

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: UM DIÁLOGO A PARTIR DA
METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER¹**

**JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL: A DIALOGUE WITH FRIEDRICH
MÜLLER'S METHODOICAL STRUCTURING LAW**

Paulo Henrique Tavares da Silva²

Suely Coelho Tavares da Silva³

Resumo: Este artigo tem por escopo a construção de um modelo hermenêutico descritivo a incidir nas demandas alusivas à judicialização das políticas públicas no Brasil, a partir das concepções de Friedrich Müller e sua metódica constitucional estruturante. O trabalho faz uso da análise do conteúdo de textos legais, decisões judiciais e diretrizes administrativas, que ao longo do tempo estabeleceram parâmetros aplicáveis nas ações que versam sobre a validade e extensão das políticas de saúde em nosso país. O estudo estabelece as premissas fáticas e jurídicas ao gradual enfrentamento das questões de saúde pública pelo judiciário, objetivando demonstrar que o direito fundamental à saúde se concretiza no estabelecimento da decisão e exige transparência e segurança nessa operação, despontando como crucial o aspecto do desenvolvimento tecnológico, responsável pelo dinamismo da disposição constitucional, ao mesmo tempo em que estabelece riscos à desumanização do sistema.

Palavras-chave: Constituição; Direitos fundamentais; Saúde; Judicialização; Metódica Estruturante.

Abstract: This article aims to construct a descriptive hermeneutic model that focus on the demands related to the judicialization of public policies in Brazil, based on the conceptions of Friedrich Müller and his constitutional methodical structuring law. The work uses the content analysis methodology of legal texts, judicial decisions and administrative guidelines, which over time have established parameters applicable in actions that deal with the validity and extension of health policies in our country. The study establishes the factual and legal premises for the gradual confrontation of public health issues by the judiciary, aiming to demonstrate that the fundamental right to health is concretized in the moment of the judiciary decision and requires transparency and security in this operation, highlighting as crucial the

¹ Artigo recebido em 21 de maio de 2017 e aceito para publicação em 07 de junho de 2018.

² Doutor e mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), em João Pessoa/PB. Professor Adjunto A da UFPB. Professor Titular no Centro de Ciências Jurídicas do Unipê, em João Pessoa/PB. Integrante permanente do PPGD (mestrado) do Unipê. Vice-Diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, em João Pessoa/PB. Email: phsilva13@gmail.com. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-9491-8829>.

³ Mestra em Ciências da Nutrição pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), em João Pessoa/PB. Especialista em Medicina de Família e Comunidade pela Sociedade Brasileira de Medicina de Família e Comunidade. Professora do curso de Medicina do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), onde também coordena a disciplina APSC III (Atenção Primária em Saúde na Comunidade). Email: suelycoelhotavares@gmail.com. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-3757-2956>.

aspect of technological development, responsible for the constitutional dynamism, while at the same time risking the dehumanization of the system.

Keywords: Constitution; Fundamental rights; Health; Judicialization; Methodical structuring law.

1. Introdução

Aquilo que se convencionou denominar por judicialização da política representa um fenômeno multifacetado, oriundo da mutação sofrida nos textos constitucionais dos países ocidentais, num movimento que se intensificou já a partir das primeiras décadas do século passado. Sua origem coincide com o advento do Estado do bem-estar social, a habilitar o cidadão, com extensos catálogos de direitos fundamentais promocionais, para o exercício de pretensões prestacionais positivas frente aos poderes públicos, atitude bem diversa daquilo existente no modelo liberal anterior, marcado pela concepção de Estado mínimo.

Pode-se dizer que a judicialização da política marca, em especial, transformações na relação entre o governo e a sociedade civil. Obriga-se o Estado, diante do novo panorama normativo, a desenvolver políticas públicas sob o crivo de padrões objetivos previamente estabelecidos. O cidadão vê-se empoderado a provocar os poderes públicos visando a efetivação daqueles compromissos legalmente estampados, perseguindo o atingimento das metas sociais e econômicas ali definidas. Por fim, o Poder Judiciário, depositário final de tais demandas, gradualmente foi se inserindo na análise daqueles compromissos alusivos às políticas públicas, seja para aferir sua legalidade ou impor sua execução em casos de inércia dos agentes políticos responsáveis. Em nosso país, embora desde 1985 já existisse um instrumento poderoso para a aferição das políticas públicas pelo Poder Judiciário, representado pela Lei nº 7.347, que disciplina o manejo da Ação Civil Pública, somente com o advento da Carta Constitucional de 1988, dotada de um variado elenco de direitos e garantias fundamentais, é que a judicialização se tornou mais intensa.

Neste trabalho, a atenção volta-se para a judicialização das questões envolvendo o direito à saúde. Tal escolha é motivada pelo fato perturbador de que ainda hoje vivenciarmos debates acalorados quanto à existência e, em caso afirmativo, a extensão dos limites postos ao Poder Judiciário quando se trata de demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, exames, tratamentos especializados, internações em condições exclusivas, dentre tantos outros aspectos relacionados com aquele direito fundamental.

O debate é igualmente enriquecido pois, não raramente, ingressam nas ações argumentos técnicos, econômicos e morais, em decorrência da proclamação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e cláusula nuclear do Estado Democrático de Direito. Além do mais, percebe-se outro aspecto de suma importância no campo jurídico, consistente no poder discricionário do juiz ao interpretar as cláusulas de textura aberta dos direitos fundamentais, onde se exercitam juízos de ponderação e razoabilidade, a partir da perspectiva do mínimo necessário. Enfim: existe um esquema racional e impositivo, deduzido da ordem jurídica, a guiar do magistrado na sua atividade de compor conflitos relacionados ao direito fundamental à saúde?

Assume-se, de logo, a necessidade de se ter um procedimento que justifique as opções assumidas em cada caso submetido à apreciação do judiciário, uma sequência racional e derivada da estruturação do sistema legal, capaz de levar à efeito os princípios da isonomia, impessoalidade e transparência que devem presidir as ações dos agentes públicos, eixos norteadores do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, optou-se por observar a casuística judicial brasileira a partir do prisma de metódica estruturante preconizada por Friedrich Müller, no escopo de estabelecer as premissas relacionadas ao trabalho concretizador das normas constitucionais, particularmente aquelas de direitos fundamentais. Ocorre que aquele modelo, originado do comportamento decisional da corte constitucional alemã, não comporta um decalque perfeito com o modelo brasileiro, sem que se façam determinados ajustes, a partir do centralismo que aqui se espraia em todas as instâncias judicantes. Tais ajustes na teoria de base decorrem tanto do trato com as normas, quanto da práxis do Supremo Tribunal Federal ao enfrentar o tema, conforme veremos ao longo deste ensaio.

Imbuído do escopo de traçar um marco democrático ao exercício da função jurisdicional, nos casos que envolvem a concretização dos direitos fundamentais alusivos à saúde do cidadão, metodologicamente, assume o estudo características de abordagem descritiva, funcional e compreensiva, a partir da decomposição dos elementos que fundamentam o fenômeno estudado, fazendo-se uso da pesquisa documental em textos legais, decisões do STF e doutrina selecionada. Em seguida, aplicar-se-á a metódica estruturante como fundamento ao modelo proposto.

