



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

Alessandra Brustolin

A justiciabilidade de medicamentos e suas implicações: uma análise de como as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil

Jacarezinho

2021

Alessandra Brustolin

A justiciabilidade de medicamentos e suas implicações: uma análise de como as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil

Dissertação submetida ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais e Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), para a obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica

Linha de Pesquisa: “Função Política do Direito”.
Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado.

Jacarezinho

2021

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

BB912j Brustolin, Alessandra
 A justiciabilidade de medicamentos e suas
implicações: uma análise de como as experiências da
Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o
Brasil / Alessandra Brustolin; orientador Edinilson
Donisete Machado - Jacarezinho, 2021.
 136 p.

 Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) -
Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de
Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação
em Ciência Jurídica, 2021.

 1. Direito à saúde. 2. Judicialização da saúde. 3.
Cortes Constitucionais . I. Machado, Edinilson
Donisete , orient. II. Título.

Alessandra Brustolin

A justiciabilidade de medicamentos e suas implicações: uma análise de como as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.(a) Dr.(a)
Universidade

Prof.(a) Dr.(a)
Universidade

Prof.(a) Dr.(a)
Universidade

Prof. Fernando de Brito Alves
Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado
Orientador

Jacarezinho, 2021.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Estadual do Norte do Paraná, e especificamente ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, cujo agradecimento direciono ao professor e meu orientador Dr. Edinilson Donisete Machado e da incansável Natalina.

Aos meus pais, Fátima e Nadir, que mesmo sem terem tido a oportunidade, não mediram esforços para que suas filhas pudessem estudar. À minha irmã Sandra, pelo incentivo e por acreditar tanto em mim. Sem vocês, o cumprimento desta etapa não seria possível e não faria sentido. Ao querido Lucas, minha fortaleza.

Às(os) amigas(os), que não me desampararam mesmo diante das infinitas ausências, os quais agradeço em nome da Lygia Copi, pela companhia nessa experiência que, por vezes, é solitária, além das sugestões e gentil revisão do trabalho. À minha turma querida da função política, fundamental na amizade e solar nessa caminhada.

BRUSTOLIN, Alessandra. **A justiciabilidade de medicamentos e suas implicações:** uma análise de como as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2021.

RESUMO

A judicialização da saúde tornou-se uma complexa controvérsia político-institucional, atingindo os múltiplos níveis de governo. Apesar da ampla produção acadêmica sobre o tema, este é ainda um problema ainda sem solução no Brasil. Embora não se tenha um consenso sobre as suas causas, estudos recentes apontam indícios de que o próprio judiciário brasileiro, mais especificamente a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) pode contribuir para este fenômeno. Os direitos sociais e, sobretudo, o direito à saúde se inserem atualmente no âmbito das principais discussões globais. A Colômbia e a África do Sul apresentam um contraste na atuação de suas Cortes Constitucionais e as repercussões destas decisões parecem ter influenciado as demandas de saúde ao longo dos anos. Diante disso, o estudo analisou como as experiências destes países poderiam contribuir com o Brasil no caso das demandas de medicamentos. A hipótese foi confirmada. Constatou-se que provavelmente a forma pela qual as Cortes decidiram naqueles países influenciou em maior ou menor escala a busca pelo judiciário em busca da efetivação de direitos que extrapolam a abrangência constitucional do direito à saúde. Na África do Sul, a postura da CCSA, ao limitar a justiciabilidade do direito à saúde promoveu mudanças estruturais mais significativas. A experiência da América Latina, por outro lado, demonstra que a CCC e o STF estão mais focados na solução de demandas individuais. No último caso, especialmente, se a atuação do STF se mantiver inalterada e seguir a jurisprudência dos últimos anos nas demandas de medicamentos, há um risco significativo de comprometer o orçamento de saúde pública do Brasil.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Cortes Constitucionais.

BRUSTOLIN, Alessandra. **A justiciabilidade de medicamentos e suas implicações: uma análise de como as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil.** Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2021.

