar e estudar as maneiras de investir e gastar dinheiro público, de acordo com as necessidades, importâncias e demandas que existem. Ademais, um investimento bom e eficaz em saúde pública não culminaria em judicialização excessiva, já que, justamente por não atuar de forma eficiente, o poder público “perde” dinheiro ao ter que cumprir as inúmeras decisões judiciais.

O ideal é buscar uma gestão, por parte do Estado, neutra e eficaz, desde o planejamento orçamentário, com a eleição das prioridades dirimidas pela própria ordem constitucional, direcionamento e focalização de adequados das receitas, e uma fiscalização, seja por parte dos órgãos públicos, mais ativa, com resultados positivos ante fenômenos como a corrupção, de forma a viabilizar políticas públicas que conjuguem os interesses individuais e os sociais, perfazendo um só caminho a conferir a todos os cidadãos vida mais digna (SERRANO, 2012, p. 211).

Uma boa gestão pública, organizada, comprometida com o governo e com as políticas públicas possibilitará a efetivação e a melhoria dos serviços públicos no que tange aos direitos sociais, bem como aos demais problemas que compõe ou que surgirem para a administração.

Outrossim, a reserva do possível envolve uma tripla dimensão: a disponibilidade fática de recursos para concretizar direitos fundamentais; a disponibilidade de recursos humanos e materiais, que se relaciona a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, administrativas, legislativas e etc., o que envolve equacionamento e divisão devido ao sistema constitucional federativo brasileiro; e, também, quanto à distribuição das prestações sociais abrange sua proporcionalidade, exigibilidade e razoabilidade. Tudo isso exige que seja feito um equacionamento sistemático e consoante à Constituição, a fim de que seja dada maior eficácia aos direitos fundamentais, e não que esses fatores funcionem como motivos para sua restrição, pelo contrário, sejam ferramentas para a garantia dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 189).

Posto isso, vale ressaltar que a reserva do possível não se refere tão somente ao contingenciamento de gastos para a concretização dos direitos fundamentais sociais, mas, além disso, abrange, ainda, a disponibilidade de fato, material e humana, para a realização dos preceitos constitucionais voltados à distribuição das competências tributárias, administrativas, orçamentárias em cada ente e entre os entes.

Destarte, por mais que as ações de saúde devam ser descentralizadas, no geral, elas devem ser compatíveis com o estabelecido constitucionalmente, com a gestão do SUS, e o Ministério da Saúde, envolvendo toda a divisão estadual e municipal, razão pela qual se evidencia a importância de se bem administrar, de conhecer a coisa pública, bem como o poder público (estruturalmente), pois assim as políticas e ações públicas de saúde serão melhor elaboradas e executadas.

A parcimônia na avaliação das situações entre o mínimo existencial e a reserva da possível demanda a aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2007, p. 192-193), o qual:

deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos) seja aos particulares de um modo geral. Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.

Dessa maneira, a utilização da proporcionalidade na avaliação de casos concretos precisa ser realizada considerando o excesso, que deve ser proibido, e a insuficiência. Para tanto, o poder público (Executivo, Legislativo e Judiciário), devem observar, no cumprimento de sua função, quando se depararem com questões relacionadas a direitos fundamentais, se inicialmente há ou não omissão legislativa, utilizando os critérios de adequação, necessidade e

proporcionalidade estrita para se respeitar o núcleo essencial dos direitos envolvidos e não restringir demais um direito ou tolhê-lo.

No REsp nº 1068731/RS⁸, o STJ qualificou o direito à saúde como uma garantia subjetiva do cidadão, que pode ser exigido de imediato, de modo que, embasado no caso em litígio acerca da falta de vagas em UTIs no único hospital do local, concluiu-se que isso fere o mínimo existencial, dado que avilta diretamente o exercício do direito à vida e a dignidade dos indivíduos que carecem dessas vagas, e mais, a reserva do possível não pode simbolizar uma liberação do administrador quanto às necessidades básicas e vitais dos indivíduos.

Logo, o embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível demonstra que não se tratam de institutos opostos, mas sim, que exigem humanidade e boa gestão administrativa. Todo ser humano, como tal, deve ter respeitadas suas características ínsitas, quais sejam sua dignidade e os direitos que o compõe, sendo necessários padrões razoáveis que os assegurem e lhes sejam prestados. Bem assim, a gestão pública precisa ser organizada e equilibrada, a fim de que as políticas públicas sejam efetivas, em harmonia com as necessidades e as possibilidades orçamentárias de um Estado, que não atua apenas efetivando direitos, entretanto, necessita que eles sejam concretizados para se desenvolver.

⁸ Administrativo. Direito à saúde. Direito subjetivo. Prioridade. Controle judicial de políticas públicas. Escassez de recursos. Decisão política. Reserva do possível. Mínimo existencial. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. (REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012), (BRASIL, online).

2.5. A Concretização do Direito à Saúde pelo Poder Judiciário no Brasil

É notório e vem sendo comum nos últimos anos cada vez mais reclamações quanto à efetivação do direito à saúde em âmbito nacional, vez que o poder público não vem conseguindo atender as demandas sociais, como quanto às necessidades por medicamentos diferenciados, uns cobertos, outros não, pelos programas do SUS; cirurgias e tratamentos, que vão desde os padronizados, cuja fila de espera é enorme e ocasiona demora; e quanto às solicitações diversas não cobertas pelo sistema público (em alguns casos os medicamentos não possuem aval da ANVISA, em outros os tratamentos não foram aprovados pelo CONITEC).

Aliás, impende salientar que alguns programas importantes instituídos pelo poder público, os quais funcionavam bem, vem apresentando problemas, a exemplo da política de vacinação, de suma importância para a prevenção e proteção contra doenças graves e epidemias, a qual, nos últimos anos, vem sendo deixada de lado por uma parcela cada vez maior da população, tanto porque vem perdendo sua credibilidade e adesão, como pelo fato dos estoques, que antes sobravam e hoje estão em falta.

Claro que alojar todas essas solicitações de serviços públicos de saúde em um mesmo grupo dificulta sua concretização, mas, ainda assim, estando ou não previstas, a grande maioria dessas solicitações culmina em processos judiciais e, em muitas sentenças procedentes, com obrigações e prazos de cumprimento que atolam mais e contribuem para potencializar a crise instituída na saúde pública.

Nesse sentido,

[...] a eleição de determinadas doenças como prioritárias não é uma decisão simples, nem se funda, em geral, em uma racionalidade única. O fato de uma patologia afetar uma grande quantidade de pessoas parece importante, mas outras considerações são igualmente relevantes. Seja como for, uma última observação deve ser feita. Parece inevitável que os sistemas de saúde formulem opções à luz de considerações generalizadoras. Entretanto, além da perspectiva do sistema e da comunidade como um todo, há, por evidente, a perspectiva individual do paciente e sua família, que não sofre menos porque a doença que o acomete é incomum. Embora as políticas públicas sejam formuladas de forma geral, a relevância que cada caso possui em seu contexto particular não deixa de existir. Esse equilíbrio entre a política coletiva e o caso individual é um problema complexo que não deve ser ignorado (BARCELLOS *et al*, 2017, p. 462).

A saúde envolve a perspectiva individual e a coletiva. Sob o aspecto individual, o detentor de uma patologia sempre vai querer buscar o melhor tratamento, o melhor

medicamento, a melhor equipe, o melhor hospital a fim de sanar seus problemas, no entanto, quando se fala em um sistema público, a perspectiva coletiva é no sentido da igualdade, proporcionar cada vez mais e da melhor maneira (qualitativa e quantitativamente) o acesso universal das pessoas às prestações e serviços de saúde, o que nem sempre vai ser o melhor, mas aquele que mais se adéqua ao aspecto custo-efetivo. Por isso, as práticas públicas têm que ser padronizadas e generalizadas, mas, sobretudo, elas devem funcionar e ser efetivas, que é o que falta no cenário brasileiro.

Cumpra ressaltar que o reconhecimento nacional ou supranacional dos direitos fundamentais deixa de ter cunho meramente filosófico quando sua atuação é transferida, no caso concreto, aos tribunais ou a determinados tribunais, sejam eles tribunais constitucionais, organismos judiciários, tribunais internacionais, favorecendo o crescimento dos tribunais, e aumentando a atividade criativa dos juízes (CAPPELLETTI, 1993, p. 66). Então, para Cappelletti, é a atuação em juízo que concretiza os direitos fundamentais, depois que eles forem positivados, isso, conseqüentemente, gera um aumento do número de tribunais em termos qualitativos e quantitativos, assim como da atuação criativa dos juízes.

O direito à saúde tal qual como foi concebido carrega o ideal de justiça social, além da igualdade, de modo que o excesso de demandas judiciais, nas quais as partes dificilmente entram em um acordo, entre as suas possibilidades e necessidades, abrem margem para disparidades nos valores e desigualdades na concessão do direito à saúde como direito de alguns, que se transforma no direito de poucos.

Porquanto,

Banalizaram-se problemas e repostas. Diante da rotina de liminares garantindo a entrega de praticamente todo e qualquer medicamento e providência requerido, qualquer medida oferecida no âmbito do sistema de saúde, ainda que célere e razoável, tende a ser vista como emulação acanhada do verdadeiro direito subjetivo do interessado. Nada menos que a providência máxima será tido como aceitável. Seria como parafrasear o antigo ditado: aos que tiverem a sorte do caminho judicial, tudo; à coletividade, a lei. O direito à de um oposto ao direito à saúde de muitos (BUCCI, 2017, p. 34).

Conforme se percebe, o exercício do contraditório é cumprido como mera formalidade do procedimento processual, não se considerando a credibilidade das alegações, eis que muitas vezes as liminares são concedidas de plano, já garantindo o direito, sem se averiguar as condições daquele que o pleiteia, isto é, é preferível garantir o que se solicita e passar um caso na frente daqueles que estão na fila aguardando a prestação de saúde, ao invés, de analisar de

maneira razoável durante o procedimento processual, ponderando todas as argumentações das partes. Ademais, ressalte-se que as partes apenas aceitam receber aquilo que pedem, não havendo a possibilidade de eventual acordo.

Há de se considerar ainda que todos os direitos são onerosos, uma vez que eles pressupõem o financiamento do contribuinte em máquinas de supervisão eficientes e eficazes para monitorar e cumprir a lei. Da mesma forma que um Tribunal depende de recursos para assegurar sua funcionalidade, de modo que, por ser necessária vigilância judicial dos executores dos direitos, gasta-se o mesmo, no mínimo, como se se estivesse contratando, treinando, fornecendo e pagando por guardiões judiciais, que, em retorno, estivessem monitorando os direitos básicos do ser humano (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 44-45).

Ademais, Mariana Figueiredo (2007, p. 224) sugere que:

A efetivação do direito à saúde, destarte, não pode desprezar princípios constitucionais como a separação dos Poderes, a federação, a igualdade, a razoabilidade. Diversamente, deve-se primar por soluções que procurem maximizar tanto os direitos fundamentais, como a principiologia instituída constitucionalmente.

Logo, segundo a concepção da autora, os preceitos constitucionais devem ser utilizados para a máxima efetivação do direito à saúde, desde que com parcimônia. É necessário também salientar a importância da participação governamental e os custos orçamentários empregados para a realização dos direitos, no entanto, ante a ineficácia, disfuncionalidade e/ou inefetividade das políticas públicas, boa parte do orçamento gasto vai para cobrir custos processuais, que não implicam em melhoria dos serviços.

Além disso, os direitos fazem com que o poder se contraponha ao poder, dado que, constitucionalmente, os direitos levam poderes de um âmbito do governo para lidar ou combater os poderes de outros órgãos do poder (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 55). Via reflexa, a judicialização faz com que a inação ou problemas nas ações do Executivo e do Legislativo transfiram para o Judiciário, no tocante aos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, o poder de realizar o que eles não realizam, e, conseqüentemente, nessa conjuntura, influem questões institucionais, isto é, problemas de relacionamento entre os poderes, e problemas com alocação de verba pública.

Não obstante, as relações sociais têm produzido cada vez mais casos difíceis de serem solucionados pelo Judiciário, considerando que os casos fáceis são aqueles em que há a mera subsunção da norma ao caso concreto, os casos difíceis são aqueles que suscitam dúvidas quanto às premissas normativas, fáticas ou dentre ambas, de modo que a solução não se dá de

forma dedutiva, carecendo da utilização de princípios como universidade, coerência, consenso e outros (ATIENZA, 1997, p. 9).

Então, certamente, pressupõe-se que os casos difíceis são os que contrapõem princípios e valores (os quais são entendidos aqui como as dimensões justificadoras das normas classificadas como razões para se agir), devendo ser resolvidos a partir da ponderação das diversas exigências para se alcançar um ponto de equilíbrio, o que também se aplica aos casos fáceis (ATIENZA, 1997, p. 15).

Com efeito, quando se requer judicialmente uma prestação fundamentada no direito à saúde, está-se discutindo a respeito das políticas públicas, da qualidade do serviço público, da questão econômica e orçamentária, e, das necessidades de exercício de uma vida digna e com saúde por parte do postulante, o que gera um embate quanto à proporcionalidade das necessidades e do fornecimento de prestações de saúde sob o aspecto individual e coletivo, tratando-se, pois, de casos difíceis.

Nesse aspecto, os Tribunais Superiores têm sido cada vez mais provocados a se manifestar em favor de respostas, seja em prol da padronização na oferta dos serviços, seja atribuindo restrições à oferta de medicamentos, tratamentos e cirurgias.

Assim, no ano passado, o STJ decidiu que:

Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes

requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015 (STJ, REsp nº 1.657.156 – RJ, Relator MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 25 de abril de 2018), (BRASIL, online).

Pois bem, o caso em tela levado ao STJ consiste numa cidadã, portadora de glaucoma, a qual para o tratamento da doença precisa utilizar dois colírios, não fornecidos pelo poder público, some-se que ela não possui condições financeiras para arcar com os medicamentos, o atendimento todo foi feito pelo SUS, inclusive a prescrição dos colírios, e restou comprovada nos autos a necessidade dela receber tais medicamentos especificamente.

Em contrapartida, o recorrente (Estado do Rio de Janeiro) argumentou acerca da impossibilidade de concessão de tais medicamentos, pois eles são diferentes dos presentes nos protocolos do SUS, pleiteando a concessão dos medicamentos padronizados e fornecidos pelo estado.

Por sua vez, o STJ entendeu que a recorrida estava com a razão e traçou parâmetros cumulativos no tocante ao fornecimento de medicamentos não padronizados pelo poder público, quais sejam: a comprovação por laudo médico fundamentado pelo médico que acompanha a paciente da extrema necessidade dos medicamentos prescritos, bem como a impossibilidade de utilização dos medicamentos padronizados fornecidos; a incapacidade financeira em custar os medicamentos prescritos; e a existência de registro na ANVISA do(s) medicamento(s).

Desta feita, a decisão buscou evidenciar a necessidade de certeza científica e a imprescindibilidade na utilização de determinados medicamentos para o tratamento de patologias, a fim de filtrar os casos mais importantes e fazer com que o poder público arque com medicamentos que passaram pela avaliação da ANVISA, detêm respaldo médico, enfim, buscou-se com a fixação da tese, a fim de dar mais segurança jurídica às decisões, segundo tais critérios, e em conformidade com as necessidades e possibilidades das partes e com o ordenamento jurídico na análise do caso concreto.

Outrossim, no julgamento dos embargos de declaração no recurso especial, consignou-se que:

- a) O laudo médico apresentado pela parte não vincula o julgador, isto é, cabe ao juiz avaliar o laudo e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento;
- b) Cabe ao juiz avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não um relevante acréscimo na resposta terapêutica (BRASIL, online).

Com efeito, o julgamento dos embargos de declaração demonstra ainda que o juiz possui o direito de realizar ampla apreciação sobre a prova e a avaliação do caso em tela, o problema é que o juiz é o conhecedor direito, ao passo que, para avaliar e interpretar situações de saúde (médicas), é necessário apoio técnico especializado.

A seu turno, recentemente, o STF se manifestou no RE 657.718 acerca da concessão de medicamentos experimentais:

O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019 (BRASIL, online).

Portanto, o Supremo, na decisão, não solucionou pontos de conflito, apesar de ter traçado parâmetros que, embora são objetivos e consideram o caso concreto, não são vistos como efetivos, pois se consignou que o poder público não pode fornecer medicamentos experimentais, de modo que é importante o registro na ANVISA, porém, em não havendo registro, foram estabelecidas certas condições que, excepcionalmente, permitem o fornecimento do medicamento almejado.

Desse modo, o problema do medicamento não ter registro na ANVISA do medicamento é solucionado a partir da aceitação dele por agências do exterior, o que se

concebeu como a maneira mais relevante do que tratar acerca das possibilidades nacionais e das políticas públicas necessárias para solucionar essa crise da saúde. Isto é, o Supremo concedeu os requisitos permissivos para o magistrado julgar de forma procedente e fundamentar a demanda quando o(s) medicamento(s) solicitado(s) não estiver(em) registrado(s) na ANVISA.

Cumpra-se observar que o último requisito consiste na avaliação de inexistência de substituto terapêutico no Brasil. Ora, a ANVISA, no exercício de suas funções, deveria saber qual ou quais os medicamentos que estão passando por análises possuem similitude com, ao menos, um medicamento já existente e disponível no país, e, este requisito deveria ser o primeiro a ser implantado, visto que, diante da existência de medicamento semelhante seria possível já concedê-lo a parte para tratamento (em caso de muita necessidade), ou então, se inexistirem medicamentos para determinado tratamento específico fossem, quanto antes, realizados estudos e avaliações para seu registro e disponibilização no país.

No que diz respeito aos medicamentos experimentais, os quais consistem naqueles que não possuem comprovação científica de eficácia e segurança, decidiu-se que não existem razões que obriguem o poder público a concedê-lo, todavia, isto não implica na sua dispensação dos testes clínicos, conforme consta no Informativo nº 941 do STF (BRASIL, online).

De tal maneira, vale ressaltar que:

[...] em sede de decisões políticas discricionárias, deve-se analisar se os meios a serem utilizados, são adequados aos fins e interesses perseguidos. Se a decisão é equilibrada e racional, e leva em consideração a realidade da equação necessidade/possibilidade, inviável a intervenção jurisdicional a censurar as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos sociais (ALONSO, 2012, p. 159-160).

Dessa forma, a decisão judicial deve primar pela solução do conflito, e, nos casos de judicialização da saúde, buscar adequar as necessidades do enfermo às possibilidades dentro da concessão de prestações do poder público, para tanto, o juiz deve analisar a prova e verificar se aquele caso exige uma intervenção efetiva e imediata nos serviços disponíveis. Consequentemente, a melhor maneira de resolver essas questões não é traçando diretrizes em caso de omissões da ANVISA, e sim buscando adequar as ações nacionais e as possibilidades do poder público na oferta de serviços de saúde às necessidades do paciente.

Antes mesmo das decisões dos tribunais superiores brasileiros, é possível verificar uma análise ponderada e razoável em alguns casos concretos, a exemplo dos colacionados:

Agravo de instrumento. Fornecimento de medicamento de alto custo não padronizado. Alfaglicosidade. 1. A agravada, portadora da Doença de Pompe (CID 10 - E74.0), teve deferida antecipação dos efeitos da tutela para o recebimento do medicamento Myozyme® 50 mg (alfalglicosidase), não padronizado, e que, conforme Nota Técnica 05/2014 do Centro Colaborador do SUS - Avaliação de Tecnologias & Excelência em Saúde - CATES/UFGM, além de ausentes estudos suficientes acerca de sua eficácia e segurança em relação aos portadores da Doença de Pompe tardia, como no caso vertente, gerava, em 2014, o custo anual de cerca de R\$ 821.600,00. 2. Analisando as alegações deduzidas pela agravante, em cotejo com a nota técnica NT 05/2014 do Centro Controlador do SUS, não se faz necessária, para a comprovação do impacto do alto custo do medicamento discutido, a juntada dos dados orçamentários da União, até porque, em princípio, é suficiente para tal demonstração a soma de R\$ 821.600,00 anuais, por prazo indeterminado, para um beneficiário. 3. Assim, obrigar a Administração Pública à aquisição imediata do medicamento pleiteado para garantir o direito à saúde de um indivíduo compromete as políticas públicas adotadas e, por conseguinte, o direito à vida e à saúde de outros, ante as evidentes limitações fático-econômicas existentes. 4. Não deve haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos não contidos nas listas, porquanto a gestão do SUS deve observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, apresentando-se viável através de políticas públicas que venham a repartir os recursos da forma mais eficiente possível. 5. Recurso provido. 1 (TRF2 - Acórdão 0011792-94.2016.4.02.0000 (trf2 2016.00.00.011792-3), Relator(a): Des. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, data de julgamento: 11/05/2017, data de publicação: 19/05/2017, 7ª Turma Especializada), (BRASIL, online).

PROCESSO. Tratamento médico – Joelho – Cirurgia eletiva – Fila de espera – Impossibilidade: – Cirurgia eletiva deve observar a fila de espera estabelecida pela unidade de saúde, cumprindo aos médicos priorizar os casos que considerem de maior gravidade e risco, evitando o prejuízo à vida e à saúde do paciente que mais necessita do atendimento. (TJSP - Acórdão Apelação1001297-70.2017.8.26.0053, Relator(a): Des. Teresa Ramos Marques, data de julgamento: 01/12/2018, data de publicação: 01/12/2018, 10ª Câmara de Direito Público), (BRASIL, online).

Logo, ante uma análise entre o custo do medicamento, e eventual gasto excessivo que ele causaria ao poder público, o fato dele não ser padronizado no SUS, e diante das implicações sociais, econômicas e políticas de sua concessão, restou demonstrando não ser possível sua concessão, numa análise razoável entre o individual e o coletivo.

Por sua vez, no segundo julgado, percebe-se que o magistrado entende que as cirurgias eletivas, nas quais não há risco de vida para a parte envolvida, têm que seguir a fila de espera realizada em âmbito administrativo, dado que elas devem ser elaboradas pelos médicos, valendo-se de critérios como maior gravidade e risco.

Importa, ainda, enaltecer a importância das Cortes Constitucionais na interpretação entre o caso concreto e a Constituição. Nesse sentido, para Häberle (2002, p. 46):

[...] a Corte Constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis).

Posto isso, tendo em vista que o direito à saúde também é um direito de acepção social, é preciso haver parcimônia na decisão, pois os efeitos dela serão sentidos também por aqueles que não são partes no processo, ou seja, a concessão de um medicamento, tratamento ou cirurgia, vai impactar na vida daqueles que estão na fila de espera. De modo que, o autor adverte a Corte Constitucional a pensar e, se possível, dialogar com outros órgãos para melhor decidir e entender também a situação daqueles que não são partes no processo.

No tocante à interferência judicial, verifica-se a necessidade de mensurar e sempre ponderar de forma razoável os casos concretos, sendo relevadas as argumentações das partes, pois que:

Administrativo. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento. Tratamento médico. Internação em leitos e uti de hospitais. Manifesta necessidade. Obrigação solidária de todos os entes do poder público. Tratamento médico-hospitalar em rede particular. Pedido subsidiário na falta de leito na rede pública. Possibilidade. 1. No que tange à responsabilidade em prover o tratamento de saúde da pessoa humana, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que é dever do Estado fornecer gratuitamente às pessoas carentes a medicação necessária para o efetivo tratamento médico e garantir a internação em leitos e UTI conforme orientação médica e, inexistindo vaga na rede pública, arcar com os custos da internação em hospital privado, nos termos do art. 196 da Constituição Federal. 2. Ainda, considerando que o Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, como preceitua o art. 198, § 1º, da Constituição Federal, pode-se afirmar que é solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. 3. Especificamente quanto à internação em leitos e UTI de hospitais, o Tribunal local, ao dirimir a controvérsia, asseverou (fls. 211, e-STJ): "No mérito, entendo não assistir razão à parte autora, pois não pode o Poder Judiciário determinar a internação de pacientes em leitos e UTI's de hospitais, expulsando pacientes para colocação de outro, sem o devido conhecimento técnico, que é exclusivo dos profissionais de saúde. Assim como, também, não tem competência criar leitos em hospitais". 4. Dessume-se que o acórdão recorrido não está em sintonia com o atual entendimento do STJ. 5. A jurisprudência consolidada do STJ entende que não viola legislação federal a decisão que impõe ao Estado o dever de garantir a internação em leitos e UTI conforme orientação médica e, inexistindo vaga na rede pública, arcar com os custos da internação em hospital privado. 6. Recurso Especial

provido (REsp 1803426/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019), (BRASIL, online).

