

Da universalização “judicial” do direito à saúde à uniformização de sua tutela

André Ladeira da Rocha Leão

Juiz de Direito do TJMG

I Introdução

A ascensão do Poder Judiciário, particularmente quando garante direitos sociais, vem sendo duramente criticada pela doutrina.

Os ataques partem de diversas perspectivas, desde a falta de legitimidade do Judiciário para implementar políticas públicas, passando pela imputação de desrespeito às normas orçamentárias previstas na CRFB até a invocação da violação do princípio da separação de Poderes, que estaria ocorrendo reiteradamente por parte do Judiciário ao deferir direitos sociais de maneira indiscriminada, sem levar em consideração o aspecto coletivo das políticas públicas nessa área.

A partir das críticas dirigidas à atuação do Judiciário na concretização do direito à saúde, o presente texto buscará propor possíveis soluções que levem em consideração a complexidade do tema e as relevantes contribuições doutrinárias acerca do assunto.

2 No princípio era só papel...

Parafraseando Ferdinand Lassalle, ao tempo da elaboração da CRFB/88 a doutrina dominante, depois alcunhada doutrina da efetividade, sustentava, com a melhor das intenções e com o fim de atribuir eficácia normativa ao conjunto de disposições constitucionais, uma perspectiva formal-positivista de classificação das normas constitucionais.

O texto do art. 196 da CRFB/88 era percebido como ensejador de uma norma programática, atribuindo-se-lhe eficácia reduzida em face de outros direitos constitucionais.

Em um primeiro momento, a jurisprudência extraiu do texto uma norma destinada ao legislador e ao administrador, que deveriam formular políticas públicas universais, negando qualquer justiciabilidade individual/subjetiva aos direitos sociais.

Expressiva dessa maneira de interpretar o texto do art. 196 da CRFB/88 é o seguinte aresto do STJ:

Normas constitucionais meramente programáticas, *ad exemplum* o direito à saúde, protegem o interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários deste interesse o poder de exigir sua satisfação... Estas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', visto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos têm o direito e o Estado tem o dever' — dever de saúde — como afiançam os constitucionalistas, 'na realidade todos não têm o direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem

a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas (ROMS 6.564/RS, j. em 23/5/1996, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Essa perspectiva, embora reduzisse a eficácia dos direitos sociais, seguia propósito nobre e emancipador de atribuir o caráter de norma jurídica aos direitos fundamentais de primeira geração, ampliando a eficácia normativa do texto constitucional.

Com efeito, ao tempo em que foi elaborada a CRFB/88, imperava a percepção legicêntrica e monolítica do direito.

Nesse ambiente, a atribuição de eficácia plena aos direitos individuais propiciou sua justiciabilidade e a elevação dos mesmos ao status de direito positivo.

É o que se encontra na obra de um dos representantes de tal doutrina:

[...] Para realizar esse objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. Esse discurso normativo, científico e judicialista não constituiu, propriamente, uma preferência acadêmica, filosófica ou estética. Ele resultou de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. E efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania [...] (BARROSO, 2009).

Com a chegada de novos aportes doutrinários, mormente as teorias dos princípios formuladas tanto por Ronald Dworkin quanto por Robert Alexy, a inserção do aspecto moral no conceito de direito (doutrinas pós-positivistas), o surgimento de novos modelos hermenêuticos e a importação da teoria das decisões dialogais, importantes e novas perspectivas passaram a informar a exegese do art. 196 da CRFB/88.

Considerando a enorme carência por serviços de saúde, tem início uma nova fase de atuação judicial com significativos impactos nas instâncias majoritárias e na concretização do direito à saúde.

3 A perspectiva contemporânea da exegese do art. 196 da CRFB/88, mutação constitucional

No final dos anos 90, o texto constitucional passou a comportar novos significados, surgindo uma classificação das normas constitucionais a partir de critérios substantivos, que levava em consideração o conteúdo de moralidade das normas constitucionais.

A divisão das normas em regras e princípios, a partir do conteúdo extraído do enunciado legal, nas duas perspectivas mais difundidas (Robert Alexy e Ronald Dworkin), propiciou um novo olhar para a Constituição, especialmente para os direitos sociais.