ABSTRACT

The judicialization of health has become a complex political-institutional controversy, reaching multiple levels of government. Despite the wide academic production on the subject, this is still a problem with no solution in Brazil. Although there is no consensus on its causes, recent studies point to evidence that the Brazilian judiciary itself, more specifically the Federal Supreme Court (STF). Social rights and, above all, the right to health are currently part of the main global discussions. Colombia and South Africa present a contrast in the performance of their Constitutional Courts and the repercussions of these decisions seem to have influenced health demands over the years. In view of this, the study analyzed how the experiences of these countries could contribute to Brazil in the case of medication demands. The hypothesis that it can contribute has been confirmed. It was found that the way in which the Courts decided in those countries probably influenced to a greater or lesser extent the search for the judiciary aiming at the realization of rights that go beyond the constitutional scope of the right to health. In South Africa, the CCSA's stance, by limiting the justiciability of the right to health, promoted more significant structural changes. The Latin American experience, on the other hand, shows that the CCC and the STF are more focused on solving individual demands. In the latter case, especially, if the STF's performance remains unchanged and following the jurisprudence of the last few years in terms of medication demands, there is a significant risk of compromising the public health budget in Brazil.

Keywords: Right to health. Judicialization of health. Constitutional courts.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Posições de ações de tutela relacionadas à saúde protocolados por colombianos entre 1999 e 2014

Figura 2: Filtragem de ações públicas com demandas por medicamentos.

Figura 3: Indicadores de hipossuficiência econômica do autor da ação em acórdãos por região (inclui apenas Tribunais de Justiça).

Figura 4: Gastos com a judicialização da saúde no âmbito da União.

Figura 5: Dez medicamentos judicializados com maior impacto financeiro (ano-base 2016).

Figura 6: Tabela de análise administrativa pela CONITEC para incorporação de novos medicamentos no SUS.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

CCC Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional da Colômbia).

CCSA *Constitutional Court of South Africa* (Corte Constitucional da África do Sul).

CF/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CNSSS *Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud* (Conselho Nacional de Segurança Social em Saúde).

CONITEC Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

CP/91 Constituição Política da Colômbia de 1991.

CR/96 Constituição da República da África do Sul de 1996.

DUDH Declaração Universal dos Direitos Humanos.

FOSYGA *Fondo de solidaridad y garantia* (Fundo de Solidariedade e Garantia).

HIV/AIDS *Human Immunodeficiency Virus*.

HSSA *Health System of South Africa* (Sistema de Saúde da África do Sul).

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

INSPER Instituto Nacional de Pesquisa.

NHI *National Health Insurance* (Seguro Nacional de Saúde).

PIDESC Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

PNSP *Plan Nacional de Salud Pública* (Plano Nacional de Saúde Pública).

POS *Plan de Salud Obligatorio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud* (Plano de Saúde Obrigatório no Sistema Geral da Previdência Social em Saúde).

RGPS *Régimen General de Seguridad Social en Salud* (Regime Geral da Previdência Social em Saúde).

SGSSS *Sistema General de Seguridad Social e Salud* (Sistema Geral de Seguridade Social e Saúde).

STF Supremo Tribunal Federal.

STJ Superior Tribunal de Justiça.

SUS Sistema Único de Saúde.

SUMÁRIO	
INTRODUÇÃO	11
2 A POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE SAÚDE NA COLÔMBIA E NA	14
ÁFRICA DO SUL, COMPORTAMENTO JUDICIAL DAS CORTES E	14
REPERCUSSÕES	14
2.1 A POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE SAÚDE NA COLÔMBIA E NA ÁFRICA.....	16
DO SUL NAS CONSTITUIÇÕES DE 1991 E 1996.....	16
2.2 O COMPORTAMENTO JUDICIAL DAS CORTES DA COLÔMBIA E DA	28
ÁFRICA DO SUL.....	28
2.3 A REPERCUSSÃO DO POSICIONAMENTO DAS CORTES	43
3 A POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE SAÚDE NO BRASIL	54
COMPORTAMENTO JUDICIAL DO STF E REPERCUSSÕES	54
3.1 A POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE SAÚDE NO BRASIL COM BASE NA	57
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	57
3.2 O COMPORTAMENTO JUDICIAL DO STF	68
3.3 A REPERCUSSÃO DO POSICIONAMENTO DO STF	74
4 COMO AS EXPERIÊNCIAS DA COLÔMBIA E DA ÁFRICA DO SUL	88
PODEM CONTRIBUIR COM O BRASIL?	88
CONCLUSÃO	118