Ao garantir o direito de uma parte, se o resultado for interferir na política de internações em hospitais, possivelmente estar-se-á interferindo e prejudicando o direito de outras pessoas, que também aguardam internações, eventualmente, a possibilidade da cooperação para com redes de saúde privadas se mostra mais sensata por não prejudicar o acesso de outras pessoas.

Por outro lado, acontece que, ao mesmo tempo em que concretiza o direito dos postulantes, o Judiciário prejudica o acesso dos que recorrem à prestação do serviço público tal como ela deveria ocorrer, isso prejudica a o funcionamento do sistema de saúde pública nacional porque contraria seus próprios objetivos.

Ademais, ainda que haja colaboração por parte do setor privado, isso gerará um custo, que deverá ser coberto pelo poder público, por conseguinte, “ao revés de judicializar políticas públicas referentes ao mínimo existencial, estão preferindo os Tribunais judicializar as políticas orçamentárias” (TORRES, 2010, p. 77). Os problemas são solucionados pelo Judiciário conforme o caso concreto que lhes é apresentado, mas não são avaliadas as condições de saúde e a dinâmica da política pública por parte do legislativo e do executivo, contribuindo para aumentar o problema no fornecimento de serviços de saúde visto que ele não vem sendo resolvido para todos.

Reitere-se a dissonância em garantir medicamentos em casos individuais sob o fundamento de um direito social, que tem como reflexos interferências nos programas do Estado Social, justamente na estrutura dele, qual seja o sistema de saúde pública, o SUS, até mesmo a OMS, e as políticas sociais de saúde (BUCCI, 2017, p. 46).

Nesse particular, a importância dos Tribunais Superiores e de suas decisões resta evidenciada, posto que suas decisões têm maior relevo e aplicabilidade, em especial quando da fixação de teses em temas repetitivos, são aplicadas e válidas para todos, inclusive pelo fato da introdução do sistema de precedentes no cenário nacional. Sendo assim, eles não decidem apenas um caso concreto, entretanto acabam sendo responsáveis pelos reflexos causados pelo tema tratado, por isso que é preciso haver razoabilidade quanto à aplicação do direito e as razões, os argumentos e a forma como se decide.

Então, o Judiciário é importante democraticamente e na função de órgão jurisdicional no sistema da tripartição de poderes, pois:

Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos da maioria pode dar uma grande contribuição à democracia; e, para isso em muito pode colaborar um judiciário ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas (CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

Por Judiciário ativo, dinâmico e criativo, Cappelletti quer dizer, um órgão proativo na resolução das lides que lhe são apresentadas, da melhor e mais justa forma possível, e, sua criatividade se manifesta na interpretação e aplicação da norma nos casos concretos. Destarte, o Judiciário é necessário e muito importante, todavia também precisa estar envolvido e trabalhar para a harmonia e higidez do sistema jurídico.

Tendo em vista todos os direitos constitucionais e fundamentais são exequíveis e geram custos, conclui-se que os direitos consistem em poderes legais que podem ser exercidos sobre os outros, e esses poderes põem ser mal utilizados, razão pela qual os direitos devem possuir limitações, a fim de que não se sujeitem a fins ilícitos, asseveram Holmes e Sustain (1999, p. 103). Disto, denota-se que a concretização judicial do direito à saúde tem sido um meio utilizado por poucos, e, ainda sim, causa rombos orçamentários ao poder público, por isso que o Judiciário precisa de critérios na avaliação daquilo que se pleiteia como acepção do direito à saúde, e de razoabilidade em eventual concessão da prestação ou serviço almejado.

Nesta esteira,

[...] os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão no meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação entre meios e fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito (SARLET, 2018, p. 374).

Assim, quando se trata de direitos fundamentais sociais é necessário entender que é preciso não só considerar o direito em si, como os demais, além disso, a análise do direito em si envolve juízos a respeito da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

ou razoabilidade para sua aplicação de forma justa. Desse modo, é necessário verificar se a solução encontrada condiz com toda a conjuntura, evitando-se restringir o menos possível outros direitos ou direitos de outrem, e realizar uma investigação de custo-benefício, sempre se atendo ao núcleo essencial dos direitos, e ainda, não deixar de cuidar dos demais direitos.

Eis que, espera-se que o magistrado, o legislador, o gestor público e os demais responsáveis pela aplicação dos direitos fundamentais sociais sempre realizem essa análise para melhor concretização e aplicação deles nos desafios cotidianos.

Pois bem,

[...] é certo que o Poder Judiciário tem um papel fundamental na definição da interpretação constitucional e da aplicação da constituição, mas a efetivação da constituição não pode viver apenas da interpretação que os juízes e as cortes constitucionais fazem dela. Ao contrário, a constituição só pode ser plenamente realizada pela política democrática. O Estado Constitucional foi conquistado no combate à falta do Estado de Direito. Esse combate segue com a democracia, que deve ser cumprida diariamente na efetivação dos direitos fundamentais, pois ela, juntamente com a soberania popular, pressupõe a titularidade do poder do Estado, o qual, em última análise, reside no povo. Por isso, a democracia não pode, e nem deve, ser compreendida como mera técnica jurídica ou de representação, mas sim, como pressuposto, experimentação, substância e pauta para a toda atuação política e jurídica (GODOY, 2015, p. 103-104).

Nesta esteira, o autor relembra que não se deve apenas dirigir ao Judiciário a tarefa de concretizar e efetivar os direitos fundamentais e os mandamentos constitucionais, uma vez que, democraticamente, todos devem contribuir e colaborar com a concretização da Constituição, tendo em vista que o poder emana do povo. Não se trata somente de exigir e demandar direitos e sua efetivação, mas sim, de como indivíduo e cidadão, democraticamente, atuar em prol deles e da Constituição de 1988.

Além do que, saliente-se que a proporcionalidade estrita se relaciona as possibilidades jurídicas, enquanto a necessidade e a adequação se referem às possibilidades fáticas (ALEXY, 1993, p. 112-113), de modo que as possibilidades normativas deverão ser equilibradas ou harmonizadas ou a imprescindibilidade do caso concreto.

Por conseguinte, verifica-se que, ao mesmo tempo em que as políticas públicas se mostram ineficazes e ineficientes no atendimento das necessidades de saúde da população brasileira, judicializar a necessidade de uma prestação de saúde é uma realidade condizente com as deficiências na prestação deste serviço público e o arranjo constitucional e processual brasileiro, todavia as decisões e a forma como o tema é abordado judicialmente divergem dos

ideais de justiça social pregados ante a existência desse direito, gerando reflexos políticos e orçamentários quanto à alocação e investimentos na área de saúde.

Ainda, cabe salientar que os conflitos judiciais por saúde são, em grande parte, procedentes, cumprindo-se as etapas processuais sem lhes dar a devida importância, a fim no sentido de melhor solucionar o caso concreto, visto que as partes parecem já enfrentar o feito apenas como um meio para a concessão da prestação da maneira como ela será decidida pelo juiz, e não aproveitar do processo em si para discutir e tentar chegar a uma solução menos agressiva economicamente, mais igualitária, do ponto de vista social, e que se coadune com as necessidades e possibilidades das partes acerca da prestação ou das possibilidades de solução entre as partes.

2.6. O Direito à Saúde nos Tribunais Internacionais

Haja vista o direito à saúde ser reconhecido internacionalmente, cada país tem um tipo de sistema de saúde e um sistema legal, o qual é objeto, por diversas razões, de análise dos Tribunais solicitando respostas do Judiciário. Dessa maneira, cumpre analisar a forma como se decide a respeito dele em alguns outros países e se os problemas judiciais são semelhantes.

De início, insta consignar a respeito da Sentencia T-760, de 2008, da Corte Constitucional da Colômbia, o caso se origina da Lei 100, a qual buscava uma reforma nacional de saúde para a melhoria na prestação dos serviços, utilizando seguradoras públicas e privadas, chamadas de Entidades Promotoras de Saúde (EPS), como substitutas para a compra de serviços de saúde aos pacientes segurados. A lei dispõe sobre dois sistemas de benefícios: um era contributivo aos que auferissem mais que o dobro do salário mínimo, e, um regime subsidiado, o qual continha quase metade dos benefícios do regime contributivo (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE⁹, online).

Entretanto, após uma década de sua implementação, houve a paralisação do fornecimento dos serviços de saúde, via reflexa, aumentaram as ações judiciais solicitando a prestação de serviços de saúde. Então, a Corte reuniu 22 pedidos de tutela, dos quais 20 eram casos individuais e duas ações coletivas de seguradoras, com a finalidade de determinar se as falhas regulatórias do sistema de saúde representavam violações das obrigações constitucionais que as autoridades competentes possuíam de respeitar, proteger e concretizar o

⁹ Trata-se de um endereço eletrônico que contém os principais julgados ao redor do mundo acerca de temas relacionados aos direitos fundamentais e ao direito à saúde, de modo que muitos dos julgados trazidos neste tópico foram todos encontrados nesta plataforma.

gozo ao direito à saúde, uma vez que, em tais ações, os serviços de saúde solicitados foram negados (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Desta feita, a Corte Constitucional colombiana aglutinou diversas ações embasadas no direito à saúde em um julgamento/sentença, porque em todas elas se pleiteava justamente a prestação de serviços de saúde, os quais eram negados, devido às falhas no sistema nacional de saúde.

Com efeito, a Corte Constitucional colombiana entendeu que as obrigações decorrentes do direito à saúde de caráter programático são violadas quando a entidade responsável por fornecer o gozo desse direito não oferece o programa ou a política pública necessária para, progressivamente, cumprir os encargos derivados do direito. Além disso, reconheceu que o direito fundamental à saúde está limitado às necessidades e prioridades estabelecidas pelas autoridades como uso eficiente dos recursos escassos, por isso, as tutelas podem ser concedidas quando a pessoa enfrenta efeitos irreversíveis em sua vida e integridade pessoal (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Interessante observar que a Corte Constitucional da Colômbia considera como violação à norma programática a não concessão do serviço público necessário para o direito, à saúde, no caso, e, de fato, isso ocorre porque a política pública ou o programa de ação não acontece repentinamente, assim como sua implementação. Logo, há o descumprimento da norma, uma vez que não se trata só de planejar o futuro, mas, ao menos, começar a construir algo no presente.

Ademais, a Corte considerou que o Estado é que deve tomar as medidas necessárias para garantir uma cobertura universal sustentável da saúde. E mais, constatou que a não adoção de um plano, com cronograma próprio que promovesse a unificação dos benefícios aviltava a obrigação constitucional do Estado quanto ao direito à saúde (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Destarte, para assegurar o gozo do direito à saúde o Tribunal ordenou às autoridades competentes (quais sejam: o Ministério da Proteção Social, a Comissão Reguladora de Saúde e o Conselho Nacional de Segurança Social em Saúde), para que tomassem as providências necessárias, conforme suas atribuições, com o intuito de superar as falhas regulamentares nos planos de benefícios, salvaguardando que seu conteúdo fosse definido de maneira clara, fosse atualizado e unificado para os regimes contributivo e subsidiado, sendo estipulados prazos anuais de cumprimento (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

A sentença T-760 da Corte Constitucional Colombiana demonstra a necessidade de efetivação do direito à saúde no sentido de proporcionar seu gozo para os cidadãos, o que, no

caso em tela consistia no fornecimento de serviços, de modo que o problema se instaurou na concepção do sistema de saúde colombiano. Não obstante, a decisão demonstrou que, se os órgãos públicos responsáveis realizassem suas atribuições, seria possível conter as falhas regulamentares.

Por sua vez, na Argentina, merece destaque o caso da *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud – Estado Nacional*, eis que uma resolução do Ministro Nacional de Saúde alterou o programa de medicamentos obrigatórios, o qual fornecia medicamentos para pessoas acometidas de esclerose múltipla e da síndrome desmielinizante isolada, que é uma condição prévia da esclerose. Posto isso, a resolução excluía do programa os portadores da síndrome e da esclerose que não tivessem sofrido dois surtos nos últimos dois anos (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Então, a associação entrou com uma ação judicial para anular a resolução e o pedido foi apoiado pela Defensoria Pública, em primeira instância, a ação foi julgada procente, reconhecendo a violação ao direito à saúde. No entanto, o Ministério da Saúde recorreu argumentando que a medida funcionava para recusar tratamentos desnecessários (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

A Suprema Corte argentina adotou o posicionamento de um relatório do Procurador Geral admitindo que a resolução aviltava o direito à saúde, uma vez que ela discriminava os pacientes e não tinha base lógica, inclusive, o Procurador Geral encontrou evidências médicas que não apoiavam o corte do tratamento da síndrome desmielinizante isolada. Desse modo, concluiu-se que, diagnósticos no tocante à utilidade de tratamentos são questões a serem decididas por profissionais médicos e não autoridades reguladoras. Com isso, a Suprema Corte argentina manteve a decisão de primeira instância em favor da Associação de Esclerose Múltipla de Salta (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Com efeito, esse caso demonstra a importância da participação das associações na defesa dos interesses de seus representados e de medidas que podem afetar a todos, eventualmente, além disso, vale destacar a colaboração e a necessidade de intervenção de conhecimento técnico especializado, no caso da saúde, de profissionais da medicina, na elaboração de normas ou na resolução de ações judiciais, fornecendo suporte aos magistrados.

Em 2015, nos Estados Unidos, a Corte Superior do Alasca foi instada a se manifestar no caso envolvendo uma regulamentação do Alasca que restringia às mulheres de baixa renda

o acesso aos medicamentos necessários de aborto do *Medicaid*¹⁰, especialmente sobre a definição de abortos medicamente necessários. Então, o Departamento de Saúde e Serviços Humanos (DHHS) passou a financiar os abortos após uma decisão da Corte Superior do Alaska em 2001, na qual foi derrubada por uma regulamentação que limitava o financiamento do *Medicaid* aos abortos resultantes de estupro, incesto ou risco de vida, porém sem definir quais seriam os abortos medicamente necessários. Após essa decisão, no estado do Alaska, entendeu-se que a necessidade médica se relacionava aos abortos certificados pelos médicos como indispensáveis para evitar a morte, ou a incapacidade da mulher, ou então, melhorar uma condição de saúde física ou mental dela (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

A nova regulamentação que levantou o problema redefiniu o termo como: necessário para evitar uma ameaça de sério risco à saúde física da mulher decorrente de continuação de sua gravidez, em razão do comprometimento de uma função corporal, fornecendo uma lista com 21 exemplos dessa função corporal importante. A seu turno, a *Planned Parenthood of the Great Northwest* (Paternidade Planejada do Grande Noroeste) levou sua insatisfação com a regulamentação para a Corte (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Nota-se, mais uma vez, a importância e a necessidade de órgãos de representação em temáticas de saúde, questionando a atividade normativa do poder público, seja em esfera federal, estadual ou municipal, a fim de que as espécies normativas, ainda que realizem limitações a direitos, façam-nas em conformidade com as disposições constitucionais.

Nesse sentido, a Corte Superior do Alasca considerou a regulamentação inconstitucional, pois violava a doutrina de posição igual do Alaska. Além do que, a Corte descobriu que dos mais de 1 bilhão de dólares gastos pelo *Medicaid*, menos de duzentos mil dólares são gastos com abortos, de modo que o DHHS geralmente presume que um serviço prestado por um médico é clinicamente necessário, motivo pelo qual se paga por vários serviços relacionados à gravidez sem certificação de suas necessidades médicas (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

¹⁰ “Este programa, de responsabilidade estadual, é financiado com recursos fiscais desta esfera de governo e também recebe transferências específicas federais, em proporção variada de acordo com o nível de pobreza do estado. Ele se destina exclusivamente à população de baixa renda (que deve comprovar condição de pobreza) e os serviços a ele vinculados são preponderantemente prestados por hospitais privados contratados pelos governos estaduais. Trata-se de programa com níveis de atenção e cobertura heterogêneos, dado que estes dependem da capacidade de financiamento e das diretrizes políticas de cada unidade da federação norte-americana.” (NORONHA, UGÁ, 1995, p. 186).

Assim, a Corte do Alaska descobriu que o estatuto reconhece como medicamento necessário somente os abortos imprescindíveis para evitar sérios riscos físicos realizados ou iminentes. Ainda, a Corte observou que a categoria de doença mental no regulamento se limitava a um transtorno psiquiátrico completo com risco de suicídio. Por conseguinte, a Corte concluiu que houve uma expansão de um regulamento inconstitucional de 2011 em que se redefiniu o conceito de necessidade médica.

Sem se considerar a polêmica sobre a permissão ou regulamentação do aborto, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, fato é que este caso evidencia a importância de se ater as listas de medicamentos necessários e fornecidos pelo poder público (no Brasil, o SUS), da mesma forma quanto aos procedimentos realizados pelas agências especializadas, porque não se pode permitir alterações que cerceiem direitos fundamentais fora dos limites legais ou discriminem pessoas no que tange ao direito à saúde, em especial as que mais necessitam dele.

Em 2011, a Suprema Corte estadunidense decidiu o caso *Pliva v. Mensing*, a respeito de metoclopramida, um medicamento para tratamento de problemas do trato digestivo. A FDA (*Food and Drug Administration*) aprovou os comprimidos de metoclopramida da marca Reglan em 1980. Cinco anos depois, os fabricantes de genéricos começaram a produzir esse medicamento, e, com o passar do tempo, surgiram evidências científicas de que o seu uso prolongado poderia causar discinesia tardia (distúrbio neurológico). Via reflexa, as etiquetas de advertência foram reforçadas somente para a marca registrada da Reglan. No entanto, as versões genéricas não vieram com os mesmos avisos (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Desse modo, as pessoas que utilizavam o medicamento genérico acabaram contraindo discinesia tardia, e responsabilizaram os fabricantes do medicamento genérico por não fornecerem as advertências necessárias, dado que o rótulo do medicamento não foi modificado (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Por sua vez, os fabricantes se defenderam argumentando que a FDA exigia que eles utilizassem a mesma rotulagem de segurança que os homólogos da marca, o que impossibilitava a utilização de uma etiqueta diferente. Os Tribunais inferiores rejeitaram tal argumentação (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Esclareça-se que, a FDA é uma agência especializada dos Estados Unidos com semelhantes atribuições como as da ANVISA no Brasil, de sorte que, pelo visto, lá existem até padrões a serem seguidos quanto à advertência e rótulo dos medicamentos, inclusive os genéricos. Por outro lado, os fabricantes provavelmente sabiam do risco trazido pelo uso

abusivo medicamento e se acomodaram em não levar a FDA a dúvida acerca da manutenção do rótulo ou eventual inclusão de uma advertência.

A Suprema Corte estadunidense entendeu que a controvérsia se tratava da possibilidade, e em caso afirmativo, em que medida, que os fabricantes de genéricos poderiam modificar seus rótulos, após a aprovação inicial da FDA, eis que para ela, quando os fabricantes de medicamentos genéricos ficam sabendo de problemas de segurança, eles devem solicitar à agência que ela trabalhe fortalecendo o rótulo, o qual se aplica ao medicamento genérico e ao de marca. Dessarte, a decisão do Tribunal imunizou os fabricantes de genéricos da responsabilidade, baseados em reivindicações estaduais por falhas de aviso ao preferir a legislação federal (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

O que se constata no caso *Pliva v. Mensing* é a falta de diálogo entre órgãos e até mesmo entre os órgãos e os produtores no sentido de esclarecer eventuais problemas decorrentes da prática, como o efeitos do uso excessivo do medicamento, que prejudicaram o consumidor, razão pela qual seria coerente que os órgãos e os produtores fossem responsabilizados, em contrapartida, não nenhum deles foi.

Por sua vez, em 2015, foi decidido pela Suprema Corte do Reino Unido, o caso *Cameron Mathieson, a deceased child (by his father Craig Mathieson) v. Secretary of State for Work and Pensions*, nele, Craig Mathieson representou seu filho falecido, do qual o subsídio demonominado DLA para deficientes havia sido suspenso pelo Secretário de Estado, Trabalho e Pensões. O menino era portador de deficiência desde o seu nascimento e exigia muitos cuidados, sendo que seus pais eram seus cuidadores (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Cameron foi internado no hospital com obstrução intestinal crônica, ali permanecendo por mais de 84 dias. Ocorre que, o Regulamento da Seguridade Social do Reino Unido determinava que quando um menor de 16 anos era internado em um hospital gratuitamente por um período de 84 dias, essa criança perderia o auxílio para deficientes, motivo pelo qual o Secretário suspendeu o auxílio do filho de Craig, o qual alegou que essa medida aviltou direitos de seu filho, bem como se tratava de uma medida discriminatória (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

A Suprema Corte inglesa considerou que a suspensão do auxílio violou os direitos humanos de Cameron Mathieson, uma vez que o status dele deveria ser considerado como o de uma criança gravemente incapacitada, que necessitava de atendimento hospitalar, não merecendo qualquer discriminação. Ademais, o Tribunal se recursou a interpretar as disposições do auxílio DLA de maneira a excluir crianças da suspensão de pagamento, porém

que nem sempre a suspensão do subsídio violaria os direitos humanos de uma criança, ao passo que tal situação merece uma análise caso a caso (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Interessante observar que a Suprema Corte do Reino Unido não quis emitir um parecer prévio acerca das hipóteses de suspensão do benefício DLA, mediante uma análise objetiva, uma vez que assim estaria praticamente legislando ou dando uma interpretação jurisdicional às regulamentações legais, que culminariam ou não na manutenção da legislação. Assim, evitando o conflito institucional, a Corte se manifestou apenas a respeito do caso em tela, de modo que entendeu que a internação do menino Cameron não era uma internação qualquer para tratamento sendo passível de aplicação da suspensão, e sim, tratou-se de uma internação extremamente necessária sob o ponto de vista do atendimento hospitalar, o não justificaria a suspensão de seu benefício e não se aplicaria a regulamentação utilizada para suspendê-lo.

Cumprе esclarecer que, é devido o estabelecimento de padrões objetivos por parte das Cortes, quando não existe legislação a respeito, seja pelo decurso do tempo e/ou pela falta de proatividade legislativa em realizá-la. Destarte, é interessante serem estabelecidos padrões tal qual fez o STJ quanto aos medicamentos que não constam nas listas do SUS, porém isso difere do caso de Cameron, porque nele, uma análise objetiva implicaria no Judiciário estabelecer padrões diferentes da legislação, ao passo que o que foi analisado é se o caso do menino Cameron se aplica ou não a regulamentação de suspensão do subsídio por internação hospitalar.

Outro caso de destaque na Inglaterra é o do bebê Charlie Gard, nascido em 04 de agosto de 2016, em Londres, o qual, com oito semanas de vida foi levado ao Great Ormond Street Hospital (GOSH), depois de perder peso e força. Após diversos exames, ele “foi diagnosticado com uma rara e grave condição genética, denominada de síndrome de depleção do DNA mitocondrial, em sua forma encefalomiopática, tendo como principal consequência o progressivo enfraquecimento muscular e danos ao cérebro” (SÁ; OLIVEIRA, 2017, p. 458).

Foi descoberto, em janeiro de 2017, um tratamento experimental, nos Estados Unidos, denominado de “terapia de desvio de nucleosídeos”, isso levou o pai de Charlie a realizar uma campanha, através *website* de financiamento coletivo, para que seu filho fosse aos Estados Unidos para realizar o tratamento. A seu turno, os médicos responsáveis no GOSH negaram o pedido dos pais para a realização do tratamento nos Estados Unidos, por considerarem se tratar de um tratamento experimental, que contrariava os melhores interesses da criança, podendo-lhe causar somente mais dor e sofrimento. Com isso, inconformados com a decisão dos médicos, os pais de Charlie propuseram uma ação judicial a fim de obrigar o Hospital

GOSH a permitir a retirada do bebê e sua transferência para os Estados Unidos (SÁ; OLIVEIRA, 2017, p. 459).

Vale salientar que os médicos até chegaram a ponderar a realização do tratamento no próprio GOSH, no entanto o bebê já estava sendo mantido por aparelhos, seus órgãos já estavam bem debilitados e comprometidos, a ponto dele não conseguir sustentar as pálpebras e se manter de olhos abertos (SÁ; OLIVEIRA, 2017, p. 459).

Tratamentos experimentais são objeto de muitos pleitos judiciais no Brasil, assim como se vê na Inglaterra, neles é imprescindível avaliar não só o fato de não haver evidências científicas comprobatórias, como sempre o bem-estar do paciente, o qual ao mesmo tempo que carece de força para enfrentar sua enfermidade, não pode ficar passando por situações em que não se tem a certeza de uma melhora, aumentando sua dor e sofrimento.

Em abril de 2017, o juiz Nicholas Francis proferiu sentença, permitindo que os médicos desligassem os aparelhos de suporte, somente mantendo os cuidados paliativos, a sua decisão se baseou no princípio do melhor interesse da criança, em oposição aos direitos dos pais. Ressalte-se que o magistrado ouviu diversos especialistas técnicos acerca da patologia e das condições de vida de Charlie. A sentença foi mantida pelas cortes superiores inglesas e pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O bebê faleceu em julho de 2017 (SÁ; OLIVEIRA, 2017, p. 459-461).