A primeira parte deste trabalho dedica-se às origens e características da judicialização da política, visando identificar seus traços mais marcantes e que se relacionam com o objeto do estudo. No momento seguinte, foca-se naqueles aspectos atinentes à

formação das políticas públicas de saúde no Brasil, sob o prisma da sua normatização constitucional e infraconstitucional, marcadamente destacando o direito fundamental à saúde quanto à sua extensão, cotejada com os princípios da igualdade e da reserva do possível. A terceira parte é dedicada à metódica estruturante, contraposta ao sistema decisional brasileiro, extraindo peculiaridades daquele modelo que melhor se ajustam à concretização do direito fundamental em tela, considerando a realidade nacional.

Desta feita, espera-se contribuir com um procedimento destinado a racionalizar constitucionalmente os litígios crescentes na área da saúde, vinculando-os ao interesse público e às necessidades dos demandantes.

2. Fatores predisponentes e pressupostos à judicialização das políticas públicas

Diversamente de outras figuras com contornos esmaecidos acerca do seu nascedouro, aponta-se que a judicialização da política representa um fenômeno que possui características próprias, marcando a história do Poder Judiciário das democracias ocidentais a partir da segunda metade do século XX. Cuida-se de mudança comportamental que se evidencia nas cortes de cada país, relacionada a um cenário econômico e institucional somente vivenciado a partir daquele determinado momento histórico.

No estudo denominado *The global expansion of judicial power*, de autoria de Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995, p. 28), publicado nos Estados Unidos, em que se pretendeu dar tratamento exploratório ao tema, foram identificados traços dessa expansão em diversos países, particularmente nos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, França, bem como nas chamadas “pequenas democracias” da Holanda, Suécia, Malta e Israel, chegando mesmo a se encontrar evidências desse novel fenômeno em países da África, Ásia e em algumas repúblicas pós-comunistas da Europa oriental. Naquela obra, vamos encontrar a conceituação até hoje mais festejada dentre aqueles que se interessam pelo tema, que subdivide a judicialização da política em dois sentidos: o primeiro voltado para a atuação dos tribunais; o segundo, consequencial, representado pela utilização extrajudicial de procedimentos que antes somente eram manejados nas Cortes, sendo evidente nosso interesse pela primeira acepção, que seria, no dizer daqueles autores, “[...] o processo pelo qual os tribunais e juízes passaram cada vez mais a dominar a elaboração de políticas públicas, que foram feitas (ou, acredita-se, deveriam ser feitas) por outros órgãos governamentais, especialmente legislativos e executivos”.

Contudo, talvez essa concepção não comporte a dimensão integral daquilo que representa o fenômeno aqui discutido, sendo interessante apontarmos aqui um conceito ampliado, que não restringe a judicialização apenas ao procedimento da revisão judicial das políticas públicas, como também engloba o aumento da presença de processos e decisões judiciais na vida política e social e, em decorrência disso, o aumento da resolução dos conflitos políticos, sociais ou entre Estado e a sociedade levados aos tribunais. (SIEDER et al., 2005, p. 3).

Não há dúvidas que o judiciário atravessa momento de expansão, passando a abarcar questões que antes não lhe chegavam para decisão. Daí porque se pode falar em judicialização como gênero, bem como em judicializações específicas, ora voltadas para questões eleitorais (ver o caso *Bush v. Gore* nos Estados Unidos) ou para problemas sociais (p. ex., questão da união homoafetiva enfrentada pelo STF). Aqui iremos analisar especificamente a judicialização de políticas públicas referentes à saúde, através da qual a iniciativa judicial se volta para a formulação, direta ou indireta, de estratégias administrativas ou da concretização de meios para a efetivação dos direitos fundamentais, particularmente de natureza socioeconômicos, estes que eram, até então, de formatação exclusiva do legislativo ou executivo. Contudo, essa nova perspectiva seria resultante de uma série de fatores predisponentes, destacando-se, a necessidade duma ambiência democrática, garantindo-se uma efetiva separação de poderes e o respeito ao devido processo legal, como também a presença de um catálogo de direitos e garantias individuais e coletivas, assegurado constitucionalmente, a reclamar efetividade por parte do Estado.

Além desse quadro institucional, seria ainda preciso que os partidos políticos, especialmente os minoritários e aqueles de oposição, tivessem acesso aos tribunais para que pudessem defender seus pontos de vista quanto à efetivação das políticas públicas impostas pela maioria, o mesmo podendo ser dito acerca de organizações não-governamentais e demais segmentos sociais organizados, representativos de minorias, que igualmente fariam uso das cortes visando preservar ou implementar ações governamentais de seu interesse.

Uma vez garantido institucionalmente o acesso ao Poder Judiciário, sua utilização também poderia ser feita diante de um cenário pouco favorável à efetivação dos direitos fundamentais, frente à paralisia do legislativo. Seja porque a regulação não ocorreu porque o processo legislativo é pouco resolutivo, ou mesmo em decorrência de um corpo parlamentar corrompido e pouco disposto a implementar as mudanças legais que atenderiam os reclamos da maioria da população.

Considerando a origem dos influxos causadores do fenômeno, pode-se identificar uma judicialização da política que se manifesta de três formas: de cima para baixo; de baixo para cima e de fora para dentro. (SIEDER et al., 2005, p. 4-5). As duas primeiras modalidades operam internamente em cada país. De cima para baixo é aquela espécie de judicialização que mais aproxima da ideia que se tem do ativismo judicial, uma vez que os juízes, geralmente integrantes de cortes constitucionais, passam a adotar interpretações mais arrojadadas das normas, obrigando o legislativo a observar tais entendimentos quando da elaboração das leis, bem assim constringendo o executivo e suas agências governamentais na adoção de políticas públicas sintonizadas com as pautas que foram definidas naquelas cortes superiores. Ao invés, seria de baixo para cima aquela judicialização provocada por partidos políticos ou grupos de pressão interessados em questionar as políticas desenvolvidas pelos poderes públicos, buscando interpretações que se coadunem com suas pretensões. Entram em cena aqui todos os mecanismos modernamente disponíveis para que se possa, legitimamente, pressionar as cortes, a exemplo das manifestações públicas e do uso das mídias impressas e eletrônicas, visando chamar à atenção para o problema e municiar os juízes de argumentos que defendam a tese que se quer ver prevalecente.

Interessante notar que esses movimentos ascendentes e descendentes muito se assemelham aos processos de formação de decisão tomados tanto na esfera legislativa quanto no executivo. Frise-se, ainda, que elementos até então desconsiderados quando da elaboração de um julgado, antes atinentes ao procedimento meramente subsuntivo entre a norma e o caso concreto, numa dimensão microcós mica, passam a ser sopesados pelos tribunais frente a ações com forte repercussão na coletividade, a exemplo do custo econômico relacionado com uma determinada maneira de se levar concretude a um direito fundamental.

No entanto, ainda há que ser considerado o aspecto transnacional da judicialização da política (de fora para dentro), destacando-se aqui a atividade dos organismos internacionais de fomento ao desenvolvimento, que pressionam os países a adotarem modelos de judiciário inspirados no padrão americano da *judicial review*, estimulando a adoção de mudanças institucionais internas, a exemplo do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. Noutro lado, há toda uma jurisprudência internacional produzida pelos organismos judiciários supranacionais, ligados a Organização das Nações Unidas ou oriundos de blocos regionais, que cada vez mais se incorporam ao ordenamento legal interno dos países, estimulando uma participação mais efetiva do judiciário no processo de desenvolvimento das políticas públicas.