INTRODUÇÃO

Existe um direito ilimitado à saúde e às prestações de saúde? É constitucionalmente possível a concessão pela via judicial de qualquer tipo de medicamento? A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem orientado neste sentido. E, no Brasil, gradativamente, a “judicialização da saúde” tornou-se uma complexa controvérsia político-institucional, o que atinge os múltiplos níveis de governo.

Em primeiro lugar, porque questões orçamentárias e de eficiência administrativa na execução de políticas públicas de saúde passaram a ter sua legitimidade contestada na esfera judicial, deslocando para este *locus* o conflito entre o indivíduo e o Poder Público. Em segundo, a ausência de critérios claros e razoavelmente objetivos que embasem as decisões judiciais provoca consequências negativas na organização e planejamento dos serviços públicos de saúde.

Há indícios de que a judicialização gera repercussões negativas no cenário de saúde e grande parte dessa demanda está relacionada a medicamentos que se destacam com um dos mais altos índices de busca pelo judiciário. Além disso, estudos recentes, na contramão do caminho trilhado pela produção acadêmica, têm apontado que provavelmente, tanto o problema quanto a solução da judicialização da saúde concentram-se no próprio STF. Assim, a dissertação objetiva trazer uma nova proposta de discussão, a partir da análise do problema sob uma perspectiva que tem como ponto de partida a atuação do STF.

Ainda que o texto da CF/88 seja em parte responsável pela *justiciabilidade* do direito à saúde, ou seja, pela possibilidade de que este direito seja exigido perante os tribunais - ao ampliar as chances de reclamação perante o judiciário -, não significa que a norma constitucional ignora quaisquer eventuais restrições. Além disso, restringir, não significa, propriamente, limitar este direito, mas ampliá-lo ainda mais.

Não obstante, a postura do STF, ao considerar o direito à saúde e às prestações de saúde enquanto absoluto e quase imediato, tem gerado preocupações. As conclusões de estudos recentes, apresentam indicativos de que o próprio STF pode ter grande responsabilidade pela litigiosidade individual que se instalou e cresce vertiginosamente no país, com reclamações e concessões diárias em termos de saúde. A principal

preocupação que decorre do posicionamento da Corte tem se mostrado em termos orçamentários. Há indicativos de que a judicialização pode vir a comprometer o orçamento de saúde se não for urgentemente contida.

Esse cenário coincide com a experiência da América Latina, sobretudo da Colômbia, e contrasta com situações como a da África do Sul, um país com baixo índice de demandas individuais. Brasil, Colômbia e África do Sul são países que, apesar de algumas semelhanças que serão elencadas ao longo dos capítulos e justificam a análise comparativa entre estes três países, lidaram de forma diferente com o problema da efetivação do direito à saúde.

O trabalho consiste em um estudo jurídico comparativo¹ que analisa as “juriculturas”² do Brasil, Colômbia e África do Sul, com base na seguinte problemática: como as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil no caso da justiciabilidade de medicamentos? A hipótese é que se as experiências dos países estrangeiros são diferentes e se os posicionamentos das Cortes Constitucionais destes países foram diferentes, então, a variação de busca pelo judiciário pode estar relacionada com o posicionamento adotado das Cortes, ou seja, o posicionamento do STF também pode influenciar no caso brasileiro.