Da sentença, colacionou-se que: “O termo “melhor interesse” engloba questões médicas, emocionais e todas as outras referentes ao bem-estar. A corte deve conduzir um exercício de balanceamento no qual todos os fatores relevantes são sopesados” (SÁ; OLIVEIRA, 2017, p. 462).

Portanto, a saúde, a vida e a dignidade humana, enquanto atributos fundamentais do indivíduo, devem estar em harmonia com seu bem-estar, além de comporem-no, no entanto, tudo aquilo que prejudique essa harmonia merece ser tratado ou ser objeto de cuidados, contanto que não majore a dor e o sofrimento do próprio indivíduo, caso em que tais hipóteses merecem ser descartadas.

Ainda na Europa, merece destaque o caso *Panaitescu v. Romania*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no qual o pai do requerente foi diagnosticado com câncer em 2005 e fez cirurgia para retirar o tumor de seu rim. No instituto de oncologia, foram-lhe prescritos dois medicamentos, que ele não tinha condições de pagar, de modo que solicitou ao plano de saúde o fornecimento deles gratuitamente, assim como o fez com outras instituições, contudo, suas tentativas não tiveram sucesso (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Diante dessas circunstâncias, o enfermo se inscreveu em um tratamento experimental de um novo medicamento a cada dois meses, e seu pai moveu uma ação contra o poder público romeno solicitando o fornecimento do medicamento e o reembolso nas despesas causadas no tratamento. Os tribunais romenos decidiram a favor do pai do requerente, apesar disso, o poder público romeno se defendia afirmando que não podia fornecer medicamentos, uma vez que não lhe competia vendê-los e comprá-los, e, mesmo com o indeferimento dessa defesa, posteriormente o poder público alegou a prescrição dos pedidos em face do falecimento do pai do requerente (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

O caso chegou ao Tribunal Europeu por violação ao direito a vida e à proibição de tratamento desumano ou degradante, visto que a recusa do poder público de cumprir a decisão da corte romena causou um grande sofrimento mental, o qual culminou na morte do pai do requerente (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Pelo exposto, constata-se a gravidade institucional de o poder público, em âmbito administrativo, recusar-se a cumprir a sentença judicial, o que pode ter contribuído para aumentar o sofrimento do pai do requerente. Interessante observar que, no Brasil, quando se trata de casos de câncer, os processos têm um andamento mais célere, são buscadas soluções rápidas, isto é, de acesso rápido aos tratamentos e medicamentos, devido à seriedade da patologia e do seu poder de evolução¹¹.

¹¹ DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. NEOPLASIA MALIGNA. TRATAMENTO. RADIOTERAPIA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 - Nos termos do art. 2º da Lei 12.732/2012, o início do tratamento de paciente portador de neoplasia maligna deve ocorrer em até 60 (sessenta) dias a partir do diagnóstico, o que não ocorreu na espécie. 2 - As garantias à vida e à saúde encontram-se alçadas na Constituição Federal (art. 196) e na Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 207) à categoria de direitos fundamentais, portanto, de aplicabilidade e eficácia imediatas, cabendo ao Estado velar por sua promoção e proteção. Segurança concedida. (TJDFT - Acórdão 0023446-41.2015.8.07.0000, Relator(a): Des. Angelo Passareli, data de julgamento: 25/10/2016, data de publicação: 04/11/2016, Conselho Especial), (DISTRITO FEDERAL, online).

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MEDICAMENTO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. CÂNCER. TUTELA DE URGÊNCIA. PROBABILIDADE DO DIREITO. PERIGO DE DANO.

1. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto. 2. Nesse contexto, a urgência da medida resta perfeitamente caracterizada, pois, em se tratando de tratamento de neoplasia maligna, a alegação de grave lesão à ordem pública não subsiste ao confronto com o periculum in mora e o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação ao postulante, evidenciando a urgência da medida. (TRF4 - Acórdão - Agravo Interno em Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação (turma) 5022310-67.2017.4.04.0000, Relator(a): Des. Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, data de julgamento: 30/08/2017, data de publicação: 30/08/2017, 4ª Turma), (BRASIL, online).

REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. TRATAMENTO DE SAÚDE. CÂNCER. RADIOTERAPIA E QUIMIOTERAPIA. CÂNCER. GRAVIDADE DO QUADRO. REDE PÚBLICA. 1. Na hipótese em que resta comprovada que a parte autora necessita de tratamento de radioterapia e quimioterapia, em razão de ter sido diagnosticada com carcinoma de células escamosas na base da língua (Câncer de Língua), enfermidade que, se

Com efeito, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que realmente houve violação à Convenção, visto que o Estado não pode tirar vidas ilegalmente, e também tinha a obrigação de proteger a vida das pessoas. O atraso na execução da sentença, proferida pelos Tribunais romenos, levou à deterioração da saúde do pai do requerente, principalmente quando ele não poderia mais arcar com os medicamentos pessoalmente, apesar dos medicamentos (tratamento experimental), que ele estava utilizando estarem sendo positivos para a saúde dele. Ocorre que, as autoridades romenas sabiam muito bem os impactos que a não concessão do medicamento solicitado poderiam causar à sua saúde (GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE, online).

Desta feita, é gravíssimo perceber que não houve o cumprimento de uma sentença judicial por parte de outra função do Estado, bem como, diante da gravidade da patologia e da extrema necessidade de medicamento e tratamento, certamente, contribuindo para agravar o estado de saúde do pai do requerente. Neste caso, a urgência da medida era evidente, inclusive, tendo em vista que a neoplasia é uma patologia muito grave que enseja cuidados de pronto, ademais o pedido inicial era pelo custeio de um tratamento convencional (medicamentoso), nada que pudesse causar grandes prejuízos ao orçamento público.

Por conseguinte, é possível notar que o direito à saúde é objeto de demanda em tribunais de todo o mundo, de forma que a sua solução da demanda depende da maneira como esse direito é tratado no país e pelo sistema de saúde adotado, posto que, eventual cobertura daquilo que se pleiteia também é um tanto quanto inevitável, mas também existem negligências por parte dos órgãos e autoridades públicas, cabendo aos tribunais o sopesamento entre as possibilidades e necessidades demandas.

Logo, nota-se que o Judiciário também é utilizado, internacionalmente, como fonte de efetivação do direito à saúde, em relação às prestações almejadas pelas pessoas. Muito embora, é possível verificar uma atuação mais proativa, além da existência de associações relativas a determinadas patologias na defesa do direito à saúde de seus portadores, em face de eventuais alterações normativas, e, até mesmo políticas públicas, isso seria interessante no

não tratada adequadamente, pode levar ao óbito, com indicação de procedimento urgente por médico integrante do SUS, e diante da existência de política pública direcionada ao tratamento da referida doença (Lei nº 12.732/2012), o não fornecimento ou a interrupção do tratamento em questão viola direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, conforme amplo entendimento jurisprudencial, mormente levando-se em conta o risco de agravamento do estado de saúde da parte autora e da demora injustificada na prestação do atendimento. 2. Deve ser afastada, no entanto, a possibilidade de eventual continuidade do tratamento perante a rede privada, uma vez que a disponibilização do atendimento na rede pública inviabiliza a socialização do seu custeio. 3. Remessa e apelo da União Federal providos em parte. (TRF2 - Acórdão 0139911-04.2013.4.02.5101 (trf2 2013.51.01.139911-2), Relator(a): Des. Marcelo Pereira da Silva, data de julgamento: 27/09/2017, data de publicação: 29/09/2017, 8ª Turma Especializada), (BRASIL, online).

Brasil, porque muitos criticam o excesso de ações individuais e a necessidade de ações coletivas na tutela desse direito.

3. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

3.1. Neoconstitucionalismo e o Processo Civil Constitucional

Hodiernamente, é comum possuir a concepção de que a Constituição é a norma suprema, uma vez que dela irradia todo o sistema jurídico, o qual deve estar em consonância com ela. Eis que, a Constituição, como um documento político eivado de direitos e limitador do poder do governante, nem sempre carregou consigo a característica de sua supremacia.

Ainda assim, ao longo do movimento constitucionalista a Constituição adquiriu a aceção de um documento formal, existente para garantir direitos e limitar o poder do governante. Então, surgiu o que se denominou de novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, a fim de designar a maneira como se entende e aplica a Constituição, tal qual sua importância em tempos mais atuais.

O constitucionalismo, na aceção de sistema jurídico, significa um conjunto de limites e vínculos, não só formais, mas também substanciais impostos as todas as normas e fontes normativas. Já como teoria do direito se refere a uma concepção de validade das leis relacionada não só com a conformidade sobre as formas de produção procedimental das normas, bem como com a coerência do conteúdo das normas com os princípios de justiça estabelecidos constitucionalmente (FERRAJOLI, 2011, p. 16).

Enquanto o constitucionalismo envolve completamente a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser reconhecida pelos juízes, principalmente os juízes constitucionais, o legalismo se preocupa com a autonomia do legislador e por isso exige que o controle da jurisdição pelo legislador ocorra dentro dos limites compatíveis com a sua autonomia (ZAGREBELSKY, 1999, p. 151).

Por conseguinte, é de se observar que o movimento constitucionalista apresenta uma ruptura com os padrões legalistas e essencialmente positivistas, enaltecendo a tarefa do juiz como intérprete da norma, especialmente os juízes que compõem o Tribunal Constitucional, ao passo que em épocas positivistas o destaque era dado ao legislador como aquele que concebe a norma, ainda que a atuação do juiz fosse considerada importante.

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia cede lugar a onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido a

normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos, a partir de uma teoria da decisão judicial). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento como continuadoras do processo histórico através do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania (STRECK, 2014, p. 299).

À vista disso, o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo significou uma grande transformação na prática jurídico-política, eis que a Constituição passa a estar e ser onipresente, não mais apenas suprema, os princípios erigiram a categoria de normas positivadas, e a interpretação passou a ser objeto de críticas e alterações por variadas teorias. Tudo isso somente foi possível a partir do constitucionalismo, uma vez que ele se trata de um movimento teórico, jurídico e político, no qual ao mesmo tempo em que se almeja limitar o poder, busca-se a instituição de maneiras de garantir e criar o exercício da cidadania, cuja difusão está ligada ao exercício de direitos, ao voto, e a participação do cidadão tanto na comunidade (meio social), como política, seja quando consultado ou mediante suas próprias manifestações.

Canotilho (2003, p. 51) assevera que o constitucionalismo se trata da “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, isto é, o movimento constitucionalista simboliza o pressuposto de que o Poder Estatal deve ser limitado, a fim de que os direitos sejam garantidos em favor da estruturação e organização política e social de uma comunidade, possibilitando, nesse sentido, o seu desenvolvimento.

Por sua vez, Sanchís (2009, p. 123) defende que o constitucionalismo envolve o Estado de Direito, designando, assim, certa forma de organização política. Resta claro que o movimento constitucionalista evidenciou a importância e a necessidade da Constituição, a adesão de um Estado de Direito Constitucional, que trouxe os direitos fundamentais e outras normas restritivas ao poder estatal para dentro da Constituição, a qual passou a ser vislumbrada como o documento jurídico superior de todo o ordenamento. O constitucionalismo buscou enaltecer e efetivar os postulados de justiça a partir da liberdade, igualdade e fraternidade como princípios e não tanto o procedimento normativo positivo.

Com efeito, o neoconstitucionalismo:

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a

compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (i) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega (BARCELLOS, 2005, p. 84).

Logo, o neoconstitucionalismo, sob o aspecto formal e metodológico considera que a Constituição é um documento escrito com normas, as quais são superiores às demais leis e ao arcabouço jurídico restante, bem assim a Constituição é um documento central, que serve de parâmetro interpretativo à ordem jurídica, por isso que a Constituição passou a ser mais que um documento político, adquirindo imperatividade e se tornando a norma jurídica suprema. Ou seja, a Constituição foi enaltecida a ponto de atingir o patamar de norma suprema.

A seu turno, sob o aspecto material, o neoconstitucionalismo simboliza a incorporação de valores e vontades políticas ao texto constitucional, a exemplo da valorização da dignidade humana e dos direitos fundamentais, e também, o aumento dos conflitos em razão das escolhas políticas e filosóficas presentes no texto constitucional (BARCELLOS, 2005, p. 85).

Nesse aspecto, o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, enquanto ideologia, apresenta vários níveis: o primeiro consiste na filosofia política que considera o que o Estado Constitucional de Direito a mais justa forma de organização política; e a segunda é a vinculação necessária entre direito e moral, e, portanto, à vontade para que houvesse uma obrigação de obedecer ao direito. Por fim, o neoconstitucionalismo sob o aspecto dogmático é como uma nova versão da atuação interpretativa das tarefas da ciência da teoria do direito, pelo ponto de vista interno, com o comprometimento do jurista, desenvolvendo um trabalho crítico e descritivo, e, sobretudo, científico do Direito (SANCHÍS, 2009, p. 123-124).

A forte carga de justiça social, a promoção de valores e os princípios presentes no texto constitucional fizeram com que houvesse uma substituição dos ideais iluministas de igualdade e liberdade, pela barbárie ao longo do século XX, como ocorreu com o nazismo e o fascismo (BARCELLOS, 2005, p. 85-86).

Destarte, o conteúdo da Constituição em tempos de neoconstitucionalismo é carregado de valores e vontades políticas, direitos humanos, a dignidade humana como maior valor do ordenamento jurídico, traçando objetivos políticos de combater as desigualdades,

promover o trabalho. Tudo isso fez com que os ânimos do século XX alterassem seus ideais em defesa da barbárie, do desrespeito pela vida humana do semelhante, pelo governo e pela Administração Pública, com a finalidade de se atingir o monopólio da força pela violência, até mesmo contra o ser humano.

Isto é, o neoconstitucionalismo realiza o Estado Democrático de Direito mediante a concretização dos direitos fundamentais, ao apostar no caráter transformador das Constituições modernas, enquanto o direito positivo funciona como um norte para direcionar as mudanças sociais necessárias (CAMBI, 2016, p. 28).

Nesse sentido, as Constituições contemporâneas contêm normas diretivas e programáticas, modificações ao controle de constitucionalidade, carregam a organização e separação de poderes, os direitos civis e políticos, direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais, e, ainda, possuem a finalidade de gerar condições para criar uma justiça substantiva, visto que há a “pretensão de realizar uma justiça social e econômica e não apenas da reiterada tomada de decisões através de procedimentos formais traçados pelo sistema jurídico” (VIEIRA, 1994, p. 34-35).

Saliente-se que o novo constitucionalismo surgiu na Europa continental, após a Segunda Guerra Mundial, em especial na Itália e na Alemanha. Já no Brasil, o advento da Constituição de 1988 e a redemocratização foram responsáveis por instituir o Estado Democrático de Direito no país (BARROSO, 2005, p. 3).

Isso porque,

Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso (BARROSO, 2005, p. 4).

À medida que, no Brasil, seja pelas instituições ou funções de poder, são espalhados os ideais e valores defendidos e protegidos pela Constituição é que se consegue disseminar nas pessoas a importância da Carta em si, como um documento que lhes serve de proteção enquanto pessoa e/ou povo, e cujas normas devem ser respeitadas e realizadas.

Assim, sob os aspectos teóricos, foram três transformações oriundas do novo constitucionalismo: o reconhecimento da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de novos dogmas para a interpretação constitucional e a expansão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2005, p. 5).

O constitucionalismo contemporâneo ocasionou uma ruptura no legalismo, visto que a lei, antigamente medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cedeu espaço à Constituição, transformando-se em objeto de medição. Foi destronada em favor de uma instância mais alta, que assume agora a importantíssima função de manter unidas e em paz sociedades inteiras, divididas e concorrentes (ZAGREBELSKY, 1999, p. 40).

Houve também mudanças na interpretação do direito, como:

(i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (BARROSO, 2005, p. 9).

Não há mais apenas a possibilidade da subsunção do texto legal ao conflito, de modo que, na verdade, para solucioná-lo, agora é preciso separar os fatos concretos, analisá-los em harmonia com todo o ordenamento e efetuar as ponderações necessárias. Igualmente, o juiz não é mais mero aplicador da lei ao fato, atuando na criação e modelando o direito, de acordo e em auxílio ao trabalho legislativo, uma vez que realiza ponderações, aplica enunciados abertos, e faz escolhas entre as soluções possíveis.

O neoconstitucionalismo ainda tem como características a aproximação entre o Direito e a Moral pela incorporação constitucional de princípios de justiça, isto é, suas distinções se tornaram mais porosas, no entanto, as suas fronteiras distintivas ainda permanecem. Além disso, no neoconstitucionalismo há um enfoque no Judiciário, de sorte que o juiz é compreendido como “o guardião de promessas civilizatórias dos textos constitucionais” (SARMENTO, 2009, p. 4).

Com os ideais de justiça potencializados constitucionalmente, bem como a aplicação de princípios na solução do caso concreto e não mais a sua exata subsunção às regras (embora existam casos em que isso ainda é possível), as pessoas passaram a se socorrer ao Judiciário como forma de garantir e efetivar a sua concepção de justiça. Ademais, a aplicação de normas abertas e princípios constitucionais ocasionaram uma aproximação entre o direito e a moral, porém esses institutos conservam suas diferenças, as quais permanecem válidas.

O neoconstitucionalismo como um modelo de organização jurídico-política representa um aperfeiçoamento do Estado de Direito, porque se trata de um de seus postulados,

sujeitando todo o poder do direito a um tipo de Constituição, com o objetivo de que tal sujeição também vincule o legislador. Bem assim, o neoconstitucionalismo culmina numa abertura ao judicialismo, ao menos pela perspectiva europeia, pois o que o Estado de Direito ganha de um lado, ele não quer perder de outro, e isso depende de uma teoria da argumentação apta a garantir a racionalidade e suscitar o consenso entre as decisões judiciais, as quais, para o autor, podem ser resolvidas pela técnica da ponderação, uma vez que as ideologias pendem entre o judicialismo ou o legalismo. Então, a solução é encontrar o equilíbrio, o qual não será totalmente estável, bastando que se exija racionalidade não apenas para as decisões judiciais, como também às legislativas. Como teoria do direito, o neoconstitucionalismo inspira uma revisão do positivismo teórico (SANCHÍS, 2009, p. 157-158).

O autor advoga em favor de um equilíbrio, e justamente ele é que deve ser buscado na interpretação e na racionalidade jurídica, tanto nas decisões judiciais, quanto na esfera legislativa. O neoconstitucionalismo enaltece a Constituição, a relação entre direito e moral e dá um enfoque à atuação do Judiciário. No entanto, optar entre o excesso de judicialização ou a necessidade de leis é meramente uma questão ideológica, de sorte que a solução se encontra na racionalidade da argumentação e da interpretação jurídica, a serem aplicadas indistintamente pelo Judiciário e pelo Legislativo.

Consequentemente, operou-se o que se denominou como constitucionalização do direito, justamente devido ao caráter reflexivo das normas constitucionais irradiando seus valores para os demais âmbitos do direito.

Posto isso, no tocante ao processo civil, verificou-se “a superação da concepção do processo como instrumento técnico, em prol do conceito que o enxergue como um instrumento ético e que tem por finalidade a consecução do direito material e respeito aos valores constitucionais” (LEONARDO, 2013, p. 23).

Com a constitucionalização do direito processual, houve “a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais”, igualmente, a doutrina passou a compreender as normas processuais infraconstitucionais como materializadoras do texto constitucional, utilizando, para tanto, as teorias dos constitucionalistas (DIDIER JR, 2010, p. 72-73).

Tanto é assim, que garantias processuais fundamentais, como o acesso à justiça, o contraditório e o devido processo legal constam no rol da Constituição dos direitos e garantias daqueles que estão no território brasileiro. Também é possível inferir que as normas processuais infraconstitucionais são a concretização dos mandamentos constitucionais.

Além disso, em consequência ao novo constitucionalismo, no âmbito do processo civil se tem a:

[...] origem ao neoprocessualismo, que consiste no movimento de constitucionalização dos direitos e garantias processuais. Tal movimento foi responsável, no plano processual, não só pela concessão de centralidade à Constituição no ordenamento jurídico, como também por ressaltar o caráter público do processo, distanciando-o de sua utilização mecanicista para fins privativísticos, tornando-o instrumento à disposição do Estado para realização da justiça social, ou seja, concedendo-lhe fins que transcendem a esfera puramente individual (GALINDO, 2014, p. 24-25).

Então, o processo passou a ser visto também de outra forma, a partir da supremacia da Constituição, na qual foram positivadas diversas garantias e princípios processuais, isso porque, o processo passou a ter uma conotação mais pública, e não tão privada e fechada, como anteriormente, e passou a ser concebido como uma maneira do Estado concretizar a justiça social e os valores constitucionais que perpassam o âmbito individual.

Insta salientar, via reflexa, que o processo é uma forma de pacificação social e de garantir a paz entre as pessoas, de acordo com as regras e normas de justiça preestabelecidas. Isto é, o processo consiste em “um instrumento a serviço da paz social” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 60). E, o “processo não é sinônimo de direito formal – na verdade, processo justo constitui antes de tudo processo substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de direitos fundamentais” (MITIDIERO, 2019, p. 45-46).

Portanto, o processo é uma das formas que o Estado tem de garantir a pacificação da sociedade, devendo, para tanto, realizar-se de maneira justa, o que implica na garantidos dos direitos fundamentais nele, ou seja, o processo só será um instrumento de justiça quando, em sua estrutura, for formado e, durante o seu procedimento, também forem assegurados os direitos fundamentais.

Nesse sentido:

[...] o sistema processual deve ser elaborado a partir das regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais. Constitui método equivocado de interpretação das regras fundamentais considerá-las independentemente do modelo processual-constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade (BEDAQUE, 2002, p. 18).

Dessa maneira, é notório que houve a constitucionalização de ramos do direito, que passaram a se valer e a utilizar a Constituição para seguir diretrizes. Isso posto, o processo

civil, além de reproduzir e estar em consonância com a Constituição de 1988, também passou a ser interpretado e aplicado à luz dos dispositivos constitucionais, considerando seus fins de solução pacífica dos conflitos e por ele ser um instrumento de pacificação social.

Cumpra observar que o Novo Código de Processo Civil, nesse particular, mostra-se consoante a Constituição, uma vez que o legislador fez questão de tratar de normas fundamentais com o intuito de intensificar o direito constitucional ao processo justo e identificar as vigas que o estruturam, tal qual o princípio da cooperação, o qual “trata-se de norma da mais alta importância que ao mesmo tempo visa caracterizar o processo civil brasileiro a partir de um modelo e fazê-lo funcionar a partir de um princípio” (MITIDIERO, 2019, p. 50).

Ademais, hoje em dia, a sociedade é plural, de modo que a Constituição tem de abranger todos os grupos que a formam, sempre sendo realizadas análises e ponderações sobre seus limites, adequações e possibilidades, afim de que ela seja utilizada como um instrumento de justiça para todos os grupos que se sujeitam a ela.

A assunção do pluralismo numa Constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, ou seja, um compromisso acerca das possibilidades e não um projeto rigidamente ordenador que possa se assumir como uma política de força própria, especialmente de cima para baixo. Só assim podemos ter Constituições abertas, as quais permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto da espontaneidade da vida social como da competição para assumir a direção política, ambas as condições para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática (ZAGREBELSKY, 1999, p. 14).

Por conseguinte, a coexistência de valores e princípios sobre os quais devem basear necessariamente uma Constituição para não renunciar a suas tarefas de unidade e integração, e ao mesmo tempo, não se tornar incompatível com sua base material pluralista exigem que cada um desses valores e princípios não assumam um caráter absoluto, e sim compatível com aqueles outros com os quais deve conviver. Somente assume caráter absoluto a meta valor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo de valores (no tocante ao aspecto substancial), e a lealdade de seu enfrentamento (no tocante ao aspecto procedimental). Destarte, estas são as verdadeiras supremacias e exigências constitucionais de toda sociedade pluralista que queira ser e se preservar como tal (ZAGREBELSKY, 1999, p. 14-15).

Posto isso, tem-se que adesão de valores e princípios acresce a possibilidade do texto constitucional, cada vez mais, integrar todas as pessoas e grupos, dando-lhes unidade. Todavia, não podem os valores e princípios consagrados serem opostos, apresentarem

incompatibilidade ao conteúdo do texto constitucional, bem como possuir um caráter absoluto, uma vez que devem coexistir com ele. O único caráter absoluto que se tem é o meta-valor que possa ser aplicado para todos em termos de seu conteúdo e em aspectos procedimentais.