Vislumbrou-se, para além da norma programática dirigida ao legislador e ao governante, uma garantia mínima de direitos sociais, que poderia ser judicializada em caso de omissão constitucional relevante que comprometesse a dignidade humana, naquilo que lhe fosse essencial. As normas constitucionais passaram a ser entendidas como vinculantes, ainda que admitissem limitações.

A partir da modificação dos paradigmas hermenêuticos, operou-se uma mutação constitucional das normas relativas a direitos sociais, agregando-se a possibilidade de ponderações concretas que permitissem maior inclusão social e reafirmassem seu caráter vinculante.

Considerou-se, nesse novo enfoque, que o art. 196 da CRFB/88, não obstante a vagueza de seu componente textual, garantiria justiciabilidade ao direito à tutela individual da saúde, ao menos no que se refere ao mínimo existencial.

Na falta de mecanismo adequado para garantia dos direitos sociais, aquelas prestações essenciais para uma vida com um mínimo de dignidade passaram a ser tratadas à maneira dos direitos subjetivos, sendo exigíveis do Estado.

A partir da nova perspectiva e em boa hora, os direitos sociais passaram a gozar de justiciabilidade limitada.

Entretanto, ao lado dessa garantia mínima, deveriam continuar a ser promovidas, paulatina e progressivamente, políticas públicas universais e isonômicas para a diminuição das desigualdades sociais, sob inspiração de uma justiça distributiva, que é o fim premente para o qual foi criada essa categoria de direitos. Sobre a origem e a finalidade da categorização dos direitos sociais:

[...] El modelo del derecho social no es un modelo que sustituya completamente al modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones de este último. La articulación de este modelo se funda, por un lado, en la modificación o sometimiento a crítica de algunos de los presupuestos y postulados del modelo del derecho privado clásico — sin, por ello, desbancarlos completamente. Esto es notorio, por ejemplo, en el campo de los presupuestos de la teoría de la sociedad y de las relaciones sociedad-individuo. Por otro lado, se señalan las limitaciones de los mecanismos del derecho privado clásico, sosteniéndose la necesidad de intevervención estatal cuando el funcionamiento del mercado no garantice resultados aceptables. La construcción de este modelo jurídico es uno de los vehículos a través de los cuales se realizan las funciones del Estado social, Estado de bienestar o Estado providencia [...] (ABRAMOVICH; COURTIS, 2014, p. 52-53).

Com efeito, o fato de se atribuir alguma justiciabilidade aos direitos sociais não exclui o caráter programático da norma. Sobre o ponto destaque:

[...] Tomando-se como exemplo o direito à saúde, verifica-se que assim como é correto (pelo menos é o que se irá sustentar mais adiante) deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde (como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos) também parece certo que, ao enunciar que a saúde — além de ser um “direito de todos”, “é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos [...]” (art. 196 da CF de 1988), a nossa lei fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático. Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia das normas, que, distintas entre si, impõem deveres e/ou atribuem direitos igualmente diferenciados quanto ao seu objeto, destinatários, etc. (SARLET, 2009).

Assim, não obstante a alvissareira perspectiva inclusiva e garantidora de justiciabilidade aos direitos sociais, houve uma progressiva e desorganizada equiparação da tutela dos direitos sociais à tutela plena de que gozam os direitos subjetivos.

Se antes a norma era considerada mera diretiva para o Executivo e o Legislativo, passou-se a conceder massivamente medicamentos e procedimentos médicos, reconhecendo-se inúmeros direitos subjetivos, a partir da aplicação direta do art. 196 da CRFB/88.

Conforme assinalado, os direitos sociais foram formulados ante a insuficiência dos direitos fundamentais de primeira geração,

baseados em uma justiça comutativa, para fazer face às dificuldades decorrentes de um sistema econômico excludente e desigual.

Sua pretensão é realizar o Estado Social, diminuir as desigualdades e promover uma justiça distributiva, a fim de criar uma sociedade mais justa e solidária, art. 3º da CRFB/88.