Acentue-se que a judicialização da política teria descendência com o movimento de reconhecimento dos direitos sociais, desencadeado a partir da segunda metade do século XIX, e que foi mundializado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, p. 4), estimulando reclamos pelo desenvolvimento econômico nos países mais pobres, no reconhecimento das desigualdades regionais a serem superadas, na concepção de que a democracia é o melhor modelo de governo, na necessidade da proteção aos grupos vulneráveis (não apenas por razões decorrentes da pobreza extrema, como também por questões étnicas e culturais).

Acompanhando essa expansão dos direitos humanos, o capitalismo passou por transformações consideráveis. Do Estado liberal, tipicamente concebido após as revoluções burguesas do século XVIII, que ao menos no plano teórico deixava o mercado livre para se desenvolver, passamos para o Estado social, em fins do século XIX, sendo interventor e regulador das práticas econômicas, promotor de políticas voltadas ao desenvolvimento do mercado interno na busca do pleno emprego, protegendo os interesses dos trabalhadores através de uma gestão tripartite com os empregadores e o governo. O contexto das práticas neoliberais, ressurgidas com a falência do modelo do *welfare state*, a partir dos anos 80, levou ao encurtamento dos horizontes referentes à intervenção estatal na formação e estímulo a políticas públicas no segmento da saúde, fato que somente veio a agudizar o cenário propício à judicialização.

Adentrando no tema em relação ao nosso país, cumpre destacarmos decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na avaliação das políticas públicas. Estamos falando da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 que, embora precocemente arquivada, encontra na sua decisão monocrática, da lavra do Ministro Celso de Mello, análise escorreita do tema, sintetizando aquilo consolidado naquela Corte até então. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 116), destaca que, à luz da jurisprudência do STF, seriam necessários alguns requisitos para que o judiciário intervenha no controle das políticas públicas. Seriam eles: o limite fixado pelo mínimo existencial; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público; a existência de disponibilidade financeira do ente público para tornar efetiva aquilo que se busca judicialmente.

Observa-se daquela decisão do Supremo Tribunal a necessidade do julgador em proceder um juízo de ponderação, proporcionalidade, entre aquilo que se estabelece como um mínimo para a preservação da dignidade da pessoa humana, princípio este fundante da nossa

República (CF, art. 1º, III) e as condições materialmente disponíveis para tanto. Com efeito, lembra-nos Paulo Bonavides que o princípio da proporcionalidade alberga três conteúdos parciais: a pertinência ou aptidão, onde se examina a adequação, a conformidade ou validade do fim; a necessidade, aferindo-se se a medida não excede os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo almejado; enfim, a proporcionalidade em sentido estrito, a obrigar que a escolha recaia sobre o meio mais suave, menos gravoso, vedando-se vias inadequadas ou desproporcionais frente os interesses concretamente sopesados (BONAVIDES, 2000, p.360-361). Estaria, assim, no dimensionamento daquelas três esferas, com ênfase nesta última, a delimitação do espaço à discricionariedade judicial destinada à aferição das políticas públicas no Brasil, considerando-se, sempre, as peculiaridades de cada caso concreto. Entretanto, estamos ainda no terreno de hipóteses gerais, sendo interessante destacar o fato da jurisprudência daquela Corte Superior, no curso do tempo, ter construído padrões específicos para situações que demandam impacto socioeconômico elevado, a exemplo das questões referentes ao direito à saúde, conforme veremos a seguir.

3. Políticas públicas de saúde no Brasil: diretrizes normativas e jurisprudenciais

O direito constitucional à saúde no Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988, passou por um procedimento de refinamento e adequação, graças à atividade normativa ordinária do legislativo, administrativa e do Poder Judiciário, neste último aspecto despontando o papel do Supremo Tribunal Federal. Gradualmente, a amplitude da cláusula constitucional foi sendo moldada às necessidades dos usuários, considerando os recursos disponíveis para tanto, num exercício contínuo de ajuste entre aquilo que se deseja e o possível, ao menos alegado pelos entes públicos, situações que em inúmeros casos desaguaram no Poder Judiciário, desencadeando um procedimento de centralismo decisional, no sentido de emprestar segurança jurídica e previsibilidade no trato dessas demandas.

3.1. Desafios à implementação do SUS no Brasil: atividade normativa e administrativa

O Sistema Único de Saúde – SUS é reconhecido por muitos como a mais ampla e inclusiva política pública, por assegurar o direito à saúde, que abrange também o direito à vida, para mais de 190 milhões de cidadãos em nosso país. A Constituição Federal de

1988 criou o SUS, em seu artigo 198 e considera em seu artigo 196 a saúde como um direito de todos e dever do Estado, uma vez que defende o acesso às ações e serviços de promoção, prevenção e recuperação de forma universal e igualitária, mediante políticas sociais e econômicas, específicas para dar conta dos seus objetivos. A Lei n. 8.080/1990, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, afirmou que o SUS deve efetuar ações de assistência terapêutica integral (BRASIL, 2011, p. 37).

A criação do SUS trouxe propostas inovadoras e ousadas no âmbito da saúde e agregou alguns desafios, principalmente por defender o cuidado equânime, com ações descentralizadas, garantindo a participação direta da sociedade. A atenção à saúde no SUS deve operar com respostas coerentes à situação de saúde dos cidadãos e às suas necessidades específicas. Porém, o sistema de saúde ainda não está preparado para lidar com problemas complexos, o que resulta numa descontinuidade da atenção, tornando-se fragmentada, de baixa qualidade e com custos altos, derivados da má gestão das condições de saúde. Há, ainda, pouca articulação de recursos, de equipes e das tecnologias entre os operadores da saúde (MENDES, 2011, p. 58).

Os entes federativos deveriam assegurar aos usuários o acesso às ações e aos serviços de saúde de forma universal, igualitária e ordenada, mas é imprescindível que também sejam garantidas a transparência, a integralidade e a equidade no acesso. Cabe a União, Estado, Distrito Federal e Municípios, conforme a integração de competências do âmbito de cada um deles, a função de orientar e organizar os fluxos das demandas e da rede de cuidados em saúde, estabelecendo-se uma distribuição regional das ofertas de ações e pontos de atenção à saúde com clara definição dos seus limites geográficos, da população usuária, das responsabilidades, critérios de acessibilidade e escala para conformação dos serviços, além de responsabilizarem-se pelo seu monitoramento. É responsabilidade do Ministério da Saúde dispor sobre critérios, diretrizes, procedimentos e demais medidas que auxiliem os entes federativos no cumprimento das suas atribuições (BRASIL, 2011, p. 8).

No contexto socioeconômico e político brasileiro atual, presenciamos uma crescente escassez de recursos. O financiamento destinado às políticas públicas tornou-se insuficiente para o atendimento de todas as necessidades sociais, impondo ao Estado, representado pelos gestores de saúde, a escolha do que será ofertado ou não à população. Investir integralmente em um programa poderá acarretar o não investimento noutro, igualmente relevante. Diante desse impasse, o mais seguro para a atuação dos profissionais de saúde é tirar proveito dos critérios estabelecidos pela Medicina Baseada em Evidências, para avaliar e incorporar, se

possível, o avanço das tecnologias, os critérios e as condutas expressas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, os quais fundamentam a garantia de uma prática mais eficiente, eficaz e efetiva (BRASIL, 2015, p. 50, 79).