Dessarte,

O constitucionalismo tradicional era sobretudo uma ideologia, uma teoria meramente normativa, enquanto o constitucionalismo atual tem se transformado em uma teoria do direito oposta ao positivismo jurídico enquanto método. Já o aspecto da constitucionalização do ordenamento tem relação com a estrutura das normas constitucionais. O aspecto funcional se expressa através do tipo de argumentação que estas fomentam. Assumem relevância, nesse contexto, os princípios constitucionais incidindo sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento (STRECK, 2014, p. 114).

Outrossim, Streck (2014, p. 121) afirma que o neoconstitucionalismo se equivoca ao apostar no judicialismo e/ou na discricionariedade dos juízes e, via reflexa, a política, a moral e a economia não podem interferir na correção de aplicação do direito, de sorte que consistem em elementos predadores, os quais foram institucionalizados.

O constitucionalismo e, principalmente, o neoconstitucionalismo, trouxeram mudanças às formas como se conhecia, aplicava e interpretava o direito. Isso porque, os princípios jurídicos, o equilíbrio, e a supremacia constitucional foram erigidos como elementos a também nortear a prática jurídica. Portanto, gerou-se uma constitucionalização de todos os ramos do direito e uma adesão de princípios como formas de alicerçar esses institutos ou ramificações do direito, desde que sempre voltados e ligados à Constituição, do mesmo modo como se observa no tocante ao processo civil, sendo extremamente importante e relevante envolver a Constituição na prática processual.

3.2. A Aplicabilidade dos Princípios no Processo Civil Brasileiro e a Importância do Contraditório e da Boa-fé Processuais

Verificando que o processo civil merece e deve ser interpretado e aplicado segundo a Constituição, faz-se necessário analisar a sua estrutura, ou seja, o alicerce do ordenamento processual brasileiro, que são os seus princípios, em especial o do contraditório e da boa-fé processuais.

Isso porque, não é mais possível conceber o processo como um campo de batalha das partes, em que aquela que utilizou as melhores armas nos momentos adequados se consagrou

vencedora, apesar de não ter a razão. De sorte que, essa concepção está ultrapassada, pois considerava a disponibilidade dos interesses em jogo e a total igualdade entre os litigantes, sendo que a parte era responsável por defender seu próprio interesse. Ademais, atualmente, dadas as desigualdades que marcam o cenário brasileiro não é correto manter esse posicionamento, de modo que a concepção de um processo civil constitucional não é compatível com tal ideologia bem como os valores que envolvem o processo (LEONARDO, 2013, p. 35).

Os princípios desempenham um papel predominantemente constitucional, isto é, constitutivo da ordem jurídica. As regras, ainda que estejam escritas na Constituição não são mais que leis reforçadas por sua forma especial. Com efeito, as regras se esgotam em si mesmas, ou seja, não têm nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam (ZAGREBELSKY, 1999, p. 110).

Destarte, para Zagrebelsky (1999, p. 110-111), a distinção essencial entre princípios e regras é que as regras nos proporcionam o critério de nossas ações, nos dizendo como devemos, não devemos, bem como podemos atuar em determinadas situações específicas previstas por elas, enquanto os princípios, diretamente, não nos dizem nada a esse respeito, contudo, nos proporcionam critérios para tomar posição ante as situações concretas que, *a priori*, aparentam ser indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão ou apoio, ou de dissenso e repulsa a tudo que pode estar relacionado à sua garantia no caso concreto. Tendo em vista que os princípios carecem de suposições de fato, diferentemente das regras, aos princípios somente é possível lhes dar um significado operacional quando aplicados a um caso concreto, de modo que seu significado não pode ser mensurado em abstrato, mas apenas nos casos concretos, nos quais, aliás, será possível entender seu alcance.

Então, os princípios simbolizam, para o autor, critérios éticos e valorativos a serem empregados em determinadas situações, ao passo que as regras indicam o que se fazer ou não fazer em situações específicas por elas descritas. Por isso, os princípios podem gerar uma grande adesão ou repulsa consoante o caso concreto em que eles forem aplicados, não carregam suposições de fato e seu significado será avaliado nos casos concretos, pois é possível fazê-lo em abstrato.

Insta salientar que a lei aparece como expressão e meio de uma luta política em ação na qual cada força ocupa uma posição estratégica determinada e conhecida, segundo Zagrebelsky (1999, p. 115), dessa forma, a lei reflete o âmbito político e o contexto em que

ela se insere, da mesma maneira como ela é positivada, que ocorre a partir de um processo político e legislativo no qual variados interesses são considerados e defendidos.

A realidade, ao ser colocada em contato com um princípio, vivifica-se e adquire valor, ao invés de se apresentar como matéria inerte, objeto meramente passivo de aplicação de regras, caso concreto a ser enquadrado como suposto fato normativo previsto na regra, como razão do positivismo jurídico, as realidades iluminadas pelos princípios aparecem como revestidas de características jurídicas próprias. Por sua vez, o valor se incorpora ao fato e impõe ao legislador, à jurisprudência, à administração, aos particulares e, em geral, ao intérprete do direito, a tomada de uma posição jurídica de acordo com ele (ZAGREBELSKY, 1999, p. 118).

Dessa maneira, os princípios modulam a realidade sob um aspecto valorativo não a tratando apenas como um objeto passivo que será subsumido a situações específicas, visto que o fato passa a conter características valorativas as quais conduzem o intérprete a levá-lo em consideração em suas decisões.

Por sua vez, Lênio Streck (2014, p. 60) alerta que:

Princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantam os problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras. Não são, pois, “mandados de otimização” ou postulados interpretativos (sic). Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista?).

Com efeito, o autor lembra que os princípios não servem ao direito, em um contexto pós-positivista e neoconstitucionalista, como uma forma de suprir as lacunas das regras ou então potencializar o significado da norma ou os valores constitucionais, os princípios têm a sua posição própria no sistema jurídico, no qual eles são utilizados como bases para aplicação e interpretação do texto, até mesmo podendo ser utilizados como viga-mestra e na fundamentação de decisões judiciais.

Logo, Streck critica a visão de princípios de Alexy (2005, p. 156), segundo o qual, “os princípios são normas que determinam que algo seja realizado no mais alto grau que seja efetiva e juridicamente possível. Os princípios são, portanto, comandos de otimização”, os quais têm a possibilidade de serem cumpridos em graus diferentes, visto que seu cumprimento apenas depende dos fatos concretos e das possibilidades jurídicas.

Já as regras são normas passíveis de cumprimento ou descumprimento, a regra válida impõe que ela seja cumprida da exata maneira como se apresenta, por essa razão, as regras

“contêm uma decisão situada no campo das possibilidades concretas e jurídicas. Elas são comandos definitivos” (ALEXY, 2005, p. 157).

Então, para Alexy, os princípios são comandos de otimização e as regras, comandos definitivos, eis que o conteúdo destas deve ser cumprido de acordo com o determinado, e os princípios são verificáveis de acordo com os casos concretos e as possibilidades jurídicas.

A seu turno, Dworkin (2002, p. 36) entende como princípio: “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Desse modo, os princípios, na visão dworkiana, são as bases que promovem a justiça, a equidade, ou alguma dimensão da moralidade.

Logo,

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Do exposto, infere-se que as regras são aplicadas a determinado caso concreto, pelo fato da situação ocorrida estar disposta no preceito legal, ou, não havendo conformidade, não há aplicação da regra. De outro lado, os princípios envolvem situações concretas, cujo escopo é de que ele seja cumprido, como condição suficiente e necessária da justiça, da equidade ou da moralidade.

A seu turno, Humberto Ávila (2005, p. 10) define e diferencia princípios e regras como:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Portanto, enquanto as regras são normas de caráter descritivo, aplicadas consoante a verificação entre o caso concreto e a norma em abstrato, e são baseadas na finalidade jurídica que as ensejou ou no suporte jurídico dos princípios que se situam acima delas, por sua vez, os princípios se tratam de normas cujo conteúdo é finalístico, carregam o objetivo de completar ou de certa forma pender para uma decisão numa demanda, consoante uma análise entre o estado de coisas que será promovido e os reflexos das condutas necessárias para sua promoção.

Nesta esteira, o processo se afigura como um procedimento que abarca uma sequência de atos pela defesa de direitos ou pretensões, nas quais se verifica uma divergência entre as partes, razão pela qual, a parte prejudicada ou que almeja a concretização de seu direito é a parte autora, que vai provocar o Estado-juiz, a fim de solucionar o seu problema, e há a participação da outra parte, a ré, que resiste em cumprir a pretensão autoral, motivo pelo qual se instaura o conflito.

Dessa forma,

O que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos insteressados mediante o exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual. A observância do procedimento em si próprio e dos níveis constitucionalmente satisfatórios de participação efetiva e equilibrada, segundo a generosa cláusula do *due process of law*, é que legitima o ato final do processo, vinculativo dos participantes. Aceita essa premissa, seria lícito ver o processo não só quando se tem na extremidade do procedimento, o provimento (ou seja, o ato imperativo: estatal ou não), mas ainda no caso do negócio jurídico: em ambas as hipóteses o ato vinculativo das partes é precedido de procedimento de inclui sua participação (DINARMARCO, 2009, p. 77-78).

Com efeito, o processo é participação, com a garantia do contraditório, a oportunidade de discutir os fatos a luz do direito, na qual haverá um representante do Estado apto e conhecedor do direito que entregará uma decisão cogente e impositiva, mediante a análise dos fatos que lhes foram informados e comprovados, por ambas as partes, e inclusive terceiros. Bem assim, merece destaque a possibilidade de participação dos demais interessados no processo e não listados como parte na lide, os quais podem ser chamados posteriormente, por interesse do juiz ou das partes, ou por vontade própria, podem adentrar no processo, segundo as regra estabelecidas para tanto, uma vez que o processo é um ambiente democrático, no sentido da possibilidade de se discutir, provar, enfim, participar da lide.

Por isso, a fim de atingir o escopo deste trabalho, cumpre tratar acerca de dois princípios basilares para o processo civil: o contraditório e a boa-fé. Nesta esteira, José Roberto Bedaque (2002, p. 19) associa o princípio do contraditório e o da ampla-defesa:

Contraditório e ampla-defesa, aliás, constituem aspectos do mesmo fenômeno. Examinado pelo prisma do procedimento, o primeiro representa pressuposto do direito de defesa. A inviolabilidade deste último, por sua vez, considerado pelo ângulo da garantia das partes, é condição mínima de realização plena daquele. Talvez se possa afirmar que a ampla-defesa é garantia de participação conferida exclusivamente às partes da relação processual. Já contraditório é fenômeno mais amplo, pois se refere também ao juiz, que deve, juntamente com os sujeitos parciais do processo, assumir postura ativa no desenvolvimento do processo, preocupando-se com seu resultado.

Dessa maneira, o contraditório e a ampla-defesa se relacionam ao direito de defesa, que é inviolável, e consiste na melhor forma de assegurar um processo justo e equânime. Por isso, a ampla-defesa se relaciona à participação no processo, enquanto o contraditório envolve a defesa ativa, a contra-argumentação, o direito de resposta e afirmação, servindo a ambas as partes e ao juiz.

Destaque-se que o contraditório e a ampla-defesa são princípios processuais previstos inclusive constitucionalmente, posto que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, online). Isto é, tratam-se de elementos elementares do ordenamento processual nacional.

Assim, o contraditório consiste numa garantia aos participantes do processo, uma vez que,

Trata-se de um postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir no seu resultado (BEDAQUE, 2002, p. 20).

Ou seja, o contraditório é o direito processual de interferir no resultado da demanda, como tal ele deve ser totalmente garantido pelo Estado no exercício jurídico, pois qualquer pessoa que está ou intervém numa demanda judicial tem direito de modificar seu curso, bem como seu provimento final. Vale ressaltar que a observância do contraditório é que dá forma e legitimidade ao processo.

A seu turno, Antonio do Passo Cabral considera que (2005, p. 60):

Comumente definido como o direito de desempenhar um papel ativo no processo, o contraditório abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Compreende o direito de presença e de ser comunicado dos fatos processuais; abrange as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao Estado-juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiência, em grau de recurso ou no plenário do Tribunal do Júri, dentre outras. A *ratio* do contraditório é permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas processuais desfavoráveis. Identifica-se, portanto, um binômio essencial em torno do qual gravita o princípio: informação-reação - o contraditório significa audiência bilateral.

A relação processual se completa a partir da citação e com a apresentação da contestação dado que, com elas, as partes passam a interagir e dialogar, visto que o processo não é só a oitiva do autor e julgamento do magistrado, e sim para com a parte oposta. Logo, o contraditório é o dizer, o rebater, é a possibilidade de diálogo no processo, o qual, definitivamente, culminará numa melhor solução.

Sendo assim,

Ora, em um Estado Democrático de Direito, todos os Poderes devem ser exercidos mediante participação dos interessados, e participação no processo, é assegurada pela garantia constitucional do contraditório, de modo que a participação no processo é o elemento legitimador das decisões jurisdicionais (LEONARDO, 2013, p. 50).

Outrossim, devido à possibilidade de diálogo instigada pelo exercício do contraditório, até mesmo o juiz deve participar em favor da resolução do feito, o que não se difere dos valores que o magistrado sempre carregou, porém, em um contexto de globalização no qual se verifica a integração de culturas e diferenças econômicas enormes entre as partes, é preciso que o juiz deixe de ter uma postura passiva e se preocupe com o resultado do processo (BEDAQUE, 2002, p. 21).

Insta salientar que não basta a mera participação das partes no processo como forma de garantir o contraditório, tal qual é necessário que elas sejam aptas a influenciar na decisão, valendo-se de provas, fatos, e matérias de direito, como adverte César Augusto Luiz Leonardo (2013, p. 51).

Eis que, o contraditório, como garantia processual, significa não só o direito da parte de ser ouvida, mas sim é de observância durante todo o procedimento processual, desde a

composição das partes a indicação das provas, e, posteriormente, a realização da fase probatória (BARREIROS, 2013, p. 270).

O contraditório efetivo não se refere, então, a abrir a possibilidade de falar e/ou rebater das partes, e sim, que elas possam se manifestar sobre questões de fato, de direito e provas durante todo o íter processual, nesse sentido, verifica-se que o Novo Código de Processo Civil, ao impossibilitar as decisões-surpresa, a fim de que seja dada às partes a oportunidade de se manifestarem, busca dar efetividade ao contraditório.

Pois a efetivação da exigência política do contraditório, no procedimento, dá-se pela outorga de situações jurídicas aos litigantes: situações jurídicas ativas, que lhes permitem atos de combate na defesa dos seus interesses, e situações jurídicas passivas, que lhes exigem a realização de atos ou impõem abstenções o sujeição a eficácia de atos alheios. São, em suma, o substrato jurídico das regras do combate civilizado através do procedimento. E o conjunto dessas situações jurídicas processuais ativas e passivas (poderes, faculdades, deveres, ônus, sujeição) traduz-se em um complexo e dinâmico vínculo entre os sujeitos do processo, definido como relação jurídica processual (DINAMARCO, 2009, p. 159).

Logo, o contraditório se materializa no processo quando as partes têm a oportunidade de atuar na defesa seus interesses ativamente, bem como possam ser exigidas, acerca da realização de atos de sujeição ou abstenção, justamente para que a outra parte ou o juiz se manifeste, com o escopo de que haja dinamismo, participação e diálogo de maneira democrática. E, diante disso, formar-se-á um elo entre os sujeitos processuais, chamado de relação jurídica processual, a qual depende da existência do contraditório efetivo.

Além do que, a atuação do juiz há de ser ativa, para “remover todos os obstáculos que se apresentarem à efetividade do contraditório. Exige-se a imparcialidade do julgador, mas rejeita-se sua indiferença” (BEDAQUE, 2002, p. 40). Isto é, o juiz é um terceiro que conhece o direito, mas não as partes, o qual vai apresentar uma solução jurídica ao conflito que lhe foi levado e, para tanto, durante o procedimento processual, ele deverá atuar de maneira a garantir a participação das partes pelo seu exercício do contraditório, ainda mais porque, atualmente, muitos conflitos envolvem disparidades econômicas, sociais e políticas entre as partes envolvidas.

Nesta esteira, cabe ao juiz, “o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo - instrumento público -, ao qual está relacionado o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final” (CABRAL, 2005, p. 61). Destarte, como instrumento público, o processo exige lealdade, probidade, boa-fé, de modo que o juiz deve moldar a atuação das partes até chegar à decisão final.

Inclusive, em questões de ordem pública é necessária a correlação entre o diálogo realizado entre os sujeitos processuais, e o conteúdo da decisão final, visto que a ausência desse pressuposto indica o mínimo indispensável para o exercício do direito de defesa a ponto das partes intervirem no convencimento do juiz (BEDAQUE, 2002, p. 41-42).

Logo, a decisão final deve aglutinar os fatos e fundamentos jurídicos, e, de maneira lógica, concluir o feito, apresentando-lhe uma solução que seja passível de ser compreendida pelos elementos apresentados e provados na demanda.

Com efeito, infere-se que:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão de um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então nessa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade juridical interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios (HABERMAS, 1997, p. 274).

Habermas revela a necessidade de um processo coeso, equitativo e justo, tal qual deve também ser o sistema jurídico, o processo judicial deve aclarar direitos e questões de fato, na maioria das vezes, de forma discursiva, além do mais, o processo acontece entre as partes, mas existe toda uma comunidade jurídica que dele se vale, estuda e alimenta, da mesma forma que seus reflexos podem ultrapassar o âmbito jurídico e jurisdicional.

Desta forma, é imprescindível manter o sistema jurídico coeso, mediante a aplicação prática de seus princípios e regras, especialmente aqueles dispostos constitucionalmente, razão pela qual não basta ouvir ou dar o direito de se manifestar à outra parte, e sim permitir-se verificar se aquilo que ela alega, ocorre ou não, existe ou não.

Dito isso, denota-se que julgamentos nos quais são aplicadas multas exorbitantes (a exemplo das astreintes na demora de fornecimento de medicamentos, cirurgias e tratamentos) ou a coação, para o cumprimento de uma obrigação de fazer ensejando a possibilidade de que os diretores dos departamentos estaduais ou municipais de saúde respondam criminalmente, em caso de não cumprimento ou fornecimento da prestação de saúde, não vai melhor solucionar o conflito ou sequer acelerar seu cumprimento, pelo contrário, vai potencializar o caos e a crise do sistema de saúde brasileiro, elevando os valores gastos e a preocupação gerada com esses casos, o que não implica na melhoria dos serviços, e sim desordem e desorganização de um sistema que busca se organizar equitativamente.

Da mesma forma que não se defende a passividade, sugere-se que, o tempo todo, o magistrado deve observar se há um equilíbrio entre as possibilidades e necessidades, inclusive quando o poder público, independentemente da esfera, for demandado, considerando a possibilidade ou não dele cumprir a prestação de saúde, a partir de suas alegações. Por isso que, a multa excessiva (que posteriormente será objeto de recurso para o Tribunal) e o processo-crime não contribuem para adiantar um procedimento marcado por entraves burocráticos ou que precisa encontrar orçamento para custeá-lo, eis que não se trata de um problema relacionado a omissão ou a atividade de um servidor.

Tal qual se espera nas relações humanas, o processo civil deve ser fundamentado na boa-fé entre as partes que o compõem. Assim, o que se busca com a boa-fé processual é um processo justo, a partir da justa e isonômica participação garantida e pela ética dos sujeitos processuais (AUILO, 2014, p. 56).

Então, o princípio da boa-fé objetiva:

cuja observância deve se dar do início ao fim da relação jurídica, tudo baseado no interesse social de que o processo deve manter sua dignidade como instrumento realizador de justiça e concretização do direito. É por isso que se obriga aos sujeitos que nele atuam a agirem com probidade e confiança recíprocas, buscando sempre o equilíbrio de suas condutas (AUILO, 2014, p. 57).

Esperar que as partes atuem de maneira ética participando com paridade de armas e com equilíbrio da demanda não desnatura o conflito que envolve o processo, na verdade, prima pela melhor solução deste conflito, até porque os litigantes estarão representados por profissionais com saber técnico e, com isso, uma atuação ética, leal, e harmoniosa pautada na defesa do interesse das partes representadas, faz com que o procedimento processual flua bem e seja efetivamente solucionado.

A boa-fé objetiva se faz presente em todos os ramos do direito, até mesmo no processual civil, o qual, para estar em consonância com este princípio constitucional implícito, precisa construir um processo baseado na lealdade e na ética, de sorte que os sujeitos processuais e todos aqueles que participem da relação processual atuem com boa-fé. Ademais, o princípio da boa-fé não se compatibiliza com um juiz passivo, alheio ao litúgio, e sim com um juiz cuja atuação seja consoante a moralidade, a lealdade e a boa-fé, sem considerar soluções fundadas somente na justiça formal (BARREIROS, 2013, p. 286-287).

Cumpra ressaltar que a boa-fé subjetiva é a que se baseia intencionalmente e conscientemente na noção de um comportamento contrário ao direito, relacionada ao voluntarismo e individualismo do agente, é o oposto de má-fé (CABRAL, 2005, p. 67).

Por sua vez, a boa-fé objetiva se funda nos padrões de conduta social, aquilo que os outros esperam de um indivíduo, sendo possível, “com a sedimentação do conceito de boa-fé processual objetiva, a responsabilização por atos contrários à boa-fé processual sem qualquer consideração quanto à má-fé e ao dolo das partes e seus procuradores” (CABRAL, 2005, p. 67).

Logo, ao passo que haja vista a boa-fé subjetiva se referir ao íntimo do ser humano, a partir de uma atuação com probidade, ética e lealdade, a boa-fé objetiva se relaciona ao convívio social, ou seja, em sociedade se almeja que as pessoas convivam bem umas com as outras de acordo com os valores defendidos pelo ordenamento jurídico e pelas convenções sociais, de modo que as pessoas não vivam em estados de guerra, sempre querendo prejudicar umas às outras, seja em aspectos econômicos e/ou físicos. Igualmente, quando em um litígio, as partes não podem querer prejudicar às outras como uma forma de conquistar aquilo que almejam, e sim atuar de maneira correta a fim de se atingir uma solução, que preferencialmente a beneficie.

Consequentemente, a partir da boa-fé objetiva deriva o dever de lealdade, fornecendo apoio para interpretar os negócios jurídicos, indicando outros deveres às partes a fim de assegurar a manutenção de seu patrimônio, e limitando direitos subjetivos, punindo comportamentos contrários às expectativas no tocante à boa-fé (SANTIAGO; COITINHO, 2016, p. 53).

Por conseguinte, “a boa-fé objetiva é a condição funcional do modelo processual do Estado Constitucional, na medida em que constitui o vetor pelo qual devem ser analisados todos os atos praticados no processo” (SANTIAGO; COITINHO, 2016, p. 59), isto é, a boa-fé deve ser utilizada como parâmetro de análise de todos os atos que foram e vão ser realizados no processo, tratando-se, então, de um modo de proceder e operar no direito e na vida em sociedade.

A seu turno, Fred Didier Jr (2010, p. 81) considera a boa-fé subjetiva como fato, visto que ela é elemento do suporte fático de certos fatos jurídicos, de outro lado, a boa-fé objetiva se trata de uma norma de conduta, pois “impõe e coíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas”. Ou seja, a boa-fé subjetiva está presente em alguns fatos jurídicos, pois acompanha o sujeito que os realiza, já a boa-fé objetiva é uma norma que determina condutas e situações jurídicas em âmbito geral, para todos.

Independentemente da relação jurídica, na verdade em todas elas, espera-se que as partes ajam a fim de não frustrar a razoável confiança que deve existir entre os demais envolvidos, sendo isso que se prega a partir da boa-fé (LEONARDO, 2013, p. 59).

Portanto, o processo civil é um instrumento para assegurar direitos e garantias mediante a resolução do conflito, eis que as partes devem participar dele a ponto de conseguirem influir na decisão do magistrado, todavia, ainda assim, não podem, com esse fim, invadir padrões de confiança, ética e lealdade que permeiam as relações sociais.

O que se espera, sobretudo, é que o processo não se torne um mero procedimento no qual seja assegurado o direito de resposta como o cumprimento de uma formalidade, mas que as partes atuem de forma proba, leal e ativa na resolução do conflito, contudo, para tanto, devem participar dele. Nesta esteira, nos casos que envolvem solicitações por serviços e prestações de saúde, a participação das partes se dá no diálogo entre aquilo que pode ser feito para concretizar o seu direito à saúde, inclusive considerando as possibilidades sociais, econômicas e políticas do poder público envolvido e as necessidades daquele que solicita a prestação, sendo curial saber diferenciar o que é urgente, daquilo que pode esperar, pois nem tudo pode e é de extrema urgência, consoante se afirma nos pleitos com antecipação de tutela.