A dissertação encontra-se dividida em três capítulos. Os dois primeiros, que se repartem em três seções primárias, seguem a mesma sistemática: análise constitucional, jurisprudencial e suas repercussões. No primeiro capítulo as experiências da Colômbia e da África do Sul são analisadas com base em três aspectos: 1) política constitucional de saúde dos países nas Constituições de 1991 e 1996, respectivamente; 2) três importantes decisões judiciais proferidas nas Cortes Constitucionais colombiana e sul-africana; 3) as suas repercussões nos cenários de saúde de cada país.

No segundo capítulo, analisa-se a experiência brasileira com base em critérios determinados: 1) a política constitucional de saúde na Constituição de 1988; 2) três importantes decisões judiciais proferidas pelo STF e as suas repercussões no cenário nacional de saúde.

¹ Embora a terminologia comumente utilizada para estes tipos de estudos seja “Direito Comparado” preferiu-se o uso da expressão que decorre do inglês “comparative legal studies” com base na leitura de Legrand (2018), por se entender que é a mais correta para designar os estudos que comparam diferentes sistemas jurídicos.

² Tipo de análise considerada adequada por Legrand (2018, *kindle*), para que seja possível reduzir ao máximo o alcance da violência que ocorre no momento da re-apresentação do direito estrangeiro.

A análise das decisões judiciais é pautada por quatro critérios específicos: 1) Identificar como a Corte interpreta o direito à saúde previsto na Constituição; 2) Verificar se a Corte associa o direito à saúde à indispensável garantia de outros direitos, especificamente vida e dignidade humana; 3) Analisar se a corte privilegia a saúde curativa ou preventiva; 4) Averiguar se a Corte considera, no momento da aplicação da técnica da proporcionalidade, o interesse coletivo.

O terceiro e último capítulo, busca verificar como as experiências estrangeiras contribuem com o Brasil e se a tese de Virgílio Afonso da Silva é capaz de definir a abrangência do direito à saúde na CF/88. Verificar-se-á a confirmação ou não da hipótese proposta e, confirmando-a, será possível demonstrar como as experiências destes países contribuem com o caso do Brasil, bem como indicar novos horizontes que podem servir como ponto de partida para estudos posteriores.

Foram aplicados os métodos dedutivo, análise comparatista de Pierre Legrand (2018) e estudo de caso de Robert K. Yin (2015). Parte-se de uma dedução com a hipótese pré-determinada e para se chegar ao resultado foi aplicada uma perspectiva internacionalista em comparação, com a realização de um estudo jurídico comparativo e análise de decisões.

Além disso, trata-se de pesquisa descritiva em relação ao aspecto metodológico, diante da análise ampla realizada, que estuda os diversos ordenamentos jurídicos, os institutos jurídicos do direito à saúde, regras e princípios jurídicos envolvidos.

2 A POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE SAÚDE NA COLÔMBIA E NA ÁFRICA DO SUL, COMPORTAMENTO JUDICIAL DAS CORTES E REPERCUSSÕES

O capítulo analisa as jurisprudências da Colômbia e da África do Sul com foco no direito à saúde. Serão apreciados três aspectos específicos, que caracterizam as seções subsequentes: política constitucional de saúde; interpretação das Cortes Constitucionais; e as repercussões deste posicionamento nos cenários de saúde e judiciário de cada um dos países.

A política constitucional tem como base as Constituições colombiana e a sul-africana, “*Constitucion Política de Colombia*” de 1991 (CP/91) e “*Constitution of the Republic of South Africa*” de 1996 (CR/96). A análise jurisprudencial com relação à experiência estrangeira compreende a análise das decisões que são consideradas marcos importantes na interpretação das Cortes sobre o direito à saúde constitucionalmente estabelecido. O critério de seleção das decisões levou em consideração e teve como orientação os estudos de Ramirez (2013); Young e Lemaitre (2013); Sustain (2001); Ngwena (2013); e Rosevear (2018). Com base na bibliografia analisada, foram selecionadas três decisões para exame em cada um dos países: “*Sentencia T-2004 de 2000*”; “*Sentencia T-859 de 2003*”; e “*Sentencia T-760 de 2008*”, na Colômbia; e “*CCT 32/97*”; “*CCT 11/00*” e “*CCT 8/02*”, na África do Sul.