Na verdade, ao longo da trajetória do SUS, os recursos públicos demandados sempre foram insuficientes para garantir a promessa de uma saúde pública universal. Sem dúvida, o enfrentamento desse problema, a partir de uma racional ampliação dos recursos tecnológicos, humanos e financeiro, poderia reduzir as desigualdades regionais no acesso à rede de atenção à saúde, assim como melhorar a qualidade do cuidado, para toda a população, expandindo-se e aparelhando a rede pública (MENDES; WEILLER, 2015, p. 503). O aparato tecnológico necessário à saúde está acima do interesse mercadológico, a significar uma imposição incorporar novas tecnologias, as quais englobam equipamentos, conhecimentos, recursos humanos qualificados para sua operacionalização, infraestrutura e sua manutenção, para atender ao direito da população à saúde integral e resolutiva, e, mormente, responder às mudanças decorrentes de um novo perfil de morbimortalidade brasileiro (BRASIL, 2015, p. 52).

Os direitos consagrados na Carta Magna brasileira e a distância que se estabeleceu, entre o que se espera do Estado e o que o SUS tem conseguido atender, representam motivo de inquietação e insatisfação para as pessoas. Diante da crise vivenciada contemporaneamente, acerca do não atendimento das necessidades do indivíduo, a sociedade passou a demandar dos entes federativos, perante o poder judiciário, perseguindo a concretização dos seus direitos, residindo aí a gênese da judicialização das políticas da saúde, que transcorre em larga escala atualmente. Segundo foi ressaltado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, o cumprimento das decisões judiciais, relacionadas a aquisição de medicamentos e insumos apresentou-se cerca de quatorze vezes maior, nos últimos oito anos (TCU, 2017, p. 1).

O fenômeno da judicialização da saúde reflete fatos contemporâneos, realçados na década de 1990, como o aumento da percepção do cidadão acerca dos seus direitos, frente ao conhecimento da garantia constitucional de uma gama de prerrogativas sociais e individuais, em detrimento à inadequação do atendimento dos serviços públicos às reais necessidades de saúde das pessoas, por falhas no SUS e descumprimento da garantia dos seus direitos (BRASIL, 2015, p. 62). Atribui-se também esse aumento do litígio em saúde à uma interpretação mais abrangente do judiciário, que englobaria o direito à dispensação de todos

os medicamentos disponíveis no mercado, por exemplo, desconsiderando as políticas públicas da saúde (CHIEFFI; BARRADAS; GOLBAUM, 2017, p. 5).

As decisões judiciais acontecem numa seara universalmente recente e não consensual, o fluxo de processos para o judiciário, que versam sobre os conflitos entre o cidadão e o Estado, representa um pensamento jurídico novo. Por vezes, os operadores do direito são acusados de tornar o conceito de acesso distorcido, com sentido reverso, uma vez que privilegiam uns poucos, que obtêm sentenças favoráveis, mas são incapazes de solucionar satisfatoriamente todos os conflitos, por desconhecimento do tema a ser julgado. Caberia aqui questionarmos a respeito da formação dos profissionais do direito e dos gestores públicos, quanto à manutenção atual de um caráter tradicionalmente litigioso e adversarial de atuar nos campos inerentes ao direito. Cobra-se de ambos uma postura mais moderna, qualificada para melhor compreender e resolver as peijas no direito à saúde, pautada pela escuta das argumentações de gestores e pela mediação, por tratar-se de um caminho pacífico para a gestão de conflitos, que reduz também o risco de se apartar das decisões os propósitos coletivos (BRASIL, 2015, p. 40; DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 508 - 512). Nesse sentido, desponta a política de assessoramento técnico obrigatório instituída pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir de 2010, de que falaremos a seguir.

Essas demandas antecedem a um verdadeiro conflito entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, sendo que os executantes, são forçados por tais decisões a garantir benefícios sociais diversos. Com frequência, a jurisprudência contrasta com as políticas de saúde vigentes, rompe o direito à igualdade e extrapola os limites orçamentários, que, por sua vez, tem previsão regulamentada em lei própria, com aquisições não programadas para o normal abastecimento do SUS, conforme o planejamento do setor da saúde, o que pode resultar em gastos extraordinários com processos administrativos de dispensas de licitação e promover uma distribuição não equânime de esforços humanos e materiais (DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 509).

Cabe ao Poder Judiciário “interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico” (LIMA, 2009, p. 1). A existência e a sustentabilidade do SUS e dos instrumentos garantidores do direito são essenciais para a democracia e configuram elos indissociáveis entre a lei, a sociedade e os indivíduos. Ao sistema sanitário brasileiro cabe a estruturação, a execução e o monitoramento da política de saúde e, mesmo quem não tem relação direta com o sistema sanitário é usuário do SUS. A grosso modo, o Poder Judiciário abarca demandas que não se encontram na política de saúde

e nem deveriam estar; itens que estão na política de saúde e não são disponibilizados para os usuários e aqueles que não se encontram na política de saúde e merecem avaliação da possibilidade de sua incorporação (BRASIL, 2015, p. 81-82).

Não se pode afirmar que inexistem parâmetros administrativos detalhados acerca dos serviços ofertados pelo SUS. Cumpre ressaltar o papel regulador na iniciativa de se instituir uma Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES, que inclui todas as ações e serviços que o SUS oferece para atendimento da integralidade da assistência à saúde. Ademais, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME contém a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS (BRASIL, 2011, p. 9). Aos Estados, Distrito Federal e municípios é permitido, ainda, segundo suas necessidades, ampliar o rol de medicamentos fornecidos para a população, desde que estejam em consonância com a RENAME, que respondam pelo seu financiamento e que os produtos sejam registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 2011, p. 10).

O SUS é concebido, por vezes, como um balcão de serviços, onde são demandados serviços, ações e medicamentos fora da RENASES e RENAME ou mesmo para usuários da saúde privada, como complemento ao plano de saúde, tolhendo o princípio da igualdade, por não seguir os trâmites necessários ao SUS. Como todo padrão, ainda que as políticas de saúde se apliquem a grande número de situações, não podem ser tomadas em caráter absoluto, sob pena de gerar problemas decorrentes da falta de mediação e ajuste entre um modelo recomendado e uma realidade com características singulares. Aqui podemos citar algumas solicitações dos usuários muito comuns, as quais podem ser objeto de uma ação judicial:

- a) medicamentos em falta na rede de serviços públicos, inseridos ou não na RENAME, com ou sem registro na ANVISA, muitos até experimentais;
- b) exames de apoio diagnóstico;
- c) internações, procedimentos ambulatoriais e cirúrgicos;
- d) assistência domiciliar com pedido de prótese e órtese e material de apoio como cama hospitalar, entre outros;
- e) profissionais para assistência domiciliar vinte quatro horas;
- f) respiradores, aspiradores de secreção, curativos de alto custo, insumos de uso diário, fraldas descartáveis;

- g) manutenção indefinida do cuidado domiciliar, não permitindo que a alta seja dada a critério do profissional de saúde do SUS;
- h) diversos pedidos de alimentação, sejam fórmulas enterais, parenterais, suplementos, leites especiais, entre outras dietas solicitadas.