Se por um lado tanto direitos individuais quanto direitos sociais possuem custos, a necessidade de investimentos e de progressivo desenvolvimento social, com diminuição das desigualdades, está no cerne da criação dos direitos sociais, e o custo de tais direitos é muito maior. O impacto orçamentário de decisões massivas nessa área desorganiza políticas públicas em andamento e, no limite, pode inviabilizar e mesmo provocar retrocessos nos direitos sociais.

Nesse sentido e não obstante a boa intenção, a maneira como o direito à saúde vem sendo tratado pelo Judiciário tem interferido significativamente em outras políticas públicas relevantes e que vinham sendo promovidas e organizadas pelos demais Poderes.

A incerteza sobre o conteúdo do mínimo existencial, a falta de critérios seguros de ponderação entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, e um certo despreparo do Estado em apresentar elementos concretos que permitam um juízo seguro de ponderação, desequilibraram a balança para a garantia de direitos individuais, conferindo ao direito à saúde justiciabilidade plena.

Em algumas unidades da Federação, o avanço das demandas de saúde já comprometem a realização de importantes políticas públicas. Em publicação organizada pelo CNJ, há dados relevantes sobre o tema, *verbis*:

[...] Voltando do particular para o geral, consta que metade de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul é consumido no cumprimento de decisões judiciais, cujo montante saltou de R\$9.000.000 em 2005 para R\$22.000.000 em 2006 (AMARAL, 2011).

4 Limites da tutela judicial do direito à saúde

O direito à saúde possui limites, como de resto todos os direitos fundamentais. A doutrina varia entre a fixação de um limite imanente para a atuação concreta de cada direito fundamental e a fixação de um limite externo decorrente da colisão de princípios constitucionais.

Partindo-se de uma concepção de democracia constitucional, que de um lado prestigie a tomada de decisões nos espaços majoritários por meio da formulação de políticas públicas pelos representantes do povo e, de outro, tenha em conta a necessária garantia de direitos constitucionais (sejam os pressupostos da democracia ou estes e outros conteúdos materiais), há que se pensar na atuação harmoniosa e equilibrada dos poderes. Excesso de constitucionalismo enfraquece a democracia.

É certo que o Juiz não é mais vassalo do texto legal, mas não lhe é dado imaginar que a concessão ilimitada de todas as demandas envolvendo direito à saúde e a conseqüente criação de despesas, muitas vezes vultosas, não causará qualquer impacto para quem também precisa da concretização do direito social, mas não faz parte do processo e será duplamente excluído, pela omissão do governante e pelo Poder Judiciário, que só garante medicamentos a quem o procura.

Ao garantir um direito individual a partir da aplicação direta do art. 196 da CRFB/88, sempre haverá um “terceiro oculto”, que não integra a relação processual, não deduzirá alegações, não produzirá provas, mas será prejudicado pelo redirecionamento da verba destinada às políticas que o beneficiariam.

Haverá, sempre, escolhas trágicas e um conflito entre princípios constitucionais. Nesse sentido, importante contributo doutrinário:

[...] Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma

colisão de valores ou de interesses que contrapõem, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão [...] (BARROSO, 2007).

Os diversos direitos decorrentes da Constituição devem ser realizados em níveis diferentes. Nesse sentido, direitos sociais, por pretenderem reduzir as desigualdades e incluir segmentos marginalizados, devem ser implementados paulatinamente, no Brasil como no resto do mundo, já que saúde, educação, saneamento básico, entre outros, não podem ser concretizados imediatamente a partir de uma decisão judicial.

A massiva equiparação da tutela dos direitos sociais a direitos subjetivos significa, por mais paradoxal que possa parecer, desproteger importantes políticas de saúde já conquistadas, desconsiderando-se o aspecto programático dos direitos sociais, diminuindo seu poder emancipatório.

Ao substituir a escolha dos agentes políticos, o conjunto de decisões individuais desconsidera o aspecto coletivo dos direitos sociais, que deve ser sopesado pelo órgão que possui melhor capacidade institucional para aferir a necessidade de todos, além de isentar os agentes políticos da responsabilidade pela formulação de políticas que garantam o progressivo avanço dos mesmos direitos sociais.