3.3. Os Modelos Processuais

Tendo em vista que o íter processual deve ser célere e razoável, ancorado nos princípios e normas que o regem, a forma de condução do processo, segundo a atuação das partes, faz toda a diferença na decisão judicial e em sua concretização.

Cumprе advertir, que o íter processual, enquanto procedimento processual civil se trata de “um sistema de atos interligados em uma relação de dependência sucessiva, e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder – no caso da jurisdição, a sentença de mérito ou entrega do bem ao exequente” (DINAMARCO, 2009, p. 155). Isto é, o procedimento processual consiste na prática de atos ordenados e sequenciais, tanto das partes como do juiz, a fim de se chegar à deliberação deste, denominada de sentença, a qual resolve a demanda (em primeira instância).

Com isso, “um modelo processual nada mais representa do que um conjunto de normas, órgãos e modo de ser de seus institutos, visualizado e destacado em um determinado tempo e espaço” (AUILO, 2014, p. 28). Isto é, o modelo processual simboliza as normas, institutos e órgãos que regem o processo em determinada época, segundo o seu código normativo.

O modelo adversarial é conhecido por consistir numa disputa ou competição judicial, no qual o juiz tem uma postura passiva, cuja principal função é decidir, sendo as partes responsáveis pela atividade processual. Ao passo que, no modelo inquisitorial, o juiz detém o protagonismo acerca da atividade processual (DIDIER, 2011, p. 208).

Por essa razão, prevalece o princípio dispositivo no modelo adversarial e o inquisitivo no modelo inquisitorial, eis que a acepção princípio utilizada aqui se refere ao fundamento, a orientação prevalecente. Dessa maneira, as previsões legislativas no tocante à condução e instrução do processo se relacionam ao princípio dispositivo quando elencadas para as partes, enquanto, caso sejam elencadas ao juiz, terão conotação inquisitiva (DIDIER, 2011, p. 208-209).

O princípio dispositivo representa limitações relacionadas à atividade do magistrado em razão da disponibilidade do direito, referindo-se, então, aos atos processuais das partes diretamente ligados ao direito disponível. De modo que, as outras restrições relativas ao início do processo e sua instrução não se coadunam com a relação material e sequer resultam do princípio dispositivo (BEDAQUE, 2011, p. 101).

Posto isso, cabe salientar que a doutrina atualmente classifica três tipos de modelos processuais: o adversarial, o inquisitivo e o cooperativo. O adversarial está mais ligado à atuação das partes e a visão do processo como uma batalha, já no inquisitivo, a figura central responsável é o magistrado.

Além disso,

O modelo adversarial é formado por uma relação jurídico-processual de maior igualdade entre os sujeitos. Ou seja, partes e órgão jurisdicional encontram-se praticamente no mesmo plano, sem haver hierarquia entre eles – isso não significa dizer que ambos têm o mesmo papel ou destaque na relação jurídico-processual, nem que as partes estejam sujeitas à vontade estatal. Apenas entende-se a quase ausência de hierarquia quanto à condução do feito, pois ao final o Estado-juiz é sempre o último a dizer o direito (AUILO, 2014, p. 30).

Dessa maneira, o modelo adversarial também é conhecido como isonômico por essa tentativa de igualar as partes da relação processual, porque enquanto ao juiz cabe o império da última palavra no dizer o direito, os litigantes ocupam uma posição central no tocante à atividade processual.

Via reflexa, nesse modelo, os contendores possuem um papel ativo, já o que se almeja é que o juiz detenha uma postura neutra e passiva perante o conflito que lhe é levado, pois se pensa que a passividade do magistrado assegurará sua imparcialidade, a qual estaria

comprometida caso o juiz atue ativamente na instrução mediante iniciativas para descobrir a verdade dos fatos, o que, na verdade, é atribuição das partes (BARREIROS, 2013, p. 89-84).

Nesta esteira, a passividade do juiz culmina nele depender das partes para colher os dados necessários para sua decisão, em especial quanto a aspectos fáticos. Consequentemente, a instauração do processo, a delimitação do seu objeto, a escolha e produção de provas dos fatos alegados e, inclusive a delimitação do material jurídico que fundamentará a decisão são de atribuição das partes, ou seja, a atividade judicial simboliza a recepção de informações a serem utilizadas para produção de sentenças. Acrescente-se que não é permitido ao juiz interferir na disputa dialética processual com o intuito de minorar ou combater desigualdades, de modo que se critica a passividade judicial afirmando que ela conduz a parcialidade, pois garante a vitória do mais forte sobre o mais fraco, assevera Lorena Barreiros (2013, p. 84-85).

A atividade judicial, em suma, baseia-se em coordenar as formalidades processuais sem intervir na decisão acerca do objeto do processo, sequer na sua formação, captação das provas ou busca pela verdade, além do que deve apresentar sua decisão (AUILO, 2014, p. 30).

O juiz que não participa, que não intervém, que apenas analisa o cumprimento de formalidades e decide, não é um juiz neutro e imparcial, mas sim um juiz que consente, consente com as desigualdades processuais, com o alvedrio das partes, um juiz que não possui autoridade e que não atua em favor da justiça.

Por conseguinte,

[...] o modelo adversarial, firmado em premissas liberais de predomínio da livre-iniciativa no processo, é incapaz, por si, de reduzir ou eliminar as discrepâncias substanciais existentes entre as partes. Essa desigualdade pode ser vislumbrada não apenas sob o ponto de vista econômico-social. De igual modo, avulta quando se contrapõem, em uma demanda, um litigante habitual e um ocasional, quando as diferenças se sobressaem, principalmente, nas capacidades defensivas dos contendores. Considerando que a maioria das demandas atuais tem em um de seus polos um litigante habitual e, outro, um eventual, pode-se afirmar que, por sua postura ideologicamente alheia ao problema de desequilíbrio entre as partes – bastando-se que se garanta uma isonomia formal –, o modelo adversarial apenas não promove uma redução dessa desigualdade como, ainda, a reforça (BARREIROS, 2013, p. 73-74).

Porquanto, o modelo adversarial, ao dar mais atenção às partes, coloca o juiz como uma figura passiva e retira do processo sua finalidade de justiça social, fazendo com que ele funcione como um instrumento de garantia da lei do mais do mais forte, o que tinha êxito em épocas liberais, porém, diante de um Estado Constitucional, não é possível conceber o juiz

como mero expectador e garantidor de desigualdades e as partes como comandantes do processo.

Em contrapartida, no modelo inquisitivo, tem-se que o magistrado é a figura central, a atividade probatória passa a ser submetida ao domínio judicial a fim de que se profira uma decisão justa, com isso, o juiz passa a ser mais atuante no processo. Destarte, o modelo inquisitivo se caracteriza por certo ativismo judicial, que vai variar segundo cada plano, e pela “verticalização da relação jurídica processual”, em que o magistrado passa a ser visto como um órgão de poder, ocupando uma posição superior (BARREIROS, 2013, p. 134).

Segundo Fredie Didier Jr. (2010, p. 43) a acepção modelo adversarial se sobressai a de princípio dispositivo e a modelo inquisitorial ao de princípio inquisitivo, pois o termo princípio nesse caso não se refere a espécie normativa, mas sim ao fundamento, orientação que prepondera. Dessa forma, se o legislador atribuiu às partes as principais tarefas relativas à condução e instrução do processo, estar-se-á diante do princípio dispositivo. Por outro lado, quanto mais forem atribuídos poderes ao juiz, o processo estará mais próximo do princípio inquisitivo, de modo que a dicotomia princípio inquisitivo-dispositivo se liga à atribuição de poderes ao juiz por parte do legislador.

Ainda assim, perante um contexto de Estado Social, o juiz não pode ser concebido como legislador, apesar de realizar uma atividade criativa, ele se sujeita aos limites previstos na Constituição e pelos direitos fundamentais. Em seu processo de criação, o juiz apenas atua após ser provocado, sempre de maneira imparcial e em respeito ao contraditório (BARREIROS, 2013, p. 144).

Dessa forma, o juiz, no modelo processual inquisitivo, foi determinado como o protagonista, dado que ele detém uma maior gama de poderes relacionados à condução e instrução processual, os quais servem para ele decidir de forma justa, após ser provocado, ao passo que ele vai atuar ativamente para solucionar o processo, no sentido de zelar e acompanhar o procedimento probatório, analisando fatos em busca da verdade, e, motivo pelo qual ele ocupa uma posição de destaque nesse modelo.

Também denominado de modelo hierárquico, o modelo inquisitivo se caracteriza por ser assimétrico, uma vez que o magistrado ocupa um posto de relevo no arco procedimental, o que implica numa desigualdade entre ele e as partes (AUILO, 2014, p. 33).

No que tange às partes, sua importância foi minorada no modelo inquisitivo, tornando-se instrumentos sujeitos ao Estado com a finalidade de descobrir a verdade e aplicar a lei de forma justa ao caso concreto (AUILO, 2014, p. 37).

Ademais, Lorena Barreiros (2013, p. 145) observa que no Estado do bem-estar social, devido ao surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais), houve um crescente aumento da atividade judicial no sentido criativo, afastando-se da visão tradicional do juiz como boca da lei, bem como seu não intervencionismo. Destarte, passaram a ser mais fluidos os limites que separam o legislativo e o judiciário.

Nota-se que o modelo inquisitivo encontrou no Estado Social e no Estado do bem-estar social guarida para justificar uma postura criativa e superior do juiz a fim de garantir e concretizar o direito envolvido na demanda, e as partes, a seu turno, passaram a ser vistas como meras ferramentas para se atingir a verdade e assegurar a justiça.

Cumprе esclarecer que: “Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais” (DIDIER JR, 2010, p. 44), ou seja, no processo civil brasileiro inclusive, verifica-se a combinação dos dois sistemas de acordo com o momento ou o procedimento processual que se realiza.

Com efeito, é preciso que haja um modelo e uma forma de conceber o processo não com partes em condições de desigualdade, não com um magistrado que só colhe a prova e julga, o processo deve ser dialético, dinâmico, equânime, justamente para atingir a verdade, fazer a justiça e alcançar a pacificação social.

Nesta esteira, o modelo cooperativo é caracterizado:

[...] pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida (DIDIER JR, 2011, p. 211-212).

Isto posto, o modelo cooperativo é aquele no qual há o diálogo entre as partes a partir do princípio do contraditório, de modo que isso influi na qualidade e efetividade da decisão judicial.

Além disso, o princípio inquisitivo passa a ser interpretado como o princípio da autoridade no processo, visto que “a relação entre juiz e partes nada mais representa do que uma projeção do microcosmo do processo da própria sujeição dos cidadãos perante a autoridade do Estado”, razão pela qual não é possível consentir com o exercício da jurisdição

a partir de um juiz totalmente passivo, espectador ou árbitro apenas controlando as regras do jogo (AUILO, 2014, p. 40-41).

Justamente por isso, a colaboração entre as partes e o juiz faz com que o último seja colocado no mesmo nível das partes para a realização do diálogo processual, a ponto do processo fluir de forma linear até a decisão, sendo que o diálogo simboliza busca da verdade dos fatos (AUILO, 2014, p. 42).

Interessante visualizar o processo como um microcosmo das relações e da organização social entre Estado e sociedade, de forma que é necessária a manutenção de uma boa relação, pois não é certo, sequer possível, apenas repreender, reprimir, mas sim dialogar em busca de encontrar caminhos e alternativas, como se vê a partir da participação popular nas audiências públicas nos órgãos legislativos, pela possibilidade da propositura de projetos de lei por parte da população, ou mesmo em casos como o orçamento participativo.

O objetivo é buscar uma condução processual sem protagonismo ou centralidade por parte dos litigantes ou do magistrado (DIDIER JR., 2011, p. 212). De tal maneira que o modelo cooperativo simboliza uma nova forma de dividir as tarefas entre as partes e o juiz, porque o processo passa a ser compreendido como uma comunidade de trabalho, na qual o juiz é atuante em conduzir o processo, bem como as partes são igualmente ativas, cooperando para se atingir o objetivo de solucionar a demanda de forma justa e em tempo razoável. Aliás, em nenhum momento se ignora o fato do processo envolver interesses contrapostos, no entanto, o que se busca é “estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo” (BARREIROS, 2013, p. 179).

Em suma, “visa dar a feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil” (MITIDIERO, 2019, p. 50-51).

Some-se que: “O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia” (DIDIER JR, 2010, p. 48).

Por conseguinte, um processo cooperativo é aquele em que as partes, entendendo possuir interesses contrários, aceitam participar a fim de interferir na decisão judicial de forma leal e proba. Para tanto, elas devem estar empenhadas em provar o que alegam, suas necessidades e possibilidades, contudo sem desrespeitar as regras processuais e seu o dever com a verdade. Além do que, o processo cooperativo envolve o equilíbrio daquilo que as partes podem fazer em favor de demanda contribuindo para uma decisão mais justa. Isto é, quanto maior o envolvimento e a participação dos sujeitos processuais, e a sua boa-fé, melhor se desenvolverá o íter processual e, conseqüentemente, mais qualitativa será a decisão.

Além disso, a atuação dos sujeitos processuais se dá de maneira isonômica, sem protagonismos, o que democratiza o processo em si, pois o torna mais participativo e igual, e se adéqua a um Estado Democrático de Direito.

Isso porque, o processo cooperativo “visa garantir a igualdade material e formal das partes em juízo, de forma democrática e legítima”, de sorte que a igualdade formal se relaciona às garantias constitucionais, contraditório e ampla-defesa, direito de produzir provas, de outro lado, a igualdade material serve como instrumento para equilibrar as partes no mesmo pleito, com a finalidade de que o julgamento seja justo e efetivo (DA SILVEIRA, 2017, p. 41). As partes devem possuir os mesmos direitos e deveres, segundo a lei, e respeitadas as suas desigualdades, por isso é importante que todos possam falar, produzir provas e discutir a demanda, democraticamente, contribuindo para a decisão.

No modelo cooperativo, o juiz está no centro do diálogo judicial, como um dos sujeitos do processo, ao qual se vislumbra a concretização democrática de direitos fundamentais, enquanto as partes veem no processo uma forma de exercer seu direito fundamental de cidadania, uma vez que possuem a chance de influenciar o convencimento judicial, e seu direito adquirirá cada vez mais concretude quanto maior for a possibilidade de influenciar paritariamente no exercício da atividade judicial. Em consequência, “o modelo cooperativo funciona, quando corretamente aplicado, como um fator de legitimação do exercício da função jurisdicional, uma das facetas do poder estatal, haja vista que traduz, no processo, o ideal de Estado Democrático de Direito” (BARREIROS, 2013, p. 184).

De outro lado, a decisão é privativa e exclusiva do juiz, não havendo paridade em tal momento, porque as partes não decidem com o juiz, por isso, a decisão judicial é o resultado “da atividade processual em cooperação”, consequência das discussões realizadas no íter procedimental, visto que, apesar da atividade cognitiva ser compartilhada, a decisão é exclusiva do magistrado, pois, neste momento, evidencia-se a assimetria entre as partes e o órgão jurisdicional, posto que “a decisão é um ato de poder”. Inclusive, no modelo inquisitorial essa assimetria¹² também acontece na condução do processo (DIDIER JR, 2010, p. 48-49).

O processo tem de ser democrático, isonômico, a fim de que não haja protagonismos e desigualdades entre as partes e estas possam exercer suas atividades e deveres para com ele, com o intuito de que a decisão final lhe seja favorável ou possível de ser cumprida. Nesse

¹² “A assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é exclusiva: a função de decidir, conteúdo do poder jurisdicional” (DIDIER JR, 2010, p. 49).

sentido, nas demandas por saúde, a participação dos representantes do poder público e daquele que solicita a prestação de saúde se refere a demonstrar as possibilidades e necessidades, contextualizando o caso concreto, e indicando o que pode ser feito, de modo que a decisão judicial vai se coadunar com o que foi colacionado ao feito.

A colaboração intersubjetiva atua, portanto, em duas vertentes distintas – por essa razão defende-se sua aplicação como modelo-padrão ideal para o alcance dos escopos da jurisdição. A primeira no sentido material, na qual se busca uma solução justa para o litígio. Isto é, trata-se de um conjunto de imposições legais aos sujeitos do processo para que colaborem de uma determinada forma para a descoberta da verdade. Por seu turno, a colaboração formal objetiva o desenvolvimento de um processo mais rápido e efetivo, buscando de uma forma ou de outra suprimir o maior número de obstáculos que os sujeitos podem encontrar ao longo do iter procedimental na obtenção de informações ou documentos importantes para o adequado exercício da jurisdição (AUILO, 2014, p. 44).

Então, cooperação intersubjetiva material consiste em uma atuação ativa das partes em favor da justa solução do conflito, o que não significa defender a parte oposta ou concordar com ela, sua atuação deve se dar nos moldes do previsto legalmente, a fim de se atingir a verdade ou a efetividade na concretização de um direito. Já sob o aspecto formal, o que se almeja é um processo de duração razoável e cujas consequências que decorrem da decisão possam se efetivar, ainda que existam obstáculos.

Com efeito, o modelo cooperativo, com base na democracia participativa, assegura a participação das partes em assuntos que antes não eram submetidos ao contraditório, ou eram tidos como questões de âmbito quase que exclusivo do julgador, associados a seu conhecimento de ofício, a exemplo da decisão-surpresa, independentemente de se tratarem de matérias de fato ou de direito, eis que antes da apreciação judicial, o debate deve ser como forma de exercício democrático de poder (BARREIROS, 2013, p. 281).

Nesta esteira, o Novo Código de Processo Civil proibiu a prática das decisões-surpresa no ordenamento pátrio, indicando que as partes devem ter a oportunidade de se manifestar antes que o magistrado decida, ainda que se trate de matérias que ele pode conhecer de ofício, ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro possui um exemplo (dentre outros) expresso da aplicabilidade do modelo cooperativo nos processos.

Não obstante: “A estruturação de um processo leal e cooperativo parece ser uma nova etapa na concretização do devido processo legal” (DIDIER JR, 2010, p. 79).

Ademais,

Não resta a menor dúvida, pois, que o processo cooperativo ideal é aquele no qual as partes atuem com absoluta lealdade e boa-fé objetiva, enquanto que o órgão julgador oficia com técnica e diálogo para a obtenção de uma sentença justa, na medida do possível, em razão da limitação temporal e de recursos dispendidos ao longo do curso processual (DA SILVEIRA, 2017, p. 86).

Em havendo cooperação processual, isonomia, debate processual e produção de provas, haverá a democratização do processo, para que, em tempo razoável, o juiz decida de maneira justa e, sua decisão, razoável, possa ser concretizada na prática, sem ensejar injustiças e/ou desigualdades.

Portanto, a maneira como se concebe e se realiza o processo interfere, e muito, no iter procedimental, na qualidade e na efetividade da decisão judicial, inclusive, porque estar-se-á caracterizando e atribuindo responsabilidades aos sujeitos processuais, eis que cada um detém um interesse na demanda. A cooperação não desnatura o processo, visto que não retira das partes o fato de que seus interesses são opostos, mas sim, almeja que elas possam participar igualitariamente dele, justamente para defender seu interesse, a ponto da solução encontrada (a decisão), sendo-lhes favorável, ou não, ser compreendida por ambas como justa (isto é, correta e adequada), e seja efetivamente cumprida na medida da qualidade do debate realizado entre elas, ou seja, tendo em vista tudo que foi abordado e manifestado no feito. Isto é, um processo cooperativo é democrático, leal e devido.

3.4. Referencial Doutrinário do Princípio da Cooperação

Pois bem, diante de um contexto neoconstitucionalista e neoprocessualista, em que se evidencia a importância dos princípios para o ordenamento jurídico, porque eles o alicerçam e fundamentam, além de auxiliarem a sopesar as decisões que envolvem direitos, enfim, considerando todas as mudanças que o processo civil passou e a importância de um processo com uma duração razoável, justo e eficaz, em especial quanto ao diálogo entre as partes, o artigo 6º do Novo Código de Processo Civil positivou o Princípio da Cooperação, estabelecendo que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, online).

A respeito da utilização da cooperação como um princípio, para Fred Didier Jr (2010, p. 53-54), existem “sobreprincípios”, os quais são normas de maior amplitude, e os subprincípios, os quais são normas menos amplas que se relacionam a princípios de maior amplitude. Desse modo, o princípio da cooperação pode ser entendido como um subprincípio do princípio do devido processo legal (sobreprincípio), vez que o processo a fim de ser

devido, isto é, atingir o estado de coisas que se almeja alcançar, precisa ser cooperativo ou leal. Bem assim, o princípio da cooperação pode ser vislumbrado como um subprincípio do sobreprincípio da boa-fé processual, uma vez que para se alcançá-la, é preciso passar pela concretização de um processo cooperativo.

Isso porque:

A expansividade dos princípios constitucionais, que já se manifesta no fato de se projetarem sobre outras normas-princípio (menos amplas) e sobre inúmeras normas-regra do texto constitucional, auxiliando o intérprete-aplicador a compor-lhes o sentido, estimula o legislador infraconstitucional a traçar novos segmentos normativos que lhes agregam conteúdo (RAMOS, 2015, p. 189).

Destarte, o Princípio da Cooperação decorre de princípios como o devido processo legal, a ampla-defesa e o contraditório, de sorte que a sua aplicação está vinculada a estes princípios norteadores, e acumulando conteúdo a ponto de interferir na dinâmica processual.

Com efeito, a denominação do princípio da cooperação é doutrinária, tal qual a realizada por Fred Didier Jr acima, porém, é importante e necessário observar que os princípios se complementam e se completam, razão pela qual a cooperação como um princípio vem de uma construção acerca dos valores e princípios mais basilares do processo, como o contraditório e a boa-fé, agregando-lhes a finalidade de que a decisão seja o mais justa possível.

Eis que, a cooperação ou colaboração “não pode ser confundida com um slogan arrolado pelo legislador a título de norma fundamental do novo processo civil – ela efetivamente informa e enfeixa todo o processo objetivando a prestação da tutela dos direitos” (MITIDIEIRO, 2019, p. 110).

Desse modo, a cooperação visa uma proatividade das partes para a obtenção de uma decisão, preferencialmente, de mérito, justa e efetiva. Outrossim, essa proatividade se relaciona a duração razoável do processo, a fim de que ele não se eternize no tempo, inclusive em razão de recursos. Não obstante, trata-se de um princípio que molda todo o procedimento processual e a maneira como o processo funciona, com o objetivo de garantir a justa prestação dos direitos.

Nesta esteira,

O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio

da cooperação busca promover. Essa eficácia normativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado (DIDIER JR., 2011, p. 213).

Isto é, o princípio da cooperação está adstrito aos deveres processuais e a lealdade das partes para com o processo, não se trata de invenções, mas sim das partes realizarem aquilo que está disposto legalmente como possível de se fazer a seu favor no processo, o que também se aplica ao magistrado, no sentido de utilizar os meios que estiverem ao seu alcance para melhor decidir a lide. Desse modo, todos têm deveres processuais que precisam ser cumpridos, pois refletirão na decisão judicial e em sua efetividade.

Destarte, vale esclarecer que a postura cooperativa não implica nos sujeitos processuais serem assentes ou produzirem prova em favor da outra parte, contrariando as ideias de lide processual.

A cooperação, no tocante ao papel do juiz, revela que a condução processual não deve ser passiva ou autoritária por parte dele. E sim, que o magistrado tem de se comportar, interagindo com as atividades significativas das partes, com o intuito de atingir o propósito do processo mais facilmente, rapidamente e no máximo possível (GREGER, 2012, p. 126).

A seu turno, para as partes, o princípio da cooperação não simboliza elas terem de oferecer o processo em companheirismo, assim, quando compreendida corretamente, “a exigência da cooperação ao invés de determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dela participem” (GREGER, 2012, p. 126).

Então, o princípio da cooperação traz deveres concretos em âmbito processual para as partes, uma vez que enuncia para o juiz uma atuação em interação com elas e as atividades processuais. Enquanto para as partes, significa que elas devem participar entre si e com o juiz durante o íter procedimental.

Logo, a “cooperação intersubjetiva em direito processual significa trabalho em comum, em conjunto, de magistrados, mandatários judiciais e partes, visando a obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio” (GOUVEIA, 2009, p. 35).

Ademais, como princípio, a cooperação subjetiva implica em orientar a atividade do intérprete, do aplicador do direito, e dos sujeitos processuais, visto que haverá uma

intervenção na maneira de interpretar dispositivos legais da legislação processual civil em harmonia também com os princípios, até mesmo o da cooperação (GOUVEIA, 2009, p. 35).