Com relação ao contexto colombiano, diante do elevado volume de ações relativas à saúde no país, foram observados três marcos temporais importantes em demandas de saúde na Colômbia. O primeiro ocorre entre os anos de 1991-2000; o segundo, no ano de 2003; e, o terceiro, no ano de 2008 (RAMIREZ, 2013; YOUNG; LEMAITRE, 2013). A análise dos julgados se orienta a partir deles. Poderão ser eventualmente mencionadas outras decisões dentro do período estabelecido, mas estas não consistem objeto de análise de forma direta.

Os critérios para análise foram os seguintes: 1) avaliar como a Corte interpreta o direito à saúde previsto na Constituição; 2) verificar se a Corte associa o direito à saúde à indispensável garantia de outros direitos, especificamente vida e dignidade humana; 3) analisar se a corte privilegia a saúde curativa ou preventiva; 4) averiguar se a Corte considera o interesse coletivo.

Na última seção serão avaliadas as repercussões do posicionamento das Cortes nos cenários nacionais. O objetivo é averiguar se a atuação da Corte pode ter contribuído com o cenário de efetivação do direito à no país e se existem evidências de que a sua

atuação foi significativa para a experiência que decorreu com relação ao número de demandas relativas à saúde.

A CP/91 e a Constituição provisória de 1994 na África do Sul (posteriormente substituída pela definitiva CR/96), inauguram períodos democráticos nos países e buscam a reconciliação com a sociedade. Mas a expectativa de corrigir essas injustiças é considerada frustrada até então. (CALDERON; BOTERO; BOLAÑOS; MARTINEZ, 2011; GIOVANELLA; ALMEIDA; ROMERO; OLIVEIRA; SILVA, 2015; BARBOSA, 2009; BARBOSA FILHO, 2016).

Na Colômbia, a persistência da pobreza apesar do forte crescimento econômico e a extrema desigualdade social se refletem nas estatísticas de saúde. As médias nacionais mascaram as profundas disparidades que correm ao longo das divisões urbanas e rurais, linhas raciais, étnicas e de classe (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 103). O panorama de desigualdade ainda obriga centenas de milhões de pessoas a viverem em condições indignas e desumanas (ARANGO, p. 18). Somado a isso, as endemias – que em muito são consequência desta conjuntura (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 103-105) – também condenam a saúde da população.

Esse quadro é combinado com alarmantes níveis de violência política e social, caracterizados, principalmente, pelo brutal conflito civil armado interno e a luta contra o tráfico de drogas (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 103-105). Não bastasse isso, por uma política de privatização agressiva, fraudulenta e pautada por interesses econômicos (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 103-107).

O cenário sul-africano não aparenta ser muito diferente. O agravante problema da discriminação racial resultou em muitas mazelas da sociedade. A pobreza e as profundas desigualdades são heranças do *apartheid*³, atreladas ao crescimento da epidemia nacional de HIV/AIDS e outras doenças, transmissíveis ou não, “[...] se tornaram a maior ameaça para saúde pública na África do Sul” (FORMAN; PILLAY; SAIT, 2004, p. 13).

Esse contexto possui relação direta com todos os problemas que envolvem a saúde. E, diante da possibilidade conferida pelo texto constitucional, acabaram por levar

³ O *apartheid* (separação em tradução livre) foi um regime de segregação racial imposta pelo chamado Partido Nacional Purificador na África do Sul durante o período de 1948 até 1994. O regime é considerado parte de um passado sombrio no país, que representou a abolição de direitos civis da população negra, incluindo medidas como a proibição de casamentos e relações sexuais inter-raciais, privação da liberdade de locomoção e expressão, com marginalização da população negra, relegada aos espaços rurais, condicionada à miséria, subnutrição e falta de acesso a recursos básicos (BRAGA, 2011), dentre eles a saúde e condições de habitação mínima.

a discussão até as suas Cortes Constitucionais. A atuação das Cortes parece ter sido significativa nos rumos que seguiram a judicialização nos países (YOUNG; LEMAITRE, 2013). Assim, a proposta de estudo das jurisprudências leva em consideração as particularidades de cada um deles e exige a contextualização dos cenários. Para então, promover uma análise crítica do posicionamento das Cortes na tentativa de compreender as suas experimentações.