Nessa toada, o projeto de universalização dos direitos sociais é uma incumbência do espaço majoritário e avançará à medida que o país, como um todo, se desenvolver.

O Brasil é um país de modernidade tardia e, ainda que não houvesse desvio de verba orçamentária em razão de corrupção (Lava-jato) ou má gestão de recursos públicos, não haveria orçamento para o aten-

dimento imediato de todas as demandas envolvendo o direito à saúde e a consequente garantia de todos os remédios e procedimentos cirúrgicos para toda a população.

Lado outro, não se pode pensar a universalização continuada do direito à saúde a partir de critérios absolutos e imponderáveis. Não há direitos ilimitados.

Há muito que se fazer para promover o direito à saúde. Entretanto, há que se observar o princípio da razoabilidade, não só na apreciação das demandas apresentadas ao Judiciário, mas na aferição do que a sociedade está disposta a pagar para todos.

Tratando o sistema de saúde americano, Ronald Dworkin propõe o argumento do “seguro prudencial” como um critério racional para a escolha do que pode ser oferecido para todos em uma sociedade justa e que preza pela igualdade, *verbis*:

[...] Essas afirmações provêm diretamente de uma hipótese muito atraente: que a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos [...]

[...] Admitamos que ela possa escolher dentre uma série de possíveis contratos para o fornecimento de assistência médica que poderia desejar, em diversas circunstâncias, no decorrer da vida. Qual plano de saúde seria o mais prudente para a pessoa? Poderia sentir-se inclinada, inicialmente, a comprar um plano de saúde que lhe fornecesse todos os tipos de tratamento que se pudesse imaginar que lhe seriam úteis em quaisquer circunstâncias. Mas ela logo descobriria que o preço de um seguro tão ambicioso seria proibitivo - Não lhe sobraria dinheiro para mais nada - e decidiria que a prudência exige um plano de saúde bem menos abrangente [...].

[...] o método prudente começa com outra ideia: de que ninguém pode reclamar, por questões de justiça, que tem menos do que outra pessoa, contanto que tenha tudo o que teria se a sociedade fosse totalmente justa [...] (DWORKIN, 2011).

5 Capacidade institucional, ponderação, uniformização da tutela do direito à saúde

Para fazer face às dificuldades decorrentes da necessária garantia de um mínimo existencial, com consideração da necessidade de contínua e progressiva universalização de políticas públicas inclusivas na área de saúde, há que se buscar entre as diversas formas de solução para a colisão de direitos fundamentais a fórmula que leve em consideração o caráter vinculante dos mesmos, mas tenha em conta todos os aspectos envolvidos, individual e coletivo.

Os direitos sociais não devem ser equiparados aos direitos subjetivos, atribuindo-se-lhes justiciabilidade plena. Devem-se considerar tais direitos como posições jurídicas que asseguram direitos subjetivos *prima facie* (SARMENTO). É dizer, devem ser deferidos desde que atendidos certos standards que garantam universalização e isonomia, conciliando a micro-justiça com a macro-justiça.

A concessão individual de medicamentos e procedimentos de saúde, quando massiva e ilimitada, acaba por gerar enorme impacto orçamentário que, no extremo, inviabiliza políticas públicas e esvazia o aspecto programático do art. 196 da CRFB/88, provocando a paralisação e mesmo a involução de políticas pensadas a partir das exigências constitucionais, o que é vedado pelo princípio da vedação do retrocesso.

Partindo da perspectiva de Robert Alexy, podemos sustentar que em toda demanda de saúde fundada na aplicação direta do art. 196 da CRFB/88 há conflitos normativos de diversas espécies (em sentido estrito e em sentido amplo), é dizer que há, no mínimo, um conflito entre a necessidade individual do demandante e a necessidade do terceiro oculto, bem como a necessidade de continuação de políticas públicas que não podem ser postergadas (princípio da vedação do retrocesso).

A alocação de verbas para atender a decisões judiciais, quando seu montante compromete significativamente o orçamento, importa na inexorável desalocação de verbas e na conseqüente desproteção de outros direitos relativos à mesma rubrica orçamentária.