Com isso, o ordenamento processual, tendo em vista as regras já estabelecidas, as quais podem ser interpretadas e aplicadas buscando e em virtude da cooperação das partes, seja na promoção do diálogo entre elas, na realização do contraditório, nas tentativas de acordo, no saneamento do processo em conjunto fixando os pontos controvertidos, a até mesmo para um melhor cumprimento de sentença, isto é, em todos esses momentos estar-se-á aplicando a cooperação intersubjetiva processual. Ademais, a cooperação processual exige das partes e do magistrado dedicação ao feito, pensando nas melhores maneiras e possibilidades, dentre as aventadas, que possam satisfazer a todos, sem onerar excessivamente uma delas.

Isso porque,

Interessa-nos, pois, um sistema processual que, partindo da ideia de que a decisão não é fornecida pronta e acabada pelo ordenamento jurídico para todo e qualquer caso concreto que se apresente (o que diminuiria a possibilidade de as partes terem qualquer influência na mesma), propicie a construção da decisão de forma participada, pelo juiz e pelas partes, dando efetiva possibilidade para que estas participem da construção daquela, tendo oportunidade de conhecerem e intervirem na matéria de fato e de direito, o que poderá ser decisivo para o ato de julgar. Afasta-se assim a ideia ultrapassada entre a incomunicabilidade entre matéria de fato e de direito (GOUVEIA, 2009, p. 50).

O que se espera é um processo que contenha uma carga participativa grande, pois, a partir dele, a decisão não só será mais efetiva no tocante a sua exequibilidade, como dará muito mais segurança jurídica às partes, amoldar-se-á mais ao caso concreto, dado que será bem discutida em termos qualitativos, em um processo cuja duração não se prolongará no tempo em razão dos interesses discutidos.

Assim, nos casos ancorados no direito à saúde, pleiteia-se o tratamento ou serviço almejado, de acordo com as necessidades do paciente, mas, nem sempre, ele está disponível ou apenas aquele tipo de serviço médico é o adequado, donde entram as possibilidades do serviço público, dado que o direito à saúde como um direito social fundamental implica em igualdade de acesso e garantias entre as prestações de serviço realizadas, especialmente quando se tratar de saúde pública. Uma vez que, primeiro se deve optar por aquilo que é oferecido ou fornecido em âmbito público, e depois, não sendo possível sua concessão, por motivos subjetivos relativos à patologia do solicitante e/ou problemas com políticas públicas, é que se deve buscar o custeio de outro tratamento pelo ente público.

Saliente-se que Carlos Alberto de Oliveira (1998, p. 11) constata que:

No tocante ao princípio da colaboração ou da cooperação, não se pode deixar de perceber que a extensão dos poderes do juiz vincula-se estreitamente à natureza e à função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos.

Ou seja, o processo enquanto forma de assegurar a justiça social e a pacificação social não deve ser centralizado em certos sujeitos processuais, não deve ser desigual, e sim, garantir, sobretudo, o contraditório, a ampla-defesa, a igualdade, uma duração razoável, e a cooperação entre seus sujeitos, porque isso se relaciona à importância e aos poderes atribuídos ao magistrado, e se hoje o Brasil vive uma cultura de ações judiciais em massa, significa que o processo vem sendo o instrumento de garantia do direito que se pleiteia, porque de outra forma isso não se efetiva, ou mesmo em âmbito administrativo, como deveria ser, não existem soluções ou saídas.

E ainda:

A cooperação, e o diálogo judicial nela implícito, torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir se transformem o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso concreto (OLIVEIRA, 2010, p. 226).

Porquanto, o processo civil é um instrumento de averiguação do direito e de resolução de problemas envolvendo direitos, as denominadas lides, no entanto, não é porque o juiz é a figura imparcial indicada a sanar esse conflito segundo o direito, que ele está autorizado a realizar o processo da maneira como pensa e/ou deseja, ou moldá-lo para tanto, pois, a cooperação carrega consigo a necessidade do diálogo, de um processo democrático em que as partes possam atuar a ponto de interferir na decisão. Frise-se, que a discussão de um direito, envolvendo, inclusive, especialistas no assunto (juízes e advogados), não pode corroborar com um tecnicismo mal explicado.

Além disso, o autor considera que a cooperação demanda um juiz ativo que está no centro da controvérsia, culmina em reestabelecer o caráter isonômico do processo no sentido de se buscar um equilíbrio, o que ocorre devido ao enrijecimento dos poderes das partes, as quais atuam de forma mais ativa e leal no processo em favor da formação da decisão, de acordo com uma visão não autoritária do juiz e mais atual sobre a divisão de tarefas entre o órgão judicial e as partes (OLIVEIRA, 2010, p. 191-192).

Cumpra observar que, a partir do princípio da cooperação, são elencados deveres às partes e ao magistrado. Segundo Fred Didier Jr. (2011, p. 214), são deveres das partes: o dever de esclarecimento, uma vez que os litigantes devem redigir suas peças com clareza e coerência, sob pena de inépcia; dever de lealdade, pois as partes não podem litigar de má-fé, não obstante devem agir consoante a boa-fé processual; e o dever de proteção, de sorte que não podem causar danos à parte adversária.

Outrossim, quanto ao dever das partes de esclarecimento, este se refere a possibilidade delas e de terceiros participarem de forma ativa da instrução probatória, esclarecendo e informando acerca dos fatos relevantes para o processo, ele resulta do direito à prova, bem como se vincula ao direito de ação e de defesa (AUILO, 2014, p. 64).

As partes, a guisa de conclusão, têm deveres processuais para cumprir, quais sejam: o dever de esclarecimento, isto é, na instrução probatória apresentar e justificar fatos e questões importantes para o deslinde da demanda; dever de lealdade, diretamente ligado a boa-fé processual e a proibição de agir com má-fé; e, o dever de proteção no sentido de ser proibido causar dano à parte adversária.

Considerando a imposição de deveres por parte do Princípio da Cooperação, Mariana França Gouveia (2007, p. 55) assevera que:

Na sociedade democrática em que vivemos não se pode admitir uma justiça autoritária, que subjuga o interesse privado a uma ideia pública de verdade; mas também não pode admitir-se uma justiça autista, que abstrai em absoluto da realidade, do mundo, da sociedade em que se integra para julgar cada acção como se de uma ilha se tratasse. Na sociedade da informação, na sociedade da comunicação a função judicial do Estado é uma entre várias e não pode desligar-se da justiça que aplica, da justiça que transmite, da justiça que comunica.

Por isso que a cooperação busca uma decisão justa e efetiva, sem excessivamente considerar o interesse privado ou diminuí-lo pela ideia geral e pública de verdade, e, sequer se almeja uma justiça autista, que se olvida da realidade interna e externa do processo, ou se mostra distante de ambas. O judiciário é uma das funções do Estado e não pode ser tratado como superior aos demais, tal qual não pode deixar de carregar e aplicar os ditames constitucionais, em harmonia e de maneira independente das demais funções do Estado.

Assim, o magistrado, seguindo o princípio da cooperação, possui como deveres processuais, o dever de lealdade no que tange em agir com boa-fé no processo; o dever de esclarecimento, no sentido de sanar as suas dúvidas mediante indagações direcionadas às partes sob suas alegações, posições e pedidos, evitando-se decisões equivocadas ou

apressadas, e também, tem o dever de esclarecer seus posicionamentos e decisões para as partes, o que implica no dever de motivar, até mesmo porque as partes possuem os embargos de declaração contra as decisões obscuras, incompletas ou que contenham erros materiais; o dever de consulta, visto que: “Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir”, seja matéria de fato e/ou de direito; e o dever de prevenção, o qual se refere ao apontamento realizado pelo magistrado às partes sobre deficiências em suas manifestações que possam ser sanadas (DIDIER JR., 2011, p. 214-216).

O dever de esclarecimento do juiz funciona como ferramenta que proporciona a busca e a informação do órgão jurisdicional a respeito dos fatos e do direito adequado que embasarão sua decisão (AUILO, 2014, p. 71). Acrescente-se que o dever de esclarecimento não indica apenas a possibilidade do órgão jurisdicional solicitar esclarecimentos a respeito das manifestações das partes, como também ele prestar esclarecimento de seus pronunciamentos para as partes, e que pode ser entendido a partir do dever de motivação da suas decisões que o magistrado possui (DIDIER JR, 2010, p. 16).

Já o dever de consulta simboliza a garantia de que o princípio do contraditório não se esgote até o ponto de ser uma norma sem aplicação (AUILO, 2014, p. 73).

Ou seja, pelo dever de esclarecimento se verifica a formação e o exercício do diálogo entre as partes e o juiz, de sorte que eles podem justificar e solucionar suas dúvidas para produzir decisões adequadas, de maneira recíproca, estando o esclarecimento do magistrado estritamente relacionado ao seu dever de motivação. Por sua vez, o dever de consulta evita decisões-surpresa, ao sempre levar as partes a se manifestarem antes de ser proferida uma decisão, ainda que se trate de matérias que podem ser conhecidas de ofício.

No exercício do dever de seu dever de esclarecimento, o magistrado pode solicitar às partes informações que constem em suas manifestações, a respeito da patologia, do não oferecimento ou da não prestação de saúde solicitada. Bem assim, ao exercer o seu dever de consulta o magistrado pode levantar possibilidades acerca da lide, antes de decidi-la, oportunizando às partes se manifestarem como quanto ao tempo médio para o oferecimento do serviço, se é possível fornecer a prestação ou uma semelhante, pois, dessa forma, estar-se-á democratizando o processo

O dever de prevenção obriga o juiz a indicar para as partes defeitos em suas manifestações, os quais podem ser sanados, contanto seu exercício deve ser de forma cautelosa, a fim de não comprometer sua imparcialidade e a isonomia entre os reais sujeitos

parciais do feito. Por isso, a prevenção deve ser utilizada “como forma de aperfeiçoamento e fortalecimento da prestação da tutela jurisdicional” (AUILO, 2014, p. 76-77).

Com efeito, o dever de prevenção se manifesta em quatro áreas: nas lacunas expositivas quanto a fatos relevantes, da explicitação dos pedidos que não são muito claros, na sugestão de determinada atuação pela parte, e, na necessidade de compatibilizar o pedido ao caso concreto, de acordo com Fredie Didier Jr (2010, p. 19).

A seu turno, o dever de auxílio consiste em “amparar as partes na superação de eventuais dificuldades que as impeçam de exercer seus direitos ou faculdades e até menos no cumprimento de ônus ou deveres processuais” (AUILO, 2014, p. 77).

Pois bem, o dever de prevenção se trata do magistrado demonstrar eventuais problemas nas manifestações das partes e possibilitar que elas sejam corrigidas, sempre mantendo a isonomia entre os litigantes e a sua imparcialidade. A seu turno, o dever de auxílio se refere à assistência que o juiz presta às partes devido a obstáculos que as impeçam ou prejudiquem de exercer seus direitos ou deveres processuais.

No que se refere ao objeto da temática em estudo, o dever de prevenção do magistrado se verifica quando da correção de vícios e para sanar erros ou contrariedades, a partir da inversão do ônus da prova. E, o dever de auxílio se refere à gestão processual do feito pelo magistrado, a qual precisa ser explicitada às partes.

Conclui-se, ante o exposto, que os deveres processuais para as partes e para o juiz possibilitam um processo mais dinâmico, justo e isonômico, sem que se sobressaiam interesses ou vontades.

É preciso advertir, acerca do dever de auxílio:

O dever de auxílio, por conseguinte, consiste no dever ajudar as partes, sempre que possível, na superação de empecilhos sérios à obtenção de documentos ou informações que condicionem o eficaz exercício de um direito ou de uma faculdade, ou o cumprimento de um dever ou de um ônus processual. Coerentemente, tais obstáculos precisam ser justificadamente apontados pela parte interessada na sua remoção, sob pena de restar configurado o abuso processual da parte. Afinal, o magistrado no exercício deste dever não atua em substituição destas, mas em auxílio das mesmas - consoante pode ser denotado pela própria nomenclatura escolhida para sua designação. Não se pode admitir, portanto, o mau uso do processo sob risco da prerrogativa do pedido de auxílio se tornar um subterfúgio para a transferência de um ônus processual que caberia às partes ao magistrado (GALINDO, 2014, p. 51).

Portanto, o auxílio, a ajuda que o juiz presta às partes não pode significar abuso, ou seja, a tentativa da parte de retirar informações ou suporte processual excessivo por parte do

juiz, apenas, pois ele a ajudou indicando problemas a serem resolvidos. Justamente nesse sentido, é possível verificar que o dever de prevenção funciona como um parâmetro limítrofe ao dever de auxílio, uma vez que o juiz também tem que garantir a isonomia entre as partes e o tempo todo avaliar posturas que possam evidenciar desigualdades.

Porquanto, os deveres ínsitos e indicativos da cooperação se complementam assegurando a garantia do bom processo, no que tange ao íter processual, aos princípios processuais, com destaque para o contraditório e a boa-fé, a lealdade processual, e o cumprimento das normas processuais.

Nesta esteira, verifica-se a presença dos deveres ínsitos à cooperação, especialmente no tocante aos deveres do juiz em variados dispositivos do Código de Processo Civil, como: o dever de esclarecimento se manifesta nos artigos 139, VIII¹³, 321¹⁴, e, 357, §3º¹⁵; o dever de consulta, nos artigos 9º¹⁶, 10¹⁷, 191¹⁸, 927, §1º¹⁹; o dever de auxílio, nos artigos 319, §1º²⁰,

¹³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso (BRASIL, online).

¹⁴ Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial (BRASIL, online).

¹⁵ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (BRASIL, online).

¹⁶ Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;

III - à decisão prevista no art. 701 (BRASIL, online).

¹⁷ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (BRASIL, online).

¹⁸ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário (BRASIL, online).

¹⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

373, §1º²¹, 400, parágrafo único²², e 772, III²³; e o dever de prevenção, que consta nos artigos 139, IX²⁴, 317²⁵, 932, parágrafo único²⁶, 1.007, §§ 2º, 3º, e 7º²⁷, e, 1.017, §3º²⁸, isto é, a cooperação compõe toda a estrutura procedimental do processo civil brasileiro desde a sua

§1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo (BRASIL, online).

²⁰ Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção (BRASIL, online).

²¹ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (BRASIL, online).

²² Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II - a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido (BRASIL, online).

²³ Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo:

III - determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável (BRASIL, online).

²⁴ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais (BRASIL, online).

²⁵ Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício (BRASIL, online).

²⁶ Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível (BRASIL, online).

²⁷ Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

§ 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.

§ 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias (BRASIL, online).

²⁸ Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída: (...)

§ 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único (BRASIL, online).

formação, de modo que a “colaboração determina o novo equilíbrio de forças no processo civil brasileiro”, de acordo com Daniel Mitidiero (2019, p. 112).

À vista disso, tem-se que, no exercício do dever de esclarecimento, o magistrado poderá determinar que as partes compareçam em juízo para sanar suas dúvidas, que o autor emende a inicial para subtrair questões defeituosas ou irregulares, bem como poderá realizar uma audiência de saneamento processual em conjunto com as partes, o que, porventura, é interessante nas demandas que envolvem saúde, pois do diálogo entre poder público e parte autora é possível suscitar pontos controvertidos a fim de elucidar a questão, o que pode ajudar a criar ou a efetivar políticas públicas ou fazer com que o Estado consiga adimplir com uma prestação não padronizada, evidenciada sua real necessidade em um prazo e, talvez, com um custo razoável.

Quanto ao dever de consulta, verifica-se a proibição expressa das decisões-surpresa, tanto em primeira, como em segunda instâncias, bem assim o fato das partes conseguirem elaborar um calendário para a realização de atos processuais. A seu turno, o dever de auxílio se refere à parte solicitar ao juiz a ajuda para conseguir informações necessárias à peça exordial, à apresentação de documento pela parte contrária ou, a inversão do ônus da prova devido à impossibilidade excessiva de uma parte em provar ou facilidade da parte adversária em fazê-lo. Por fim, o dever de prevenção se materializa na verificação dos atos necessários para que o processo siga e se desenvolva por parte do juiz.

Dessa forma, os juízes e as cortes podem atuar na promoção de um debate democrático entre as partes, ao invés de impor suas visões de mundo e interpretações das leis em suas decisões, são capazes de promover um debate público de qualidade que não se limite a lados opostos, pelo contrário, que seja democrático, com a inclusão de várias vozes: do povo e dos seus movimentos, associações e organizações, representantes das casas legislativas, instituições, ou seja, vozes não apenas do legislativo e do executivo, o que possibilitaria mais qualidade e profundidade quanto aos argumentos utilizados como justificativas em suas decisões (GODOY, 2015, p. 170).

Nesta esteira, é importante que o Princípio da Cooperação seja aplicado pela doutrina e pela jurisprudência na resolução de casos práticos:

Administrativo. Danos materiais. Princípio da boa-fé. Princípio da cooperação. Princípio da primazia da decisão de mérito. Ônus da prova. Art. 373. Execução projeto cultural. Prestação de contas. Indeferimento. Decisão do tribunal de contas do Distrito Federal. Prejuízo ao erário. Comprovação. 1. Ao decidir a causa, o juízo deve observar o conjunto da postulação, isto é, a inicial e os documentos que a acompanham. 2. Os sujeitos processuais,

inclusive o juiz, devem comportar-se de acordo com a boa-fé (objetiva). Portanto, é contraditória a postura do juízo que recebe a inicial, por considerá-la em termos, mas na sentença entende que ela dificulta o deslinde do feito. 3. O princípio da cooperação também é direcionado ao juiz, que tem o dever de determinar a emenda da inicial formalmente irregular, permitindo ao autor a adequação do seu pleito. 4. O princípio da primazia da decisão de mérito estabelece que as partes tem o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Portanto, meras irregularidades não obstam o julgamento do mérito, quando possível interpretar o pedido à luz do conjunto da postulação. 5. Ante a execução integral do contrato, a restituição total dos valores pagos ocasionaria o enriquecimento indevido da Administração, colocando o contratado em desvantagem exagerada, em flagrante ofensa à finalidade do contrato. 6. A execução integral do contrato inviabiliza a devolução dos valores pagos, porque a prestação inadequada de contas não causa, por si só, prejuízos ao erário. 7. A presunção de veracidade do ato administrativo não impede o Poder Judiciário de anular os atos ilegais. 8. Recurso conhecido e desprovido. (TJDFT - Acórdão 0003331-08.2016.8.07.0018, Relator(a): Des. Diaulas Costa Ribeiro, data de julgamento: 28/09/2017, data de publicação: 06/10/2017, 8ª Turma Cível), (DISTRITO FEDERAL, online).

Por conseguinte, o princípio da cooperação se manifesta como um norte e um alicerce de uma nova maneira de conceber e realizar o processo civil brasileiro a fim de que se alcance a justiça, seja em favor da efetivação de um direito fundamental ou de sua adequação ao caso concreto, estando fulcrado na plenitude do contraditório, da boa-fé e da lealdade processuais, dele derivando deveres dispostos expressamente na legislação processual pelos sujeitos processuais, a serem cumpridos em favor de sua real efetivação, a ponto de se solucionar um conflito também em tempo razoável, de uma maneira dinâmica e democrática.

3.5. As alternativas decorrentes do Princípio da Cooperação para os casos envolvendo o direito à saúde

O conflito é quase que inerente ao ser humano, ainda mais durante a vida em sociedade, por mais organizada e ordenada que ela seja, isto é, “embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito, bem como por uma identidade de interesses” (RAWLS, 1997, p. 4).

Isso porque, a identidade de interesses ocorre uma vez que a cooperação social faz com que todos gozem de uma vida melhor do que teriam se cada um dependesse de si mesmo, enquanto o conflito de interesses é resultado do fato das pessoas quererem daquilo que é produzido pela cooperação mútua, o que é melhor para si (RAWLS, 1997, p. 4-5).

Com efeito, a cooperação é um marco da vida em sociedade, e, como tal, ela pode ser voltada para o processo e para a resolução dos conflitos de interesses que esbarram em uma resistência para sua realização.

Desse modo, atualmente, o direito à saúde tem sido fonte de conflitos de interesses, eis que existem os que buscam sua realização da melhor maneira possível, e, aqueles responsáveis por provê-lo, não aceitam tal realização, ou não a prestam adequadamente como deveriam, além do fato do direito à saúde estar expressamente previsto na Constituição vigente.

Diante disso, considerando a forma como o direito à saúde está disposto constitucionalmente, bem assim o fato de, também na Constituição, estar assegurado o acesso à justiça, é inegável que ele pode ser pleiteado frente ao Judiciário, objetivando sua concretização, razão pela qual são diversas as demandas e solicitações abrangendo o direito à saúde, de modo que, processualmente, elas podem ser melhor resolvidas, inclusive a ponto de facilitar sua exequibilidade caso o processo ocorresse de forma cooperativa.

Desta feita,

considerando que ao juiz também incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais, levar a sério da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais pressupõe também tomar a sério o poder-dever do juiz da adequada interpretação e formatação do processo e dos procedimentos, assim como das técnicas processuais de tutela dos direitos (o que inclui, à evidência, o dever de zelar pelo referido cunho cooperativo do processo), na esteira do que vem advogando a doutrina processual mais recente e afinada com a atual dogmática dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 204).

Posto isso, todas as instituições e funções estatais podem colaborar entre si a fim de melhor solucionar eventuais ocorrências relacionadas à concretização dos direitos fundamentais sociais, isso também se aplica em âmbito processual, visto que é necessário zelar pelos direitos fundamentais sociais, da mesma forma é preciso zelar pela igualdade e pela justiça material, pois quando os sujeitos envolvidos da lide decidem dela participar efetivamente, conseqüentemente, sua resolução será melhor (para todos).

Um primeiro exemplo, já abordado, consiste na realização de audiência como forma das partes auxiliarem o magistrado e, via reflexa, o magistrado, no exercício de seu dever de esclarecimento, dialogar com as partes acerca dos pontos controvertidos na demanda, que carecem de carga probatória e de qual tipo ela será.

Nesse sentido, é preciso que seja considerada e praticada a eventualidade de uma conciliação inclusive por parte dos advogados públicos, com a finalidade de que elas sejam

benéficas ao cidadão e ao Estado. Bem assim, o programa “SUS Mediado” é uma iniciativa da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, da Procuradoria Geral do Estado, da Secretaria de Saúde do Estado, da Defensoria Pública da União, da Procuradoria Geral do Município de Natal e da Secretaria de Saúde do Município de Natal que, em 2012, instituíram o programa como uma alternativa cooperativa de resolver pré-judicialmente os problemas na área de saúde, realizando o intercâmbio de ações e informações, para que as políticas públicas do estado tenham maior efetividade, sejam evitadas ações judiciais desnecessárias, e os usuários tenham acesso aos serviços que necessitam (SANTANA, 2016, p. 14).

Outrossim, também é possível, na constância do despacho saneador, que o juiz determine a inversão do ônus da prova, a fim de que as partes demonstrem porque tal medicamento ou tratamento não é padronizado ou não foi comprovado cientificamente se ele deve ou não ser utilizado para aquele caso, ou, então, qual o problema com o fornecimento de medicamentos padronizados, e até mesmo o motivo que impede o poder público em fornecer o medicamento não padronizado, dentre outros.

No que tange à organização processual, Daniel Mitidiero (2019, p. 129-130) advoga em favor da realização de uma audiência para tanto, justamente para proporcionar o debate e o contato entre os que participam do contraditório de forma ampla, aliás, o autor defende que nas causas de maior complexidade, haja uma audiência para a realização do saneamento do processo, em favor da colaboração das partes, e ressalva também a possibilidade de colaboração dos sujeitos processuais de forma escrita em juízo, a partir da “delimitação consensual das questões da causa”.

Muito embora na grande maioria dos casos de saúde, de início, já acontece do juiz conceder a antecipação dos efeitos da tutela, fixando prazos exíguos acerca da sua materialização, ao que parece, sem considerar a burocracia na administração pública e a extrema cautela que exige o trato com saúde e com o orçamento público.

Todavia, é preciso advertir que o juiz conhece o direito e julga de acordo com ele, razão pela qual ele não detém conhecimento científico a respeito das questões de saúde: medicina, patologias, medicamentos, e até mesmo o funcionamento do SUS, o que prejudica sua análise, tanto a título de tutela antecipada, quanto na sentença, pois ele avalia aquilo que lhe é trazido, sem visualizar como todo o sistema funciona.

Por isso, em 2016, o CNJ editou a Resolução 238 de 06/09/2016, a fim de que fosse criado um Comitê Estadual de Saúde, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, que contassem com a presença via representação de juízes de primeiro e segundo graus, em âmbito estadual e federal, de gestores da saúde de todas as esferas públicas, tal qual

aos demais participantes do sistema de saúde em todas as esferas, e outros, a fim de fornecer apoio técnico especializado ao juiz nos processos que compreendem o direito à saúde.

Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuários do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado.

§ 1º O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro.

§ 2º Aplica-se aos Comitês Estaduais de Saúde, naquilo que lhe compete, as mesmas atribuições previstas ao Comitê Executivo Nacional pela Resolução CNJ 107/2010, destacando-se aquela estabelecida no seu inciso IV do artigo 2º, que dispõe sobre a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário.

§ 3º As indicações dos magistrados integrantes dos Comitês Estaduais de Saúde serão realizadas pela presidência dos tribunais respectivos ou de acordo com norma prevista em regimento interno dos órgãos, de preferência dentre os magistrados que exerçam jurisdição em matéria de saúde pública ou suplementar, ou que tenham destacado saber jurídico na área da saúde.

§ 4º A presidência do Comitê Estadual será definida de comum acordo entre os magistrados participantes, sendo que, no caso de divergência, presidirá o magistrado mais antigo, independente da justiça originária.

§ 5º Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) terão função exclusivamente de apoio técnico não se aplicando às suas atribuições aquelas previstas na Resolução CNJ 125/2010.

Art. 2º Os tribunais criarão sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo Único. Sem prejuízo do contido no caput deste artigo, cada tribunal poderá manter banco de dados próprio, nos moldes aqui estabelecidos.

Art. 3º Os Tribunais Estaduais e Federais, nas Comarcas ou Seções Judiciárias onde houver mais de uma vara de Fazenda Pública, promoverão a especialização de uma das varas em matéria de saúde pública, compensando-se a distribuição.

Parágrafo único. Nos tribunais onde houver mais de uma Câmara de Direito Público, recomenda-se que seja aplicado o mesmo critério do caput.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação (BRASIL, online).

Logo, esses comitês, que deveriam estar em vigor, serviriam de auxílio técnico ao juiz, porém, sua organização compreende variados profissionais, sendo quase impossível instaurá-lo, uma vez que eles aparecem como muito burocráticos, contribuindo para a morosidade do processo. No entanto, pelo menos a realização de reuniões e conferências semestrais ou anuais com esses profissionais simbolizaria uma aproximação dos universos do sistema de saúde público ao universo da judicialização da saúde no judiciário, o que poderia gerar formas de comunicação e formas de trabalho entre eles.

Além disso, os Comitês poderiam levar informações a respeito do Sistema Único de Saúde ao Judiciário, isso contribuiria muito com a melhora na qualidade e na exequibilidade da decisão, a qual estaria mais coadunada com a realidade da saúde pública brasileira.

Com efeito,

[...] objetivo do núcleo não é privar o cidadão de um direito constitucional ou simplesmente fazer economia para a administração pública; mas sim evitar o desperdício de dinheiro público com a compra desnecessária de muitos medicamentos, evitando fraudes nesse tipo de solicitação e, ainda, dando subsídios aos magistrados para que tenham mais tranquilidade ao tomar uma decisão (CASTRO, 2012, p. 41).

O NAT-JUS, como é denominado o núcleo de apoio técnico ao magistrado nas demandas de saúde, servindo para dar mais segurança para o juiz, em termos técnicos específicos do caso concreto, e em consequência, também para o processo, uma vez que, realizada uma análise pormenorizada entre a patologia do postulante e aquilo que ele deseja, analisar-se-á melhor eventual urgência na concessão antecipada. Certamente, em decorrência disso, evitar-se-ia decisões díspares e desproporcionais em termos de custos para o poder público.

Cumprе salientar que os Núcleos de Apoio Técnico foram implantados por alguns estados gradualmente a partir a resolução do CNJ, ao passo que a proposta inicial se originou no Rio de Janeiro, devido às demandas por retrovirais para tratamento da AIDS e aos gastos do estado em processos a respeito da judicialização da saúde (BRASIL, online).

Assim, para enfrentar a judicialização da saúde, racionalizando recursos públicos e oferecendo apoio técnico aos magistrados, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizou um convênio com a Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil, atualmente Secretaria Estadual de Saúde, e conceberam o Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT), cujo início das atividades foi em fevereiro de 2009, atendendo as varas da

Fazenda Pública, com o apoio de 9 enfermeiros, 5 nutricionistas e 17 farmacêuticos (BRASIL, online).

Atualmente, em 2019, pelo Provimento 84/2019²⁹, o CNJ em parceria com o Hospital Israelita Albet Einstein e o Ministério da Saúde implantaram a plataforma NAT-JUS

²⁹ PROVIMENTO Nº 84, DE 14 DE AGOSTO DE 2019.

Dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus).

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);

CONSIDERANDO que a Judicialização da Saúde envolve questões complexas que exigem a adoção de medidas para proporcionar a especialização dos Magistrados, de Primeiro e Segundo Grau, para proferirem decisões técnicas e precisas;

CONSIDERANDO que o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, criado pelo CNJ, tem adotado medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à qualificação das decisões tomadas pelos Magistrados, em sede de cognição sumária, além da definição de estratégias nas questões de direito sanitário, mediante estudos e formulação de proposições pertinentes;

CONSIDERANDO as diretrizes formuladas pela Resolução CNJ 107, de 6 de abril de 2010, que estabeleceu a necessidade de instituição de Comitês da Saúde Estaduais como instância adequada para encaminhar soluções para a melhor forma de prestação jurisdicional em área tão sensível quanto à da saúde;

CONSIDERANDO as diretrizes formuladas pela Resolução CNJ 238, de 6 de setembro de 2016, que estabeleceu a criação i) dos Comitês Estaduais/Distrital de Saúde; ii) de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS); iii) do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus); iv) da especialização de Varas;

CONSIDERANDO que o Sistema e-NatJus foi lançado, em novembro de 2017, e implementado em dezembro de 2018, com o objetivo de dar ao Magistrado fundamentos para decidir com segurança, lastreado em evidência científica, sobre a concessão ou não, em sede de liminar, de fármaco, órtese, prótese ou qualquer outra tecnologia em saúde;

RESOLVE:

Art. 1º Os Magistrados Estaduais e os Magistrados Federais com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, ainda que durante o plantão judicial, quando levados a decidirem sobre a concessão de determinado medicamento, procedimento ou produto, poderão solicitar apoio técnico ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) do seu Estado ou ao NAT-JUS NACIONAL.

1º O apoio técnico previsto no caput, quando solicitado, deverá ser materializado por meio do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), hospedado no sítio do Conselho Nacional de Justiça, podendo ser acessado através do link: www.cnj.jus.br/e-natjus.

2º Nas hipóteses em que o Tribunal local já dispuser de um sistema próprio de apoio técnico, o Magistrado poderá solicitar por meio do sistema do seu Tribunal, sendo que emitido o parecer no caso concreto, o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS) deverá alimentar a base de dados do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), com suas respectivas notas técnicas.

3º O Tribunal que já dispõe de sistema próprio de solicitação de apoio técnico, por intermédio do seu Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS), quando tiver a necessidade de tutoria para elaboração de suas notas técnicas, junto aos NATS selecionados, conforme previsto no Termo de Cooperação nº 021/2016, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, deverá solicitar através do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus).

4º Nas demandas com pedido de tutela antecipada sob a alegação de urgência, conforme previsto no Termo de Cooperação Técnica nº 051/2018, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, o Magistrado, quando tiver a necessidade de apoio técnico do NAT-JUS NACIONAL, ainda que o Tribunal disponha de sistema próprio, e neste caso, determinará por decisão, a solicitação de nota técnica diretamente por meio do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus).

Art. 2º Os Tribunais que já dispõe de sistema próprio, além de poder utilizar o sistema e-NatJus, nas formas anteriormente previstas, poderão utilizá-lo através dos mecanismos de integração de sistemas de processo eletrônico.

Art. 3º O acesso ao sistema e-NatJus será concedido aos servidores indicados pelos:

Nacional, cujo acesso é por meio eletrônico, inclusive para pesquisa, a partir da sua página na *internet*. Destarte, o NAT-JUS começou como uma iniciativa estadual de implantação, na qual o estado do Rio de Janeiro foi o pioneiro, e, em 2019, houve a expansão do núcleo a nível nacional, pelo CNJ. A ideia central é fornecer auxílio e segurança ao magistrado nos casos que envolvam direito à saúde.

Além disso, o e-NatJus também conta com o apoio do Hospital Sírio Libanês, o qual capacita os integrantes dos núcleos de cada estado na elaboração das notas técnicas e no encaminhamento de solicitações de pareceres técnicos científicos a serem realizados pelos Comitês Estaduais de Saúde do Judiciário, segundo a Associação de Medicina Paulista (BRASIL, online).

As notas técnicas contêm informações do paciente como idade, sexo e cidade, dados do processo, abrangendo inclusive Juizados Especiais Cíveis, da Fazenda Pública e Federais. Um campo sobre o diagnóstico, em que, além dele, há a CID e os meio(s) confirmatório(s) do diagnóstico já realizado(s). Ainda, existem campos acerca daquilo que se pede, denominados de descrição da tecnologia, nos quais se verificam variados subitens como: outras tecnologias disponíveis, custo da tecnologia, se o produto está disponível no SUS, evidências sobre a eficácia e segurança da tecnologia, benefícios, efeitos ou resultados esperados com a tecnologia, recomendação do CONITEC e a conclusão. Ademais, é preciso destacar que nas notas técnicas constam as referências bibliográficas que auxiliaram os profissionais a realizarem-nas.

Assim, as notas técnicas vêm adquirindo adesão por parte dos tribunais, seja pela sua implementação gradual em cada estado, mediante a utilização do sistema e-NatJus Nacional, como se pode verificar abaixo:

Agravo de instrumento. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento. Judicialização da saúde. 1. O deferimento de tratamentos de saúde antecipadamente, sem a produção de provas além das prescrições do médico assistente encontra óbice no entendimento desta Corte, contido no enunciado

I - Magistrados com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, cuja finalidade é dar início ao pedido de apoio técnico ao NAT-JUS do Estado ou NAT-JUS NACIONAL;

II – Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS), cuja finalidade é atender à solicitação de apoio técnico requerida pelo Magistrados.

Parágrafo único. Compete às Corregedorias dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, quando solicitadas, conceder o acesso ao sistema e-NatJus aos servidores mencionados no caput, por meio do Sistema de Controle de Acesso corporativo do CNJ.

Art. 3º O Conselho Nacional de Justiça disponibilizará manual de utilização do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), com o objetivo de orientar a sua utilização e sanar eventuais dúvidas dos usuários.

Art. 4º Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação (BRASIL, online).

da Súmula 101. 2. Em que pese a prescrição do médico assistente indique a medicação postulada como alternativa de tratamento, existe parecer de órgão técnico (Nota Técnica nº 42/2014 - NATs/UFMG) referindo não haver vantagem terapêutica deste medicamento sobre aqueles disponíveis junto ao SUS, bem assim informando que o mesmo produz mais efeitos adversos. 3. É a produção de provas, seja aquela produzida em perícia, seja a obtida mediante consulta às avaliações da CONITEC ou dos Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde, que pode atestar a correção da prescrição do médico assistente. (TRF4 - Acórdão Ag - Agravo de Instrumento 5016219-24.2018.4.04.0000, Relator(a): Des. Marga Inge Barth Tessler, data de julgamento: 26/06/2018, data de publicação: 26/06/2018, 3ª Turma), (BRASIL, online).

Ementa: administrativo. Direito à saúde. Perícia médica. Desnecessidade. Imprescindibilidade do fármaco prescrito. Ocorrência. 1. Sempre que possível, a perícia médica poderá ser substituída por Nota Técnica elaborada pelo Núcleo de Apoio respectivo - no caso, NAT-Jus/SC. 2. Demonstrado, através de Nota Técnica, tanto a anterior utilização de outros fármacos fornecidos pelo SUS quanto a necessidade do medicamento postulado, a manutenção da decisão impugnada é a medida adequada. (TRF4, AG 5027042-23.2019.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 17/10/2019), (BRASIL, online).

Devido à segurança, a celeridade e a confiabilidade transmitida pela nota técnica, com o tempo o Judiciário substituirá a perícia, que será deixada para situações de extrema necessidade, e utilizará muito mais as notas técnicas. Saliente-se a respeito da parceria entre com a iniciativa privada, através dos Hospitais Albert Einstein e Sírio Libanês, na colaboração para a concretização do NAT e a melhor resolução dos processos.

Além disso, o Novo Código de Processo Civil trouxe o instituto de Prova Pericial Simplificada, na qual o magistrado pode solicitar apoio técnico especializado a fim de sanar suas dúvidas, ou perante uma análise das alegações constantes dos autos e da prova produzida, a partir de um especialista, sendo que não haverá um exame propriamente dito daquele que está acometido com um problema de saúde.

Eis o que enuncia o artigo:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa (BRASIL, online).

Ou seja, a prova técnica simplificada é uma forma de auxiliar e aclarar questões especializadas ao juiz, de modo que serve para situações não muito complexas, motivo pelo qual pode servir para ser utilizada em casos comuns e corriqueiros no tocante ao direito à saúde, como as cirurgias bariátricas, cirurgias para colocação de próteses, os casos envolvendo as insulinas, as solicitações de exames, medicamentos e tratamentos, visto que o perito vai aclarar e verificar se existe mesmo a necessidade de prestação, consoante a prova apresentada, bem como avaliar o grau de necessidade ou nível de urgência daquilo que se postula, com a finalidade de que o Judiciário não seja utilizado como instrumento para passar na frente da fila organizada em âmbito administrativo para a concessão de determinadas prestações de saúde. Aliás, a solicitação da perícia simplificada pode ser realizada pelo sistema NAT-JUS.

Dessa maneira, é possível notar, que a atividade probatória não é realidade com primazia de alguma das partes, e sim, ocorre entre o juiz e as partes, dado que ele também é um dos sujeitos interessados nos resultados do processo (OLIVEIRA, 2010, p. 209).

Ademais, o elevado número de pleitos por tutelas retrata a situação urgente ou emergencial da parte, com o objetivo de que, desde a propositura da ação, ela já consiga a prestação almejada. Posto isso, é necessário aclarar no que consistem os casos urgentes e emergentes, utilizando-se conceitos da Medicina, consoante a Resolução do CFM nº 1451/95, trata-se como “URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata” (BRASIL, online).

Por outro lado: “Define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato” (BRASIL, online).

Ambas envolvem situações graves e críticas, que nem sempre são os objetos dos processos judiciais, vez que a urgência abrange situações imprevistas, nas quais pode ou não haver risco de vida, mas que carecem de assistência médica imediata. Já a emergência consiste no agravamento das condições de saúde do indivíduo, o que implica tratamento médico imediato, isto é, teoricamente, as situações emergenciais são mais graves e necessitam de mais cuidado a partir de um tratamento, enquanto as situações urgentes precisam de assistência médica, posto que derivam da ocorrência de situações imprevisíveis.

Essas duas questões também seriam interessantes de serem abordadas e levadas ao processo civil para a realização da análise da demanda por tais óticas, uma vez que, nos dias de hoje, aparentemente tudo é tratado como emergencial, carecendo de atenção e prestação, sendo que não é assim que funciona na prática médico-hospitalar. Outrossim, a maneira super urgente como são arrazoados os casos de saúde impede que haja neles uma análise mais ponderada, mais equilibrada entre as possibilidades, e ainda, impede o diálogo entre as partes, prejudicando a colaboração.

Nesse sentido, para Carlos Alberto de Oliveira (1998, p. 18):

Numa época em que não se pode mais aspirar a certezas, impõe-se perseverar em busca do ponto de equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil. O verdadeiro equacionamento do problema só começará a surgir com a radical transformação da sociedade brasileira, quando forem superadas as causas materiais mais profundas que determinam a demora irrazoável e exasperante da duração do processo e se obtiver prestação jurisdicional de qualidade. Esse é o grande desafio do novo milênio.

Com efeito, os casos judiciais de saúde precisam encontrar esse equilíbrio, nem tudo é procedente, nem tudo deve ser garantido de imediato, sendo que a partir do contato e do debate entre as partes, da verificação de necessidades e possibilidades, do auxílio técnico especializado ao magistrado, estar-se-á mais próximo de atingir uma prestação jurisdicional de qualidade, e que não impliquem em gastos cada vez maiores decorrentes de processos judiciais (inclusive ao serem cumpridas), invés disso, seja possível realizar investimentos em políticas públicas e saúde pública em si.

O autor ressalta acima a importância da cooperação e da efetividade no âmbito processual, posto que o excesso gera inefetividade e falta de qualidade no cumprimento das decisões judiciais, ou então, pode gerar mora, além do excesso contribuir com o aumento dos gastos, tanto do processo em si, como na condenação voltada ao cumprimento do serviço ou prestação, a exemplo do direito à saúde, e, sobretudo, também fere a duração razoável do processo.

Vale registrar que, no julgamento do Recurso Extraordinário 855.178, no qual fixou-se a tese de repercussão geral quanto a responsabilidade solidária dos entes no poder público no fornecimento de prestações de saúde, atribuiu-se, em julgamento recente, ao magistrado, a

designação de qual o ente responsável pela prestação do serviço, visto que na Lei do SUS as atribuições dos entes estão delineadas de forma descentralizada e hierarquizada³⁰.

Dessa forma, nota-se que, por ter de fazer designação do ente responsável e a até mesmo ser-lhe instituída essa atribuição, há a colaboração do Judiciário com as partes no sentido de perceber, se houver litisconsórcio, qual a parte que pode melhor prestar o serviço, e se for o caso, qual ou quais as partes que deverão ressarcir-la.

Considerando a atuação do juiz em si, apesar das dificuldades e das pressões sociais, ele deve sempre cumprir a Constituição e os demais dispositivos legais. Para tanto, no tocante ao direito à saúde, é preciso que ele conheça como funciona o sistema de saúde: desde o SUS, até as doenças, os medicamentos, os serviços padronizados, e isso apenas pode ser levado a ele, seja pelas manifestações das partes, com explicações, seja pelo auxílio técnico especializado, o qual carece de concretização no cenário nacional, ou então, desde que haja a concretização e participação dos Comitês Estaduais de Saúde (NAT-JUS):

O princípio da colaboração quando aplicado ao juiz impõe-lhe uma igualdade com as partes e, em simultâneo, uma preocupação séria com o litígio privado em discussão. O juiz deve preocupar-se com a realidade daquilo que julga, isto é, com a correspondência entre a realidade intra-processual e a realidade extra-processual. O juiz não pode limitar-se a analisar aquilo que consta do processo, fechando os olhos à realidade que, em certo momento da tramitação, maxime na produção da prova, lhe aparece. Uma decisão que consiga esta correspondência será uma decisão justificada e logo legitimadora. Embora, uma decisão que não obtenha esta equivalência em respeito do dispositivo também é legitimadora desde que as partes a percebam. Só a compreensão permite a aceitação, ainda que contrariada. Percebi, embora não concorde (GOUVEIA, 2007, p. 55).

Existem elementos fora do processo que causam implicações na maneira de decidir, até porque a decisão deve se coadunar com a realidade que se apresenta fora do processo, o que reforça o argumento de equilíbrio, o que somente se dá quando há cooperação. Por isso que a autora se refere a quando a parte, embora não concorde com a decisão, verifica que nela há equilíbrio, aceita-a e cumpre.

³⁰ Preliminarmente, votou o Ministro Celso de Mello acompanhando o Ministro Edson Fachin na rejeição dos embargos de declaração. Na sequência, o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019 (BRASIL, online).

Ocorre que, a análise dos autos, diante da concretização do Sistema NAT-JUS, e pela previsão legal da perícia simplificada não pode conceber que as decisões se embasem apenas nos laudos médicos acostados pela parte autora e sequer haja verificação acerca da possibilidade de um medicamento ou tratamento semelhante no âmbito do SUS.

Nesse sentido, o conhecer no âmbito processual implica em:

tomar contato com a realidade do caso concreto, examinando os fundamentos da demanda e da defesa, os fatos invocados e as provas produzidas ou omitidas, o poder de convicção de cada uma delas, as normas pertinentes, os precedentes dos tribunais e conceitos doutrinários – para finalmente emitir um juízo axiológico através da decisão. O conhecimento é a tomada de consciência para decidir (DINAMARCO, 2009, p. 105).

Logo, diante de todo esse rol acima exposto de assimilações e relações realizadas pelo magistrado, ou pelo menos que se espera que ele realize antes de decidir de fato, existe a particularidade dos casos concretos objetos deste trabalho, o estado de saúde, as políticas públicas, que carecem de uma análise mais técnica, com pareceres daqueles que possuem esse conhecimento específico, por isso, a importância do NATs e sua utilização, bem como dos precedentes do STJ e do STJ quanto a questões de saúde pública.

Desta feita, no caso abaixo, verifica-se a não realização da perícia médica, sequer a simplificada, eis que, na época da decisão, o sistema NAT-JUS ainda não havia sido implantado, o que culminou, então, na adesão por completo do pleito autoral e do laudo médico que ele apresentou.

Constitucional. Administrativo. Processual civil. Fornecimento de medicamento. Replagal (agalsidase alfa). Direito à vida. Direito à saúde. Dever do estado. Prova documental suficiente. Dispensabilidade da prova pericial. Fármaco registrado na anvisa. Requerente hipossuficiente. Adequação e necessidade do remédio. Ausência do medicamento na lista do sus (rename). Prescindibilidade. Fixação de multa diária (astreintes) como forma de compelir a fazenda pública a adimplir a obrigação. Cabimento. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. (...) 2. No caso em tela, restou demonstrado que, conquanto o medicamento em questão tenha sido registrado na ANVISA, não foi padronizado pelo SUS, sob o fundamento de que sua eficácia e segurança ainda não estão estabelecidas. Ademais, nos autos da ação subjacente consta declaração subscrita pela Secretária Municipal de Saúde e Vigilância Sanitária do Município de Avanhandava/SP, informando que na rede de atenção básica de saúde daquele município não é disponibilizado o fármaco supramencionado, utilizado no tratamento da Doença de Fabry. (...) 4. Desse modo, resta caracterizada a presença do interesse de agir, na medida em que o autor não teve outra alternativa a não ser socorrer-se do Poder Judiciário para obter o medicamento, em virtude de seu direito ao livre acesso à justiça, assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. (...) 16. De

qualquer modo, na hipótese dos autos há o preenchimento de todos os requisitos estabelecidos no julgamento do REsp nº 1.657.156, pelo C. STJ, e da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, pelo C. STF. 17. O fármaco pleiteado está registrado na ANVISA sob o nº 169790002 desde 20/07/2009, com vencimento do registro em 07/2019, conforme consulta ao sítio daquela agência reguladora. (...) 19. O relatório médico da nefrologista retro citado é claro ao dispor a respeito da enfermidade do autor e de suas limitações, explicando que o paciente encontra-se com acometimento em todos os órgãos alvos, bem como que o tratamento eficaz para evitar a progressão da doença é a Terapia de Reposição Enzimática (T.R.E.) com Algasidase Alfa, que se faz necessária imediatamente, sob pena, inclusive, de risco de morte. (...) 21. Com efeito, o fato de o medicamento postulado pela parte autora não ter sido padronizado pelo SUS, não constando na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, também não constitui óbice ao fornecimento do fármaco. Isso porque, conforme o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal (ARE 977190 AgR), a lista do SUS não constitui o parâmetro único a ser levado em conta na avaliação da necessidade de fornecimento de um medicamento, o que depende, no caso concreto, de avaliação médica. 22. Debates relativos à eficácia terapêutica do medicamento pleiteado, ou à possibilidade de substituição por outro fármaco, devem ser realizados no curso da instrução em primeiro grau. (...) 24. Portanto, sopesando todos os valores envolvidos, tenho que aqueles relacionados ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, à assistência social e à solidariedade, devem prevalecer sobre eventuais restrições financeiras, razão pela qual procede a pretensão do autor no que tange ao direito de receber o fornecimento do medicamento de que necessita. (...) 30. Agravo de instrumento não provido (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5032255-71.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 04/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/04/2019), (BRASIL, online).

Logo, consoante o item 5 da ementa acima, dispensar a perícia médica por haver apenas prova documental fere as garantias processuais, em especial, a do contraditório, uma vez que o magistrado deve tentar dialogar com as duas partes, sendo que no caso bastava uma perícia simplificada ante a análise da prova documental e daquilo que o poder público poderia oferecer como tratamento, não obstante a relação entre o tratamento público e o solicitado, a fim de que o magistrado possa entender com clareza e segurança os dois lados.

Outrossim, cumpre salientar que não são todos os medicamentos que constam nas listas do SUS, e sim aqueles que passam por uma análise de custo e efetividade, de modo que essa condenação também pode servir para que o poder público verifique os casos registrados e os tratamentos disponíveis sobre a patologia em questão, a fim de adequar a política pública.