2.1 A POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE SAÚDE NA COLÔMBIA E NA ÁFRICA DO SUL NAS CONSTITUIÇÕES DE 1991 E 1996

Compreender a política constitucional de saúde da Colômbia e da África do Sul é uma tarefa desafiadora e que ultrapassa o estrito exame constitucional. Os países possuem nuances históricas, políticas e socioeconômicas bastante complexas. Sem correr o risco de se afastar da análise pretendida, uma contextualização que envolve a apresentação dos sistemas de saúde, formas de financiamento e os seus avanços e retrocessos a partir das Constituições vigentes, ocupam papel coadjuvante⁴ na seção. Além disso, apesar ambos os países possuírem um amplo rol de legislações esparsas, não se pretende promover o seu exame. Algumas legislações infraconstitucionais são eventualmente mencionadas com o propósito de situar e facilitar a compreensão dos sistemas estrangeiros.

As CP/91 e CR/96 promoveram significativas mudanças. Inegavelmente encaradas como um avanço na conquista de direitos, elas têm confrontado com as inúmeras dificuldades de efetivação. Mesmo diante da garantia constitucional, problemas se arrastaram ao longo dos anos. Todas essas adversidades que floresceram após a promulgação das Constituições, já se encontravam profundamente enraizadas na sociedade colombiana e sul-africana. Para compreender essa lógica é preciso retroceder alguns anos.

O histórico dos modelos de saúde na Colômbia e África do Sul apresenta-se como fragmentário e exclusivo⁵ (BARBOSA, 2009, p. 109; ATAGUBA; MCINTYRE, 2012; GIOVANELLA; ALMEIDA; ROMERO; OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 306), ou seja, com políticas não orientadas e podiam ser usufruídos apenas por pequenas parcelas da

⁴ São explicados apenas para possibilitar uma compreensão mais completa e abrangente das experiências estrangeiras.

⁵ Antes da Constituição de 1991, uma mínima parcela do sistema de saúde colombiano era pública e a outra subsidiada por seguros de saúde direcionados aos empregados, com recursos provenientes do Instituto de Previdência Social – ISS, financiado pelo governo, pelos empregadores e pelos próprios empregados. Ao longo dos anos esse modelo se mostrou insuficiente e acarretou da desproteção de grande parte da população. (BARBOSA, 2009, p. 108-109).

sociedade. Esse contexto foi acentuado pela privatização dos sistemas e a seletividade de atenção primária (ATAGUBA; MCINTYRE, 2012; BARBOSA, 2009).

A definição dos avanços e retrocessos dos sistemas ao longo dos anos ficaram a cargo da inclinação do governo que se encontrava com o poder⁶ (BARBOSA, 2009, p. 108-109). As reformas e várias configurações dos sistemas, para além de escolhas técnicas e científicas, obedeceram à ideologia e as ideias políticas que são discutidas dentro da sociedade (FRANCO-GIRALDO, 2012, p. 30; BARBOSA FILHO, 2016, p. 197). Essa condução teria influenciado o aprofundamento das desigualdades sociais nos países, com o privilégio das parcelas mais abastadas da sociedade (GIOVANELLA; ALMEIDA; ROMERO; OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 306).

A África do Sul é um país de resistência política, abalado pela exploração, desigualdade de raça e de gênero e pela distribuição de riquezas.

A infraestrutura do país foi moldada pela violenta subjugação de indígenas, apropriação de suas terras e recursos, e uso de leis injustas, para forçar os negros a trabalhar por baixos salários para gerar riqueza para a minoria branca (COOVADIA; JEWKES; BARRON; SANDERS; MCINTYRE, 2009).