Ainda que haja espaço orçamentário para atendimento de demandas judiciais, há que se considerar se deve o Judiciário determinar esta ou aquela política pública em razão das dificuldades e limitações da atividade judicial, que não leva em conta aspectos extra-autos.

O processo judicial leva em consideração os elementos trazidos para o processo e possui uma racionalidade diferente daquela necessária para a formulação de decisões mais amplas que digam respeito ao modo de implementação dos direitos no Estado Brasileiro.

Deve-se considerar, ainda, a falta de capacidade institucional do Judiciário para aferição e escolha das políticas públicas mais adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito para toda a coletividade.

Nas democracias constitucionais contemporâneas, a separação de Poderes é dinâmica, e a linha demarcatória das competências constitucionais deve obedecer a critérios que tenham em conta a capacidade institucional do órgão melhor vocacionado para a realização da atividade.

Na ADI 5.501/DF, o eminente Ministro Barroso, abordou o tema da capacidade institucional para aferir a pertinência da produção e dispensação da substância fosfoetanolamina, que havia sido autorizada por lei (Lei nº 13.269/2016), *verbis*:

[...] Em *segundo lugar*, configura-se violação à reserva de administração, que decorre do princípio da separação de Poderes (CF/1988, arts. 2º e 60, § 4º, III). Ao autorizar o uso da fosfoetanolamina sintética sem cumprimento das exigências legais de realização de testes clínicos e de registro sanitário, o Poder Legislativo substituiu o juízo essencialmente técnico da Anvisa por um juízo político, interferindo de forma indevida em procedimento de natureza tipicamente administrativa [...].

O Judiciário deve ser um fomentador do debate nas instâncias majoritárias, que possuem mais capacidade institucional para tratar de tema tão complexo. Nessa toada, destaco:

[...] A capacidade do Legislativo e do Executivo de implementar políticas públicas de respeito, proteção e promoção de direitos fundamentais, tanto em caráter geral quanto com foco nos mais necessitados, é incomparavelmente superior ao que as decisões judiciais podem fazer. E, como se viu, mesmo a implementação concreta das decisões judiciais em matéria de políticas em geral, e de direitos fundamentais em particular, depende inevitavelmente da cooperação do Executivo e eventualmente do Legislativo. Nesse sentido, é preciso reconhecer os limites da jurisdição na promoção dos direitos fundamentais. O judiciário não será o protagonista de um Estado sustentável e equitativo de direitos [...] (BARCELLOS, 2017).

Lado outro, diversas são as possibilidades colhidas na doutrina para fazer face à colisão de normas constitucionais. O STF tem se inclinado pela parametrização, com a conseqüente criação de *standards* hermenêuticos universalizáveis.

Para ponderar os diversos e complexos elementos que envolvem o direito à saúde há diversos caminhos. A doutrina procura sintetizar as diversas opções hermenêuticas, merecendo menção especial:

[...] Em nossa doutrina, os esforços que mais têm prosperado são os de se estabelecerem *standards* de ponderação, i.e., parâmetros predefinidos para a ponderação de alguns conjuntos de princípios, de forma a se criar uma expectativa razoável quanto à solução da colisão. 28. Alexy os caracteriza como relações de “precedência condicionada” 29. Tais padrões resultam, de modo geral, de uma reconstrução da experiência jurídica. Quando uma mesma colisão é recorrente e a solução se padroniza, a explicitação de tal padrão, na forma de uma máxima, cria previsibilidade em relação aos casos futuros e evita que, a cada colisão concreta, todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam

novamente mobilizados. Os magistrados não estarão obrigados a decidir de acordo com o *standard*, mas, para afastá-lo, devem estar dispostos a aceitar o ônus argumentativo daí decorrente [...] (SOUZA NETO, 2005).

No sentido da parametrização e criação de *standards*, observa-se que o eg. STF, no RE 566.471, em voto da lavra do Min. Barroso, destaca:

[...] para fins de reduzir e racionalizar, tanto quanto possível, a judicialização nessas situações, proponho 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de uma prestação de saúde. São eles: (i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União. Ademais, deve-se exigir a observância de 1 (um) parâmetro procedimental relativo à realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (*e.g.*, câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC), para fins de aferir a presença dos requisitos de dispensação e determinar aos órgãos competentes, no caso de deferimento judicial do medicamento, que avaliem a possibilidade de sua incorporação pelo SUS [...].