Tratar da integralidade da assistência à saúde expressa o que será garantido ao cidadão e para oferecer essa garantia houve a necessidade de regulamentação do acesso aos serviços e tratamentos com maior clareza. Nesse desiderato, cite-se também a publicação do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamentou a Lei 8.080/90, cujos objetivos seriam regular a estrutura organizativa do SUS, o planejamento de saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa. Além disso, o Decreto deu maior transparência na gestão do SUS, mais segurança jurídica nas relações interfederativas, pelo esclarecimento do Ministério Público e do Poder Judiciário, com subsídios para melhor discernir o que são demandas justas daquelas de caráter duvidoso ou improcedentes e ampliou o controle social, para que o cidadão conheça as ações e serviços ofertados nas regiões de saúde e organizados em redes de atenção à saúde (BRASIL, 2011, p. 3-4).

Na vigência da regulamentação legal da saúde, são requisitos, segundo o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (BRASIL, 2015, p. 10-11), para o acesso à assistência farmacêutica: existir o usuário, cumulativamente, que ele seja assistido nos serviços de saúde do SUS; tenha o medicamento prescrito por profissional de saúde no exercício regular de suas funções no SUS, desde que a prescrição esteja em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com uma relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos e, ainda, a dispensação deve se dar em unidades indicadas pela direção do SUS. Contudo, aceitar documentações dos serviços privados de saúde, no âmbito do SUS, será permitido quando respeitadas as regulamentações dos Componentes da Assistência Farmacêutica do SUS e as pactuações das Comissões Intergestores Tripartites e Bipartites, segundo a Portaria/MS n. 2.928, em 12 de dezembro de 2011.

Os entes federativos pactuam nas respectivas Comissões Intergestores as suas responsabilidades em relação às ações e serviços dispostos na RENASES e o Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e sobre os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas de âmbito nacional. Todos, de certa forma, limitam de maneira justa um rol de ações, serviços e medicamentos suficientes para a satisfação da integralidade da

assistência à saúde, de conformidade com as políticas públicas. São também limitantes para as demandas ao judiciário, exceto quando é clara a omissão do poder público, o que garantirá ao cidadão o seu direito a prestação do serviço público (BRASIL, 2011, p. 9-10).

O artigo 196 da Constituição Federal esclarece que a garantia do direito à saúde será possível por intermédio de políticas sociais e econômicas, o que não confere direito ao cidadão de postular judicialmente, que o Estado forneça tratamentos puramente experimentais, sem comprovação de sua eficácia ou exigir medicamentos de marca. A situação até poderia caracterizar a inexistência de tratamento na rede pública, mas, nunca a omissão do poder público, o que não impõe, como obrigação jurídica, condenar o seu custeio pelo SUS. Mesmo por que não é permitido autorizar o fornecimento de tratamentos experimentais e sem registro na ANVISA. Também compete à administração pública a melhor distribuição de recursos públicos, e, atender aos interesses mais imediatos de um indivíduo, em detrimento aos demais cidadãos, fere essa premissa (BRASIL, 2015, p. 52-58).

A Lei n. 8.080/1990 delimita o SUS na totalidade das ações e serviços de saúde, oferecidos nos diversos órgãos e instituições públicas nas três instâncias, da administração direta e indireta e das fundações amparadas pelo Poder Público. E, para dar sustentabilidade a um Sistema de Saúde com tamanha complexidade é imprescindível ter um conhecimento satisfatório sobre as medidas jurídicas cabíveis na garantia universal da integralidade da assistência terapêutica. Igualmente relevante é atentar para o adequado financiamento, o planejamento das ações, o empenho de todo o ciclo logístico, o uso racional dos medicamentos, a melhoria na estrutura dos serviços, o provimento e qualificação dos recursos humanos e a melhoria do sistema de informação, requisitos fundamentais, para a própria sustentabilidade da política de saúde e do direito dos brasileiros.

3.2. Protagonismo judicial do STF gizando limites ao direito à saúde

Notadamente, o judiciário foi alvo de uma pletera de demandas envolvendo as mais variadas dimensões do direito à saúde, cujas linhas mais relevantes estão acima gizadas, ações que gradualmente foram atingindo os mais elevados níveis da jurisdição. Sensível ao quadro, entendeu o Supremo Tribunal Federal por estabelecer determinadas diretrizes para a atuação dos órgãos julgadores inferiores quando do enfrentamento desse tipo de demanda. Nesse sentido, imperiosa se faz a análise do conteúdo da decisão proferida nos autos do AG

REG NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47, apreciado pelo Tribunal Pleno em 17/03/2010, cuja relatoria ficou a cargo do Min. Gilmar Mendes.

Cuidava-se de um agravo regimental contra decisão do Presidente do STF à época, Min. Nelson Jobim, que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar proferida pelo juízo federal da 8ª Vara de Petrolina/PE (Ação Civil Pública nº 2004.83.08.000505-0), que impôs ao Estado de Pernambuco e à União a adoção de todos os meios necessários para auxiliar aquele município no sentido de regularizar serviços prestados em hospital público ali sediado. O Pleno do STF, por unanimidade, negou provimento ao apelo. Contudo, interessamos o magnífico mapeamento das questões atinentes ao exercício do direito à saúde, contidos no voto do Relator.

Diante da expressiva quantidade de pedidos oriundos do Poder Público no sentido de suspender decisões proferidas pelas instâncias inferiores em casos análogos, convocou o Relator Audiência Pública para ouvir especialistas na matéria, tais como gestores públicos, magistrados, integrantes do Ministério Público, defensores públicos, advogados da União, Estados e Municípios, além de organismos da sociedade civil envolvidos na temática. Concluídos os trabalhos, esclarece o Relator, com grifos da sua lavra:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. **Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.** Esse dado pode ser importante para a **construção de um critério ou parâmetro para a decisão** em casos como estes, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera de outros Poderes (BRASIL, 2010a, p. 17-18).

Sendo assim, a primeira providência a ser observada é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Se a resposta for afirmativa, não estamos no terreno da criação de qualquer política pública, mas tão-somente determinando a cumprimento de obrigação já assumida pelo Poder Público. Caso contrário, há

que se indagar se a não-prestação decorre: de omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa de não a fornecer; de uma vedação legal a sua dispensação.

No território da omissão legislativa ou administrativa, insere a decisão, por exemplo, a hipótese do fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, destacando o STF que a existência desse requisito é de suma importância para atestar a segurança e o benefício do produto. Todavia, os comandos contidos da Lei nº 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária, admitem exceções, inclusive aquelas insertas na Lei nº 9.782/99 (BRASIL, 1999, p. 1) - que criou a ANVISA - a permitir, em hipóteses restritas, a dispensa do registro de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para o uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Na segunda hipótese geral acima traçada, existe decisão administrativa motivada vedando o benefício perseguido, situação em que há que se distinguir: se o SUS fornece tratamento alternativo, ou, se o SUS não tem tratamento adequado para tal patologia. Caso exista tratamento, sustenta o acórdão que, “em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”. Sobressai, ao revés, que se houver prova da ineficácia de tal tratamento para o paciente, em virtude de suas características individuais, pode-se determinar a custeio dessa via pela entidade privada que a fornecer.