O cenário de exploração da força de trabalho negra em prol de uma ascensão social e econômica branca fez o país alcançar um significativo crescimento econômico (SOUZA; HUGHES; WYK; ARAÚJO; MATHEWS, 2020)⁷. Estas seriam consequências avassaladoras do período separatista. No mesmo sentido, a estrutura socioeconômica do *apartheid* também se refletiu em um grave quadro sanitário, cujas desigualdades de renda resultaram em efeitos nefastos na saúde da população mais pobre e, em sua esmagadora maioria, negra (BARBOSA, 2009).

Em um contexto discriminatório onde os direitos de grande parte da população são espoliados em detrimento de uma minoria apoiada por políticas macroeconômicas e o desenvolvimento econômico do país não acompanha a qualidade de vida de sua população, a saúde dos mais pobres e marginalizados pela desigualdade, sofre.

No final dos séculos 19 e 20, os baixos salários, superlotação, saneamento inadequado, desnutrição e o estresse fez com que a saúde da população negra se deteriorar. Esses fatores foram inseparavelmente ligados com a carga muito elevada de doenças relacionadas com a pobreza. As desigualdades de renda

⁶ Na Colômbia, a alternância entre os partidos Liberal e Conservador e a existência de uma guerra civil em seu território foram determinantes tanto para a degradação da saúde da população quanto na condução das políticas de saúde no país. Na África do Sul, essas influências podem ser exemplificadas com a chegada do Partido Nacional em 1948 e a descontinuidade à implementação do projeto de reforma propostas pela Comissão de Henry Gluckman que tinha como objetivo o resgate da promoção da saúde no país, com o sistema de saúde voltado para a atenção primária (BARBOSA FILHO, 2016, p. 200-202).

⁷ Há quem afirme que e quem considera que a posição global de “grande potência” não pode ser aspirada pelo país, diante dos reflexos anti-hegemônicos pós-apartheid, mas apenas a posição de uma “potência grande” subcontinental dentro dos parâmetros da África Austral, sendo diminuta, por exemplo, com relação ao Brasil (KORNEGAY, 2010, p. 133).

também tiveram um grande efeito sobre os problemas do crime e da violência. (COOVADIA; JEWKES; BARRON; SANDERS; MCINTYRE, 2009, p. 823).

A situação resulta em intensas desigualdades e exerce influência direta no panorama da saúde, das políticas de saúde e, sobretudo, do mercado de saúde (COOVADIA; JEWKES; BARRON; SANDERS; MCINYRE, 2009, p. 817).

A CP/91 e a CR/96, podem ser consideradas marcos constitucionais na investida para vencer essas desigualdades, conforme inclusive sugere o preâmbulo das Constituições. Isso incluiu a universalização do direito à saúde. Em ambos os casos a saúde é garantida como um direito universal – artigo 48 da CP/91 e seção 27, “1” da CR/96 (COLÔMBIA, 2016; ÁFRICA DO SUL, 2012). A CP/91 possui uma particularidade ao abranger três meios principais de defesa judicial: a ação de tutela, ação popular e ações de cumprimento (COLÔMBIA, 2016). A ação de tutela, nos termos do artigo 86 da CP/91 consiste em uma ação que pode ser apresenta a qualquer juiz para a proteção imediata de um direito humano fundamental⁸ (COLÔMBIA, 2016).

O direito à saúde nos dois países possui como característica comum a exigência de uma postura ativa do Estado, com a criação de mecanismos para que o direito seja efetivado. Colômbia e África do Sul tem como compromisso prover o direito à saúde por meio de políticas públicas, que devem fazer parte da agenda governamental como instrumentos para promoção do desenvolvimento socioeconômico da nação (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019; BARBOSA, 2009). As suas Constituições seguem a tendência internacional de proteção da dignidade humana e da vida, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 (ONU, 1948) e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966⁹.