O eg. STJ, por sua vez, no REsp 1.657.156-RJ, tratando dos medicamentos de alto custo que não integram a portaria de medicamentos disponibilizadas pelo SUS, formulou uma relação de precedência em favor do direito individual desde que observado o seguinte:

[...] (i) Comprovação 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 [...].

Encontrada a dose certa delimitada pelos *standards* pré-definidos, deve-se procurar minimizar a tensão entre democracia e constitucionalismo, a partir de decisões dialogais que levem em conta a capacidade institucional dos órgãos envolvidos. Mais direitos individuais representa menos políticas coletivas, já que não há solução possível fora do orçamento.

É sempre possível ao magistrado afastar-se do parâmetro. Mas terá um ônus argumentativo maior e deverá expor as circunstâncias peculiares do caso para que o elaborador da política pública envolvida possa instar seus órgãos técnicos e readequar seus procedimentos ou esclarecer ao Judiciário eventual equívoco ou inviabilidade técnica da universalização do medicamento/procedimento concedido.

Propõe-se a adoção de decisões que levem em consideração um diálogo institucional permanente para que a atividade de garantia de direitos de quem pleiteia individualmente um medicamento/procedimento considere a rede do SUS e as políticas públicas já existentes, bem como o estado atual da medicina baseada em evidência.

O suporte aos Juízes que atuam em Juizados de Fazenda Pública prestado pelo NAT-JUS (Juízes enviam e-mail para o referido órgão que presta a assessoria técnica necessária) no Estado de Minas Gerais é um importante expediente, já que estabelece um diálogo institucional prévio à decisão nas demandas de saúde.

Pode-se preconizar sejam adotadas técnicas de decisão que continuem o diálogo e permitam que o órgão com mais capacidade institucional contribua para oferecer subsídios mais completos no futuro, ou para incluir o medicamento/procedimento nas listas de itens fornecidos pelo SUS administrativamente, sem necessidade de demandas judiciais.

Na linha do sustentado, colho relevante passagem doutrinária:

[...] De todo modo, ainda que não venha a acatar a orientação administrativa, o magistrado teria um ônus reforçado de fundamentação, devendo demonstrar as razões pelas quais a considera inválida ou inaplicável naquela situação específica. Nesse caso, a decisão deveria ser remetida ao órgão técnico para eventual reexame da matéria à luz das considerações judiciais. A nova conclusão seria igualmente incluída no banco de dados, aumentando a consistência da cadeia argumentativa que seria encontrada pelo próximo julgador. Na via inversa, caso o medicamento em questão nunca tenha sido objeto de exame por parte da Administração, a decisão judicial seria o ponto de partida para a instauração do diálogo, cujo prosseguimento se daria nos mesmos moldes. O objetivo é criar incentivos para aumentar a qualidade das decisões e filtrar inclinações pessoais, além de potencializar os canais de revisão institucional e crítica pública [...] (MENDONÇA, 2018).

Assim, somado ao diálogo prévio, já existente em alguns Estados da federação, a partir da interação do órgão judicial com o gestor do sistema (v.g.: NAT-JUS no Estado de MG), a decisão final concessiva deveria ir além, expondo os elementos peculiares do caso com comunicação imediata ao referido gestor, a fim de que seja iniciado um processo administrativo, ou para incluir o medicamento/procedimento na lista do SUS, ou para subsidiar futuras decisões com o enfrentamento das novas circunstâncias apresentadas.

Assim, uma vez comunicado da decisão definitiva e das circunstâncias que justificaram o afastamento da opinião do órgão técnico ligado ao gestor do sistema, que possui maior capacidade institucional para implementar o direito à saúde, deve o Judiciário levar em consideração o novo parecer em futuras decisões.

A tese proposta de Eduardo Mendonça concilia a necessária garantia individual de medicamentos para quem precisa, ao passo que permite ao gestor do sistema o aprimoramento das políticas públicas universais e igualitárias.