Caso inexista tratamento adequado fornecido pelo SUS, duas situações devem ser observadas. Os tratamentos puramente experimentais devem ser regidos pelas regras atinentes à pesquisa médica e o poder público não pode ser condenado a fornecê-los. No entanto, há novos tratamentos, fruto da evolução da ciência médica, simplesmente ainda não incorporados ao SUS, ressaltando que a demora em sua aprovação pode ser danosa ao paciente, especialmente se tal prática já estiver consolidada na iniciativa privada, com eficácia notadamente comprovada. Diz o acórdão:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se num obstáculo à concessão da medida cautelar (BRASIL, 2010a, p. 17-18).

Imbuído da necessidade de acompanhar o desenvolvimento tecnológico em matéria da saúde, gradualmente o Conselho Nacional de Justiça foi estabelecendo uma rede paralegal destinada a fornecer subsídios nos casos de judicialização das políticas públicas nessa seara, iniciada pela Recomendação 31/2010 (BRASIL, 2010b, p. 4-6), ficando ali estabelecida a obrigação em relação aos Tribunais Estaduais e Federais no sentido que estabelecessem convênios que objetivassem a disponibilização de apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde (item I, “a”).

Em prosseguimento à política de centralismo levada à efeito pelo CNJ, restou criado, pela Resolução 107/2010 (BRASIL, 2010c, p. 9-10), o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, a quem compete:

I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; **II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde**; **III - a proposição de medidas concretas e normativas** voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; **IV - a proposição de medidas concretas e normativas** voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; **V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.**

Esse trabalho de monitoramento restou ainda mais intensificado e capilarizado pela Resolução 238/2016 (BRASIL, 2016, p. 8-9) daquele Conselho que, em seu artigo 1º, dispõe:

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 usuário 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.

Vale ressaltar que as atividades do Fórum Nacional acima mencionado se articulam com a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), criada no âmbito do SUS através da Lei 12.401/11 (BRASIL, 2011, p.1), responsável pela emissão de relatório que levará em consideração:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Por fim, ainda merece destaque os enunciados aprovados pela I e II Jornadas de Direito da Saúde, publicados no sítio na internet do Fórum da Saúde (<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude>), como também as notas técnicas produzidas pelos Núcleos de Apoio Técnico (NATs), igualmente veiculadas naquele portal, que podem subsidiar o magistrado em seu mister de solucionar demandas individuais e coletivas referentes à concretização do direito à saúde.

4. Concretizando o direito constitucional à saúde: um diálogo com a metódica estruturante de F. Müller

O presente ensaio foi feito almejando identificar e descrever um modelo desenhado no sistema jurídico nacional relacionado ao direito à saúde, que se radica na Constituição e desce pelos ramos normativos, chegando a elementos periféricos extralegais, não menos importantes. Daquilo que foi exposto até então, percebe-se que as questões que envolvem o gênero judicialização da saúde somente podem ser compostas a partir da satisfação de requisitos que residem fora do texto constitucional. Isso somente faz reiterar a conclusão

adotada pelas correntes pós-positivistas de que a norma não se encontra encartada no texto, no suporte grafado em qualquer meio físico ou eletrônico, mas é o resultado de uma atividade intelectual construída a partir do uso da língua, mesclada por elementos de pré-compreensão gerais e específicos da matéria regulada, revelando-se a partir do trabalho hermenêutico do sujeito aplicador da norma.

Essa preocupação essencial com insuficiência do texto legal como gerador da premissa maior do silogismo, que caracteriza a aplicação do direito ao caso concreto, foi compartilhada por uma série de jusfilósofos a partir da segunda metade do século passado, aqui destacando a figura proeminente de Friedrich Müller e sua metódica estruturante do direito. Aqui iremos encontrar uma especial ênfase na atividade de aplicação do direito à casuística, não a partir de uma perspectiva objetiva, mas sim tomando por base a atividade do sujeito que se utiliza da norma em sua atividade de resolver casos concretos. Identifica Müller ainda uma necessidade específica do Estado Democrático de Direito referente ao imperativo da transparência no trato com a decisão judicial. Segundo ele o método que desenvolve decompõe a atividade de elaboração da decisão “em passos de raciocínio suficientemente pequenos para a abrir caminho ao *feed-back* controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica” (MÜLLER, 2010, p. 54). Acerca dos componentes essenciais da metódica proposta por Müller, acentua João Maurício Adeodato:

A tese de Müller é que o texto e a realidade estão em constante interrelação e que esta interrelação, seja mais seja menos discrepante, é que vai constituir a norma jurídica. Quer dizer, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, norma **geral** não é prévia, só o texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção, pois a *Rechtsnorm* só vai ver criada após o trabalho de concretização (ADEODATO, 2010, p. 241).

O cerne da metódica reside, portanto, na noção de normatividade - que vai além da vigência, elemento este contido no texto legal-, ela que “designa a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada” (MÜLLER, 2009b, p. 30). Diz Müller:

A normatividade não é uma forma pura, não é uma figura logicizada, nem um imperativo subsistente por si só ou passível de ser circunscrito a si próprio, imperativo esse que poderia sobrepor-se aos âmbitos da “realidade” como “norma”. Ela é o modelo do ordenamento materialmente configurado, mas que não adentra a esfera da realidade material. A norma assim entendida não constitui um fim em si

mesma, nem pode ser norma “pura”. Justamente a contingência e as condições da vida histórica real constituem o espaço de atuação da normatividade e fazem com ela seja necessária. Assim como não há métodos puramente jurídicos, também não há um âmbito puramente jurídico de circunstâncias reais sociais (MÜLLER, 2009a, p. 228).

As normas destinam-se à cobertura de aspectos sociais reais, aferidos dinâmica e dialeticamente, integrando sua validade, denominando-se âmbito normativo. Ela, a norma, como um projeto obrigatório, somente encontra realização a partir da ocasião histórica, condição social e campo prático de atuação (MÜLLER, 2009a, p. 228). A norma, estrutura-se, portanto, em duas esferas interligadas e que funcionam articuladamente, conforme a síntese que segue:

Do conjunto de fatos afetados por um preceito, da parcela da realidade que haja de regular, isto é, do âmbito material, extrai o preceito legal ou “programa normativo”, que há de ser interpretado sobretudo mediante os recursos tradicionais, o âmbito normativo na qualidade de parte integrante do preceito. O âmbito normativo não é, por conseguinte, um conglomerado de fatos materiais, senão uma conexão, expressada como realmente possível, de elementos estruturais extraídos da realidade social desde a perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo, e que habitualmente se encontram pré-formados juridicamente. Com a distinção entre âmbito material e âmbito normativo fica descartada a “força normativa do fático” como usurpação da eficácia normativa por parte de meros fatos (MÜLLER, 2009b, p. 30)

A estrutura da norma jurídica resta fundada, basicamente, em duas dimensões: o programa da norma e o âmbito da norma. O programa da norma é o resultado da interpretação do texto da norma a partir dos dados iniciais fornecidos pela linguagem. Já o âmbito da norma é a resultante da perspectiva valorante (recorte da realidade) formulada pelo programa da norma, a partir do âmbito material (totalidade das hipóteses sobre a questão material inicial introduzida) e das especificidades do âmbito do caso (CHRISTENSEN, 2009, p. 241). O programa da norma atua como mediador entre o conjunto de matérias e a construção do âmbito da norma, este último, “compõe-se de fatos, diante de um caso a ser resolvido e dos textos da norma a ele correspondentes, à luz de toda a experiência jurídica acumulado, precisam ser considerados e não podem ser aleatoriamente escolhidos” (ADEODATO, 2010, p. 251).