Ademais, cumpre advertir que o artigo 922³¹ do Código de Processo Civil relata a possibilidade de suspensão da execução pelo prazo a ser concedido pelo exequente a fim de que o executado cumpra a obrigação caso tenha havido um acordo entre os sujeitos processuais no tocante ao cumprimento da obrigação. Este dispositivo denota mais uma possibilidade de cooperação entre as partes, agora na fase de execução, visto que, infere-se que houve um diálogo entre as partes e a possibilidade de cumprimento da obrigação dentro das possibilidades avençadas pelas partes.

Com efeito, é possível solucionar uma demanda de forma cooperativa, bem como é possível que o processo seja cooperativo, desde que as partes, inclusive o magistrado, estejam dispostas a dialogar, produzir provas que comprovem seu direito ou que o eximam de realizar uma prestação ou serviço. Até mesmo nos casos de saúde é possível resolver uma demanda utilizando dispositivos do Código de Processo Civil, eis que, não se trata de apenas apresentar uma decisão a um processo, mas, sobretudo, uma decisão justa, efetiva, razoável e adequada.

Nesta esteira, saliente-se que a justiça substantiva é resultado de uma decisão que ocorreu a partir de um procedimento honesto, sem erros grosseiros e em harmonia ao ordenamento jurídico brasileiro. Por sua vez, a justiça processual não se relaciona com o conteúdo da decisão, e sim no fato do julgamento se basear em um procedimento regular, com o cumprimento das regras processuais pelas partes (BARREIROS, 2013, p. 87).

Pondera Carlos Alberto de Oliveira (2010, p. 99) que:

O valor da justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta do direito material, entendido este, em sentido amplo, como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito.

Pois bem, o autor enuncia que o processo é um reflexo da aplicação prática do direito material discutido e, além disso, o resultado a ser obtido no processo se coaduna com a forma de aplicação do direito em questão, o que envolve as situações vantajosas que a ordem juridical proporciona a todas as pessoas.

Nesse sentido, de acordo com Carnelucci (1956, p. 22, tradução nossa), o processo serve para indicar um método para formação ou aplicação do direito que tende a garantir a bondade do resultado, isto é, a regulamentação do conflito de interesses que consiga

³¹ “Art. 922. Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação.
Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso” (BRASIL, online).

realmente a paz, e, portanto, seja justa e certa, sendo que a justiça deve ser sua qualidade interior ou substancial, e a certeza, sua qualidade exterior ou formal, eis que se o direito não é certo, os interessados não o sabem, e, se não é justo, eles sentem que a ele não é preciso obedecer.

Isso posto, o autor leciona que o processo e o direito se relacionam no tocante a busca pela paz, já que o processo é um dos meios para tanto, contanto que, a normatização processual seja justa e certa, a fim de que seja respeitada e cumprida por todos. Disso advém a necessidade de segurança jurídica, tanto a partir de regras pré-estabelecidas e implantadas, como no tocante a garantia da concretização das decisões.

Ademais, importa, também, a efetividade do processo, posto que ele envolve a concretização direitos, solução de conflitos de interesse, e:

significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade (DINAMARCO, 2009, p. 320).

Porquanto, o processo é uma miniatura daquilo que acontece de forma expandida na sociedade: é pautado pelo direito, busca a justiça, envolve e se realiza com a participação das pessoas envolvidas no conflito, e ainda, tem caráter educativo.

Seja no tocante ao processo, seja no tocante à concretização dos direitos fundamentais, isso tudo se relaciona ao cumprimento dos mandamentos e valores constitucionais, posto que a Constituição é o alicerce normativo e de organização de todo o sistema social, jurídico e político brasileiro, por essa razão, ela deve acontecer e se realizar todo dia, ao passo que, para tanto, é necessário:

[...] encarar a Constituição como um documento normativo que, a despeito de suas normas, tem seu significado construído e reconstruído todos os dias, pela atuação dos mais diversos atores e, especialmente, pela atuação de cada um dos Poderes da República. O desafio é não limitar a Constituição a um único método hermenêutico e nem engessar as instituições segundo uma compreensão rígida e estática de separação entre os Poderes. Ao contrário, é preciso fazer da Constituição um documento menos técnico, menos pertencente a juízes, cortes e representantes, e mais popular. É preciso fazer com que as instituições dialoguem entre si e também com o povo, a fim de buscar os melhores argumentos, fundados em razões públicas que possam ser aceitas, ou ao menos respeitadas, por todos (GODOY, 2015, p. 168).

Isso posto, cabe perceber que a aplicação do direito à saúde a partir da realização de políticas públicas vem sendo desigual, pouco ampla e não consegue atingir a grande parte das mazelas sociais que assolam a realidade nacional, disso que, o processo, não deveria, mas passou a incorporar um pouco desta realidade desigual e desproporcional, e, que, ainda assim, não despertou no poder público o desejo de mudança e a proatividade em melhorar seus os serviços que são fornecidos.

Outrossim, em especial quanto ao direito à saúde, “o exercício do poder, portanto, não pode jamais perder de vista tal objetivo: a realização da pessoa humana, enquanto ser individual, porém, que faz parte do todo social” (GIACOIA, 2013, p. 17).

De fato, o judiciário possui um importante papel na concretização dos direitos humanos, uma vez que a jurisdição constitucional deve servir como um instrumento garantidor do Estado Democrático de Direito. Por isso, a interpretação judicial das promessas constitucionais deve ocorrer segundo critérios interpretativos, perante uma análise também acerca da “constitucionalidade das decisões ou omissões políticas que possam vir a obstaculizar a implementação dos meios indispensáveis à máxima efetivação dos direitos humanos fundamentais” (CAMBI, 2016, p. 510).

Por conseguinte, a decisão justa se coaduna ao direito em termos de conteúdo e harmonia, bem como com o cumprimento das regras processuais, sendo que deve atender as normas do ordenamento de forma equilibrada com a realidade, e, no processo sejam respeitadas e realizadas suas regras e garantias, sempre em conformidade com a Constituição de 1988. Via reflexa, quando uma demanda envolve a realização de um direito, é preciso que haja demonstração de sua necessidade, da possibilidade ou não de sua concessão e de sua constitucionalidade, haja debate, e, em casos específicos, como o da saúde, uma análise técnica especializada, a fim de se sopesar entre as necessidades e possibilidades das partes envolvidas nos autos. Apenas dessa forma, será alcançada uma decisão justa, tanto sob o aspecto individual, quanto social pertinente a este direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o exposto no trabalho, foi possível concluir que:

1. A saúde, atributo fundamental para o exercício da vida humana digna, é complexa porque envolve o bem-estar físico, biológico e psíquico. Além disso, também sofre interferências do meio em que o ser está inserido, bem como do meio ambiente em si. Dessa forma, consequentemente, o direito à saúde abrange essa complexidade, motivo pelo qual não se relaciona apenas a cura de doenças, mas as formas possíveis de se garantir que o indivíduo possa ter uma vida digna, a qual, constitucionalmente, envolve a promoção, proteção e recuperação da saúde.

2. Então, o direito à saúde, constitucionalmente, trata-se de uma atribuição do poder público, mediante políticas públicas, por parte do Executivo e do Legislativo, a fim zelar por ele no território nacional, seja diante das enfermidades quanto dos desafios que obstaculizam a vida digna de todos. No entanto, é preciso que haja um equilíbrio entre a garantia das necessidades de saúde do indivíduo, como também da coletividade, uma vez que se trata de um direito fundamental social cujo escopo é a igualdade.

3. A concepção do Sistema Único de Saúde, apesar de compreender para si atribuições relativas à saúde pública em âmbito nacional, e ser instrumentalizado a partir de princípios, é de extrema importância, no sentido igualitário, e de acesso universal à saúde, até mesmo para que ela não seja vista apenas como agenda política. Desse modo, o SUS possui redes de atendimento e prestação de serviços em todas as esferas governamentais, aproximando o atendimento e as prestações de saúde das pessoas, no entanto, ainda peca na estrutura, ora por ser dispersa, ora por não ser coesa. Logo, o SUS apresenta alguns problemas, pois não consegue implantar e efetivar políticas públicas que alcancem e sirvam os indivíduos, ou, sua grande maioria, de maneira eficaz e efetiva.

4. Com isso, a estrutura do SUS precisa ser melhorada, assim como a implementação e execução de políticas públicas com a finalidade de que elas atendam ou possam atender o maior número de pessoas, sobretudo, nos três sentidos constitucionais do direito à saúde: a promoção, proteção e recuperação. De maneira que, esse trabalho reconhece a importância do SUS, e suas falhas enquanto instituição, as quais podem e devem ser aprimoradas, porém é contrário ao seu fim.

5. A democracia, o Estado de Direito e a separação dos poderes são fundamentais para a efetivação, positivação, existência e acesso à saúde enquanto direito no Brasil, uma vez que, em um sistema democrático, a positivação desse direito no sentido da necessidade de sua

efetivação por parte do poder público demonstra o comprometimento constitucional com o passado, o presente e o futuro de uma nação que, se não zelar por seus indivíduos e pelos ambientes que a compõe, não se desenvolve e sequer evolui.

6. Não obstante, a tripartição dos poderes, cujas funções embora sejam independentes e harmônicas entre si, evidencia a existência de pouco diálogo entre elas, e, pelo contrário, são muitas as omissões e interferências que, por vezes, acabam sendo necessárias sob o escopo de cumprir a Constituição, sobretudo pelo Judiciário em face do Legislativo e do Executivo.

7. Dessa maneira, a judicialização é uma decorrência do modelo constitucional de acesso à justiça e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como das garantias processuais. Da mesma maneira, especialmente no caso do direito à saúde, pelo fato dele ser uma atribuição governamental, que depende de sua materialização prática na forma de viver dos indivíduos, a judicialização da saúde também é resultado da omissão do Legislativo e do Executivo na elaboração e concretização de políticas públicas necessárias e pertinentes às reais necessidades da população nacional.

8. Cumpre salientar, que a judicialização não pode conduzir o juiz ao arbítrio ou ao solipsismo, de modo que as decisões devem ser tomadas com cautela, cientes e considerando a realidade dentro e fora do processo, a fim de cumprir a Constituição e em harmonia com as necessidades e possibilidades dos sujeitos processuais, tal como ao contexto fático social, econômico e político do país.

9. Destarte, resta claro que é possível que o indivíduo apresente uma demanda a fim de concretizar seu direito à saúde, todavia, não se pode admitir como normal o fato do Judiciário ser utilizado como um instrumento para “furar filas”, redefinindo prioridades administrativas e realocando recursos públicos a partir de gastos essencialmente em casos individuais. Isso porque, o direito à saúde, preza pela igualdade e pelo bem de todos, o que não necessariamente (e tão só) implica na satisfação das necessidades individuais segundo o desejado, mas sim, principalmente, envolve, no sistema público, a tentativa inicial de concessão do tratamento ou medicamento padrão para cada tipo de enfermidade, de sorte que a oferta de saúde pública não permite a escolha.

10. Dito isso, de fato, a judicialização da saúde é injusta, desproporcional e desigual, uma vez que não se verifica nela a igualdade que preza o direito à saúde, as decisões são desproporcionais, pois, a grande maioria, é procedente, cujas condenações a medicamentos, tratamentos, cirurgias e outros abrangem altos gastos públicos, e interferem na organização gradual do sistema de saúde pública, tornando-se, assim, injusta.

11. Os casos internacionais evidenciam que o direito à saúde também é objeto de pleitos judiciais no exterior, de modo que, a partir deles é possível notar a importância e a participação de entidades e associações específicas para certas patologias. Igualmente, denotam a necessidade de apoio técnico ao Judiciário, a relevância do trabalho de agências reguladoras como a ANVISA, exprimindo a constante atualização, revisão e proatividade no desenvolvimento de suas atribuições, sendo imprescindível a colaboração entre as funções estatais e os órgãos institucionais, tal qual a determinação de parâmetros razoáveis de análise entre os dispositivos legais e os casos concretos.

12. A seu turno, o processo civil também passou por modificações substanciais, abandonando uma estrutura fechada, a partir da adesão de valores e princípios constitucionais, bem como a princípios próprios, na estrutura basilar do processo. Ademais, os princípios passaram a ser utilizados tanto na implantação de modelos processuais, como na fundamentação das decisões.

13. Assim, o princípio da cooperação e o modelo processual cooperativo contribuem para a potencialização do contraditório, com a finalidade de que as decisões sejam proferidas em um tempo razoável, e, sobretudo, sejam efetivas e eficazes, visando seu melhor cumprimento pelas partes.

14. Nesta esteira, a cooperação e/ou o modelo processual cooperativo, nas demandas baseadas no direito à saúde, resultam na real verificação da necessidade de antecipação dos efeitos de uma tutela, no auxílio técnico especializado ao magistrado, seja pela plataforma do NAT-JUS ou na criação dos Comitês Estaduais de saúde, a fim de que haja a distinção do que é urgente, daquilo que é emergencial. Também seja realizada a verificação e ponderação entre as necessidades e possibilidades das partes dentro e fora do processo, no diálogo, seja em audiência ou por escrito, para saneamento do processo com o juiz, e, inclusive, durante todo o íter procedimental, na proibição das decisões-supresa, enfim, nas partes cumprindo seus deveres processuais com boa-fé e lealdade.

15. Portanto, não é discutindo em juízo ou apenas transformando o processo no cumprimento de etapas formais até a satisfação do direito à saúde tal como almejado, ou senão, mediante a sua antecipação, que o processo se realiza como instrumento de garantia de um direito ou pacificação social, visto que o processo é mais que isso, até porque, dessa forma, não se conduz a pacificação social e a eficácia das decisões. O processo precisa contar com o diálogo, o comprometimento das partes com ele e com a verdade, com a razoabilidade em sua duração e na decisão, para, então, cumprir com seus fins e, definitivamente, de maneira justa e eficaz, sanar o conflito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, p. 155-167, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. (Colección: 'El Derecho y la justicia', Dirigida por Elías Díaz).

ALONSO, Ricardo Pinha. **Os direitos fundamentais e sociais e o controle judicial das políticas públicas**. 2012, 172 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6019>. Acesso em: 06 dez. 2018.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. 1. ed. Bogotá: Legis, 2005.

ATIENZA, Manuel et al. Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. **Isonomía**, v. 6, abr., 1997.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil**: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-31082017-105437/pt-br.php>. Acesso em: 01 jul. 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *et al.* Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 457-483, ago., 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200457&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BARREIROS, Lorena Miranda dos Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em:

http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 17 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 1-52.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. 8ª Conferência Nacional de Saúde. **Relatório Final**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 05 mai. 2019.

BRASIL. Associação Paulista de Medicina. Notícias em destaque. **Judicialização**: juízes terão médicos de plantão para auxiliá-los nas decisões. Disponível em: <http://www.associacaopaulistamedicina.org.br/noticia/judicializacao-juizes-terao-medicos-de-plantao-para-auxilia-los-nas-decisoes>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil** – Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1451/95**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Atos Administrativos. Resolução Nº 238 de 06/09/2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Sistema Único de Saúde. Brasília: CONASS, 2011. 291 p. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011, 1).

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 28 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde Sistema Único de Saúde. **Responsabilidade dos entes**. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 28 abr. 2018.

BRASIL. Portal TRF2. Comitê Estadual de Saúde do Rio de Janeiro. **Histórico do NAT**. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/nat-jus/historico/>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Provimento nº 84** de 14/08/2019 do CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2987>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência. REsp 1.068.731/RS**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21745289&num_registro=200801379303&data=20120911&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência. REsp 1.389.952-MT**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301926710&dt_publicacao=07/11/2016. Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência. REsp nº 1657156 / RJ**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência. REsp nº 1803426/RN**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.MIN.%29+E+%28%22SEGUNDA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1803426&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 345 STF. ADPF 45**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 10 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 941 STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo941.htm>. Acesso em 22 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855178 RG**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em 22 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 657718**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em 30 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Processo nº 0011792-94.2016.4.02.0000**. Disponível em: <https://oabjuris.legalabs.com.br/process/f3e700fc8abc4a4990f70b19717d3cca9724938e4fd71d357063a3aede18e19f>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Processo nº Acórdão 0139911-04.2013.4.02.5101**. Disponível em: <https://oabjuris.legalabs.com.br/process/0ca245fdd528642b7c15e5d243b6bcb40adfced3608a64fdc830e334a0195e22>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AI – Agravo de Instrumento / SP nº 5032255-71.2018.4.03.0000**. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo interno em pedido de efeito suspensivo à apelação (turma) 5022310-67.2017.4.04.0000**. Disponível em: <https://oabjuris.legalabs.com.br/process/6672d9391c7845a0d2fc8660b93c115412f49e38ff1154d2ad108a24802cf801>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 5016219-24.2018.4.04.0000**. Disponível em: <https://oabjuris.legalabs.com.br/process/ace0a53e6a3c3c88b639de3e4585d01bff71d00ce48d4b9c73f27dde956b3c72>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 5027042-23.2019.4.04.0000**. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF420034782>. Acesso em: 22 out. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. **Ciência & saúde coletiva**, v. 5, p. 163-177, 2000. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232000000100014&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 02 mai. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 126, p. 59-80, ago., 2005.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, p. 87-95, mai., 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>. Acesso em: 22 mai 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **JUÍZES LEGISLADORES?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1956. (Colec. CienciadelProceso, 36). v. 1.

CASTRO, Kátia Regina Tinoco Ribeiro de. **Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde**. 2012. 85 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas Direito Rio, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9769>. Acesso em: 08 out. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30.ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**, v.5, n.9, p. 105 a 113, jul./dez., 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, v. 22, p. 17-29, 2003. Disponível em: <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-eficácia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

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

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**, v. 18, p. 151-159, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext. Acesso em: 12 mai. 2019.

DA SILVEIRA, Bruno diMiceli. **O princípio da cooperação das partes na atividade probatória**. 2017. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33994/1/ulfd135260_tese.pdf. Acesso em: 01 ago. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. 1. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo**, v. 198, p. 206-213, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 0023446-41.2015.8.07.0000**. Disponível em: <https://oabjuris.legalabs.com.br/process/920cbbd388fa0ee714b4ff9c7549c0bc38ad0a4776890ad49ec36d244ae5a414>. Acesso em: 11 nov. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 0003331-08.2016.8.07.0018**. Disponível em: <https://oabjuris.legalabs.com.br/process/9d30cc176fd279894fb1ba64c60172fd77e59d8ea6001feaf035e20520d629a4>. Acesso em: 22 out. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIDE, Asbjornet *al.* **Economic social and cultural rights a textbook**. Netherlands: KluwerAcademicPublishers, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, p. 15-53, 2011. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/32761>. Acesso em: 10 set. 2018.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and contemporary problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002. Disponível em: www.jstor.org/stable/1192402. Acesso em: 19 out. 2018.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, 2009, vol. 52, n.1, p.223-251. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 mai. 2019.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GALINDO, Máira Coelho Torres. **Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-supresa**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34860/1/Principio%20da%20Cooperacao%20Dever%20de%20Consulta%20e%20a%20Proibicao%20das%20Deciso es-Surpresa.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIACOIA, Gilberto. JUSTIÇA E DIGNIDADE. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 11-31, fev., 2013. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE. **Asociación de EsclerosisMúltiple de Salta v. Ministerio de Salud – Estado Nacional**, Argentina, 2003. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/asociacion-de-esclerosis-multiple-de-salta-v-ministerio-de-salud-estado-nacional/>. Acesso em 05 nov. 2019.

GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE. **Cameron Mathieson, a deceased child (by his father Craig Mathieson) v. Secretary of State for Work and Pensions**, Reino Unido, 2015. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/child-and-adolescent-health/cameron-mathieson-a-deceased-child-by-his-father-craig-mathieson-v-secretary-of-state-for-work-and-pensions/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE. **Panaiteescu v. Romania**, Romênia, Europa, 2012. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/panaiteescu-v-romania/>. Acesso em 05 nov. 2019.

GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE. **Planned Parenthood of the Great Northwest v. Streur, et al**, Alaska, Estados Unidos, 2015. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/planned-parenthood-of-the-great-northwest-v-streur-et-al/>. Acesso em 05 nov. 2019.

GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE. **Pliva v. Mensing**, Estados Unidos, 2011. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/medicines/pliva-v-mensing/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS DATABASE. **Sentencia T-760/08**, Colômbia, 2008. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/osorio-luz-mary-ors-v-colpatria-eps-ors-t-76008/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. 266 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 15 nov. 2019.

GOUVEIA, Lucas Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n.172, p. 32-53, jun., 2009.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. **Revista Julgar**, v. 1, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/os-poderes-do-juiz-civel-na-accao-declarativa-em-defesa-de-um-processo-civil-ao-servico-do-cidadao/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronald Kochem. **Revista de Processo**, v. 37, n. 206, p. 125-133, abril/2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito**, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jorgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jorgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. ‘Juristocracy’ – Political, not Juridical. **The Good Society**, The Pennsylvania State University, University Park, Pa, v. 13, n. 3, p.6-11, 2004.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 93-118, 2008.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **Calif. L. Rev.**, v. 92, p. 1441-1478, 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/calr92&div=42&id=&page=>. Acesso em: 27 mai. 2019.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos avançados**, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340141997000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 maio 2014.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, p. 189-247, 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29852.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

LEONARDO, César Augusto Luiz. **Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-19092014-162900/pt-br.php>. Acesso em: 01 dez 2016.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago., 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59168>. Acesso em: 30 ago. 2018.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua nova**, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em 16 mai. 2019.

MANN, Jonathan M. Medicine and public health, ethics and human rights. **Hastings Center Report**, v. 27, n. 3, p. 6-13, 1997. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.2307/3528660>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **U. Colo. L. Rev.**, v. 73, p. 101-140, 2002. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ucollr73&div=36&id=&page=>. Acesso em 03 jun. 2019.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 85-99, jul. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45284>. Acesso em: 07 mai. 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NORONHA, José Carvalho de; UGÁ, Maria Alicia Domínguez. O sistema de saúde dos Estados Unidos. In: BUSS, PM., and LABRA, ME., orgs. **Sistemas de saúde**: continuidades e mudanças [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1995. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 07 nov. 2019. p. 178-218.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial de direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70385/39893>. Acesso em: 15 jan. 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalism no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 04 abril 2018.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho. 2006. **Derechos y libertades**, n. 14, Época II, enero 2006, p. 151-178. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3780#preview>. Acesso em: 07 mar. 2019.

PESSOA, Laura Scaldaferrri. **Pensar o final e honrar a vida**: o direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Marcelo Bezerra. Os desafios hermenêuticos da gestão processual no Novo Código de Processo Civil. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). **Crise dos poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 58-68.

RIPLEY, Randall B. Stages of policy process. In: McCOOL, Daniel C. (editor). **Public policies theories, models, and concepts: an anthology**. New Jersey: Prentice Hall, 1995. p. 157-173.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. O caso Charlie Gard: em busca da solução adequada. **Revista M. Estudos sobre a morte, os mortos e o morrer**, v. 2, n. 4, jul./dez., 2017. Disponível em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/revistam/article/view/8171>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 456-477.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. **Revista española de derecho constitucional**, n. 71, p. 47-72, 2004. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/24885264?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 13 mar. 2019.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANTANA, Breno Felipe Moraes de. Judicialização da saúde e a necessidade de cooperação técnica entre os órgãos administrativos do estado. **Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas**, Itumbiara, n. 1, p. 1-18, jul.dez., 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/iuris/article/view/1845>. Acesso em: 21 set. 2019.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COITINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 254/2016, p. 45-71, abr., 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1001297-70.2017.8.26.0053**. Disponível em: <https://oabjuris.legalabs.com.br/process/b23260af7b8e398c378df39f13b7ec147787248250e563aa99443ca74fd431de>. Acesso em: 22 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./nov., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/algumas-consideracoes-em-torno-do-conteudo-eficacia-e-efetividade-do-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 24 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, ano 3, n. 9, jan., 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>. Acesso em: 19 jun. 2019.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrd: Alianza Editorial, 2003.

SEGRE, Marco; CARVALHO, Flávio Ferraz. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 31, n. 5, p. 538-542, 1997. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89101997000600016&script=sci_arttext&lng=pt#. Acesso em: 10 jan. 2019.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, 2015, p. 51-61. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 19 mai. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BERCELLOS, Ana Paula de. *et al.* **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

TRINDADE, André Karan; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). **Crise dos poderes da República: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 225-242.

TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia. **Isonomía**, n. 18, p. 47-75, 2003. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100003&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 04 dez. 2018.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 365-369, abr., 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000200025&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 19 de abr. de 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck. “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição Republicana: mudança e conservação”. In: OLIVEN, R. G. RIDENTI, M. BRANDÃO, G. M. (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 91-109.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 3 ed. Madrid: Trotta, 1999.