Desse modo, garante-se o mínimo existencial (espaço de atuação legítima do Judiciário), permite-se ao gestor do sistema formule políticas mais adequadas para cada aspecto do complexo problema de saúde e promove-se um maior diálogo institucional com conseqüente equilíbrio entre o aspecto subjetivo e o aspecto programático do texto do art. 196 da CRFB/88.

6 Conclusão

É certo que, quanto mais deficiente a atuação estatal para a progressiva concretização de direitos sociais, maior será a atuação do Judiciário na garantia e mesmo no impulsionamento de políticas públicas.

Entretanto, a atuação judicial deve observar a necessidade de construção de uma sociedade justa e solidária, diminuindo (e não agravando) as desigualdades que advêm da concessão massiva de direitos subjetivos desconsiderando-se importantes diretrizes constitucionais, art. 3º, I, II, e III, CRFB/88.

Ao Judiciário cabe assegurar um mínimo de saúde de cada indivíduo, mas deve considerar também o aspecto coletivo do direito que impõe atuem o Legislativo e Executivo na formulação de políticas universais e isonômicas que promovam um paulatino e progressivo cumprimento da norma constitucional.

Não obstante existam importantes instrumentos de uniformização das decisões judiciais do novo CPC, tais como o julgamento liminar de improcedência, art. 322, o IRDR, art. 985 do CPC, a repercussão geral, art. 1.035, e o regime dos recursos repetitivos, art. 1.036, a súmula vinculante, Lei 11.417/2006, é preciso avançar na racionalização do sistema em busca da construção coletiva da melhor versão do direito à saúde, mesmo em demandas individuais cuja matéria fática seja singular.

A limitação da atuação judicial deve advir da adoção de parâmetros orientadores da ponderação concreta realizada nos processos judiciais em que se pleiteiam medicamentos ou procedimentos cirúrgicos mediante aplicação direta do art. 196 da CRFB/88.

Conciliar a urgência de quem pleiteia judicialmente a tutela de seu direito à saúde com a necessária tutela dos demais, terceiros na relação processual e que também necessitam da mesma tutela, é medida que se impõe.

Nesse sentido, cumpre ao magistrado seguir os parâmetros fixados sempre que possível em busca da racionalização do conjunto de demandas de saúde e, caso a postulação apresente peculiaridades, justificar pormenorizadamente o porquê de não ter adotado o parâmetro naquele caso, comunicando o gestor de saúde da peculiaridade da demanda para que o mesmo possa produzir mais elementos que deverão ser considerados em casos futuros.

Redução da atuação judicial ao mínimo existencial por meio de *standards* pré-definidos, consideração das capacidades institucionais dos demais poderes (Ferramentas como o suporte às demandas de saúde pelo Nat-Jus) e a adoção de técnicas de decisões dialogais, que fomentem o debate sobre esse complexo tema nos espaços majoritários, são caminhos para a racionalização da implementação concreta do direito à saúde.

O que se propõe não é a solução de demandas envolvendo direito à saúde a partir de um algoritmo, à maneira de uma disrupção tecnológica que transformasse o direito em algo mensurável a partir de padrões de inteligência artificial.

Ao revés, a adoção de parâmetros hermenêuticos pré-definidos traduz a percepção de que o direito é uma obra coletiva e que cada juiz, ainda quando decida uma demanda individual, deve contribuir para a sua melhor versão, criando proposições universalizáveis e que traduzam a melhor escolha possível, beneficiando toda a sociedade.

Se os direitos sociais almejam uma sociedade menos desigual e mais emancipadora, todos os operadores do direito devem buscar a realização desses valores, observada a capacidade institucional de cada Poder.

Referências

ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 4. ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. (Organizadores: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes). Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito e Silva; DIAS, Ricardo Augusto (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81-115.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público-IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Juspodivm, 2013.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDONÇA, Eduardo. Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde. Disponível em: <www.jota.com.br>. Acesso em: 10 set. 2018.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 75, p. 309-334, abr./jun. 2011.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

PEREIRA, Jane Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Jane Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: fraquezas e possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e *standards* de ponderação. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 4, n. 15, p. 207-227, abr./jun. 2005.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.