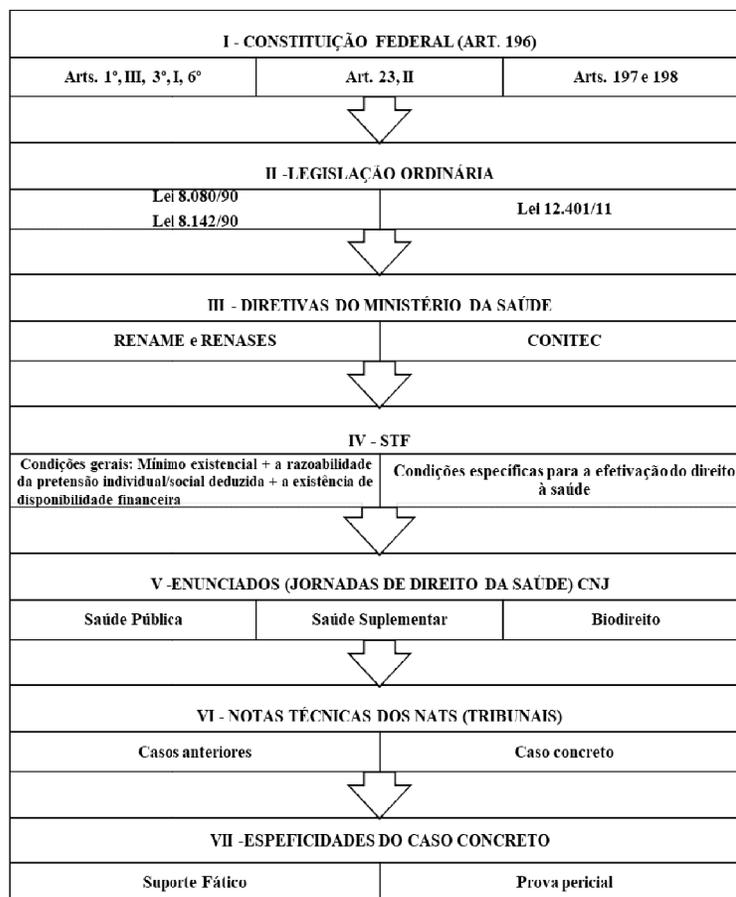
Müller (2010, p. 106) apresenta, sinteticamente, os seguintes elementos que entram no “jogo” da concretização: a) elementos metodológicos *strictiore sensu* (métodos de interpretação gramatical, histórica, genética, sistemático e teleológicos, juntamente com os princípios isolados da constituição); b) elementos do âmbito da norma; c) elementos dogmáticos; d) elementos de teoria; e) elementos de técnica de solução; f) elementos de

política do direito e de política constitucional. Estabelece ainda regras de hierarquia entre esses elementos, aduzindo que os elementos previstos nas alíneas “a”, “b” e “c”, por serem diretamente referidos à normas, detém preferência sobre os demais. Contudo, faz questão de pontuar que dentre estes, aqueles que mais se aproximam do texto normativo ocupam posição de maior importância, por possuírem função limitadora intrínseca, no caso de conflito o respectivo argumento mais próximo ao texto da norma terá precedência sobre o argumento mais distante daquele, um elemento metodológico no sentido mais restrito ao texto da norma derrota um elemento meramente juspolítico ou um elemento dogmático não diretamente referido à norma (CHRISTENSEN, 2009, p. 245).

No caso brasileiro, mantendo-se o foco no direito constitucional à saúde, o modelo normativo constitucional apresenta substantiva similaridade com a metódica estruturante sob comento, contudo, guardando uma vinculação de elementos extratextuais da norma bem mais forte que a tese inicial, haja vista o papel de centralidade que nossa Corte Constitucional desempenha, assumindo a condição de intérprete exclusivo e, nos seus julgados, gizando os limites fáticos da incidência da norma, produzindo, antecipadamente e com força vinculante, recortes no âmbito normativo (dados reais a serem sopesados pelo aplicador da norma).

Com efeito, as questões alusivas à judicialização das políticas de saúde pública orbitam na cláusula inserta no art. 196 da Constituição Federal. Tal dispositivo é decomposto na decisão do STF na SL 47-AgR/PE em quatro partes: “(1) ‘direito de todos’ e (2) ‘dever do Estado’, (3) garantido mediante ‘políticas sociais e econômicas’ (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do ‘acesso universal e igualitário’ (6) ‘às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação’”. As seis dimensões acima citadas, carecem de detalhamentos extraídos do próprio sistema normativo (constitucional e infraconstitucional) e aproximações com a dinâmica do real, conforme síntese que segue no fluxograma abaixo:

Fluxograma 1 – Sistematização das etapas para a concretização do direito à saúde.



Fonte: os próprios autores

O nível I representa a sistematicidade do direito à saúde ao longo do texto constitucional, encontrando geratriz, como todo direito fundamental, no princípio da dignidade da pessoa humana (Arts. 1º, III, 3º, I, 6º), passando pela divisão de competência compartilhada entre os entes estatais quando se trata das políticas de saúde (Art. 23, II), até o detalhamento operacional do Sistema Único de Saúde na parte específica do tema (Arts. 197 e 198). As diretrizes constitucionais vão se densificando nos níveis II (normas infraconstitucionais que estabelecem o perfil do SUS) e III (diretivas administrativas relacionadas ao fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo SUS).

Compondo o aspecto geral da normatividade, há que se destacar a atividade regulatória do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer as condições gerais para judicialização da política, bem assim os requisitos específicos e, em certas situações, excludentes, quando o suporte fático não se enquadrar ao modelo constitucional escolhido por aquela Corte, a exemplo da admissibilidade de tratamentos experimentais a serem custeados pelo Poder Público. Ali também há que se encontrar a separação entre aquilo que poderia ser

considerado uma atividade supletiva de implementação de uma política pública (a enquadrar-se no gênero judicialização da política), daquilo em que se pede apenas e tão-só a materialização de compromisso já assumido pelo Poder Público nas esferas regulatórias próprias.

Por fim, os itens V e VI detalham ainda elementos que não podem ser deixados de lado pelo aplicador da norma, referentes às atividades consultivas suplementares desempenhadas pelos organismos oriundos da atuação do Conselho Nacional de Justiça, seja no plano nacional (Enunciados das Jornadas de Direito da Saúde, nos campos de saúde pública, complementar e bioética) ou regional, por intermédia dos Núcleos de Assistência Técnica dos Tribunais, a emitir notas técnicas anteriores relacionadas ao caso concreto, ou mesmo já em sede de análise da hipótese posta à decisão.

Enfim, no nível VII, vamos encontrar os elementos fáticos concretos relacionados ao caso, particularmente a prova técnica, tão valorada pelo STF, dados que, contrapostos ao modelo geral resultante do programa e âmbito e normativo, irão resultar na prolação da norma de decisão, momento final do procedimento de concretização, a deferir ou rejeitar a pretensão deduzida em juízo.

O modelo acima delineado propicia um roteiro ao enfrentamento dos conflitos decorrentes do direito à saúde, a partir das peculiaridades normativas do Brasil, detendo o mérito de fornecer transparência ao aplicador do direito, não apenas magistrados, na atividade de definir os limites da norma geral contida no art. 196, baseado no texto legal, explorando sucessivas dimensões que vão recortando, no mundo dos fatos, previamente, hipóteses de cabimento ou não da proteção pretendida. Convém ainda destacar a dinamicidade do modelo, a evidenciar uma característica ínsita de direitos fundamentais prestacionais, relacionada aos custos envolvidos no fornecimento de tratamentos ou medicamentos, que é o desenvolvimento das tecnologias relacionadas à saúde.

E não é só um aspecto atinente ao custo. O desenvolvimento tecnológico aponta ainda para a eficiência de novas alternativas e da necessidade de sua inserção no sistema de saúde pública nacional. Com efeito, nas diretivas III, V e VI do modelo acima referido, orbitamos, essencialmente, nesse tema, i.e., o desenvolvimento tecnológico, seus custos e eficácia, contrapondo-se aquilo já disponível no sistema público. Sem dúvida, bem além de aspectos referentes à moral ou ao humanitarismo, a análise residente em critérios objetivos, decerto mais se aproxima do texto normativo, quando se fala no art. 196 do CF ao princípio do acesso universal e igualitário.

5. Conclusão

A tarefa de concretizar um direito fundamental social é sobremaneira complexa, uma vez que, diversamente de uma simples proclamação de abstenções por parte do Estado, exige-se uma postura ativa do mesmo. Sua operacionalização nunca é indene a críticas, a concretização exige alocação de recursos limitados e, certamente, impõe contrariedade de interesses individuais e coletivos pontuais. Ademais, o atingimento pleno das metas eleitas no texto constitucional, no caso brasileiro, hiperdimensionadas frente o desalento do desequilíbrio econômico-fiscal, esbarra até mesmo no desempenho de atividades consideradas mínimas à satisfação da dignidade da pessoa humana, especialmente em cenários onde impera o desperdício, a falta de planejamento e o desvio de recursos.

Em muitas ocasiões, judicializar políticas de saúde pública em nada implica na criação de parâmetros a serem seguidos pelo poder público. Ao contrário, é reafirmar compromissos legalmente estabelecidos a serem satisfeitos, lamentavelmente por meio da coação, quanto a garantir o direito ao acesso universal e isonômico à saúde de qualidade. Mas noutras situações, decerto que o judiciário trilha caminho não iluminado pelo texto legal, cuja amplitude impõe esforço exegético mais elaborado.

Aquilo que evidenciamos nesse ensaio é a necessidade de se vislumbrar que, no caso brasileiro, existe uma metódica a presidir a atuação dos agentes públicos e magistrados frente aos delicados temas envolvendo o fornecimento de terapias e medicamentos não cobertos pelas relações oficiais do SUS. Isso porque no Estado Democrático de Direito os imperativos da transparência e da segurança jurídica sobrelevam-se. Daí a nossa opção pela metódica estruturante de Müller como teoria de base.

A percepção de que a norma, mesmo geral, é construída a partir do esforço para resolução de problemas concretos, traz sempre a possibilidade de se entender que, enfaticamente considerando os direitos fundamentais, o direito não se enclausura em textos que previamente traria solução para tudo, porém, de que se trata de uma ferramenta dúctil, em permanente estado de atualização. Contudo, essa plasticidade não pode ser interpretada como plena liberdade criativa dada ao aplicador. Os limites estabelecidos na literalidade, por vontade do legislador constitucionalmente eleito, devem ser sempre respeitados. Some-se, ainda, que no caso brasileiro, a norma em seu procedimento de concretização ainda é moldada às diretrizes minudentes da corte constitucional, que não apenas estabelece requisitos estáticos

(pressupostos) à interpretação, mas ressalta, no caso do direito social, a importância de elementos dinâmicos (mínimo existencial e reserva do possível).

No caso do direito fundamental à saúde, a metódica eleita faz despontar ainda a importância do desenvolvimento tecnológico na construção de novas possibilidades, seja para ampliar ou restringir o acesso individual às garantias do sistema. Nesse território, ainda há muito que palmilhar, contudo, a análise da evolução histórica dessa garantia, deixa claro que um direito social, ao ser concretizado na norma decisória, exige o concurso não apenas de recursos ligados ao universo do direito, mas igualmente concorrem elementos extrajurídicos importantes, atrelados essencialmente ao desenvolvimento da técnica.

Percebe-se, hodiernamente, que mesmo a dinamicidade do direito fundamental está sendo atraída pela objetividade técnica, o que representa uma condição preocupante, ante a gradual perda de espaço ao aplicar para lançar mão de sentimentos ligados à solidariedade social, objetivo fundante de nossa República (CF, art. 3º, I), inolvidável quando se persegue a efetivação plena de dignidade humana.

6. Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética & retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ed. São Paulo: SARAIVA, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei Nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jan. 1999. Seção 1, p. 1. _____ . Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2001: regulamentação da Lei nº 8.080/90**. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. 16 p. (Série E. Legislação de Saúde).

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (med. liminar) - 45. Decisão Monocrática. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 mai. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. SL/47 –Agravamento Regimental na Suspensão de Liminar. Agravante: Estado de Pernambuco, Agravado(s): União e outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 mar. 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30/03/2010. **Diário da Justiça Eletrônico/CNJ nº 61/2010**, de 07/04/2010, p. 4-6.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 107, de 06/04/2010. **Diário da Justiça Eletrônico/CNJ nº 61/2010**, de 07/04/2010, p. 9-10.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei Nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema único de Saúde. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 abril. 2011. Seção 1, p. 1.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Direito à Saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2015. 113 p.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 238, de 06/09/2016. **Diário da Justiça Eletrônico/CNJ nº 160**, de 09/09/2016, p. 8-9.

CHIEFFI, A. L.; BARRADAS, R. C. B.; GOLBAUM, M. Legal access to medications: a threat to Brazil's public health system? **BMC Health Services Research**, v. 17, n.499, p. 1-12. 2017.

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do Direito. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009b, p.235-248.

DELDUQUE, Maria Célia.; CASTRO, Eduardo Vazquez. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Revista Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 39, n.105, p.506-513, abr. jun. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 109-134.

LIMA, Vanessa Batista Oliveira. Atuação do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7071>. Acesso em 10 maio 2017.

MENDES, Áquilas;WEILLER, José Alexandre Buso. Renúncia fiscal (gasto tributário) em saúde: repercussões sobre o financiamento do SUS. **RevistaSaúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p.491-505, abr. jun. 2015.

MENDES, Eugênio Vilaça. **As redes de atenção à saúde**. 2. Ed. Organização Pan-Americana da Saúde, 2011. 549 p.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 08 jun. 2017.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TCU. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional sobre judicialização da saúde. **Acórdão nº1.787/2017- TCU – Plenário**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 26dez. 2017.