A saúde é constitucionalmente estabelecida na Colômbia nos artigos 44, 49, 50, 365 e 366 da CP/91 (COLÔMBIA, 2016).¹⁰ Em uma análise prévia e literal, o texto

⁸ A jurisprudência da CCC transformou a tutela em uma instituição expansiva (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 185, tradução nossa) e isso acarretou uma série de consequências.

⁹ Colômbia e África do Sul são países signatários e ratificaram o Pacto (UNITED NATIONS, 2020). Colômbia se tornou país signatário em 1976 (desde a sua entrada em vigor) e ratificou em 1969. A África do Sul, por sua vez, se tornou um país signatário do Pacto apenas em 3 de outubro de 1994, tendo-o ratificado apenas em 2015. Os documentos internacionais tem como foco a dignidade humana, cuja previsão engloba a proteção à vida e a garantia ao direito à saúde (artigos 3º e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e artigos 11, §1º e 12, §1º do PIDESC (PIDESC, 1992; DUDH, 1948). Os documentos internacionais impõem aos atores estatais a adoção de ações positivas, necessárias para assegurar o pleno exercício destes direitos (PIDESC, 1992). A DUDH tem como previsão expressiva a adoção de “medidas progressivas” a fim de se assegurar a observância universal de tais direitos (DUDH, 1948).

¹⁰ Os artigos 44 e 50 são direcionados especificamente à saúde da criança no seu primeiro período de vida. O artigo 44 estabelece a saúde da criança enquanto um direito fundamental e o artigo 50 garante à criança menor de um ano de idade o atendimento gratuito em todas as instituições que recebam contribuições do

constitucional consagra a saúde enquanto um direito que possui interlocução com outros direitos como vida e dignidade humana (artigos 11 e 13 da CP/91, tradução nossa). Especificamente o artigo 49 da CP/91 garante a todos o acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde e saneamento ambiental (COLÔMBIA, 2016).

Ao longo dos anos que sucederam o texto constitucional, a legislação infraconstitucional promoveu a reestruturação do sistema de saúde colombiano e acabou por incluir um rol extenso de princípios que ordenam o sistema.¹¹ As bases do sistema de saúde começaram a ser modificadas na década de 90 com a promulgação da Lei 10/90 (COLÔMBIA, 1990), que instituiu a prestação da saúde como um serviço público e gratuito em todos os níveis e prestado a todos os habitantes do território nacional com intervenção do Estado (artigos 1º e 2º da Lei). A legislação ainda reorganizou o sistema de saúde, estabelecendo, em seu artigo 3º os princípios básicos que passaram a regê-lo: a) universalidade, b) participação do cidadão, c) participação comunitária, d) subsidiariedade, e) complementaridade, e f) integração funcional.

Em 1993 as Leis 60/93 e 100/93 foram editadas. A primeira regulamenta o artigo 49 da CP/91, e estabelece a competência dos municípios para realizar ações de promoção da saúde. Esta promoção contaria com a participação de diferentes atores do setor de saúde, para garantir melhores condições de saúde física e psíquica aos indivíduos e comunidades, diretamente ou por meio de entidades descentralizadas, públicas, comunitárias ou privadas, conforme disposto no artigo 1º, da Lei (COLÔMBIA, 2016).

Em dezembro do mesmo ano a Lei 100/93 cria um sistema obrigatório de seguro Saúde, o *Sistema General de Seguridad Social e Salud* (SGSSS) que modifica, sobretudo, a forma de financiamento da saúde. A meta da nova legislação era garantir o acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de atenção, com um plano de benefícios iguais para todos (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 670; NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019).

A Lei instituiu um “regime subsidiado” (RAMIREZ, 2013, p. 204) de saúde, em que o Estado fornece “apoio” para garantir o acesso da população de baixa renda através da concessão de subsídios, além de garantir a gratuidade da saúde para crianças menores

Estado. Os artigos 45, 365 e 366 voltam-se à universalidade, eficiência destes serviços e solidariedade com destaque para a incumbência ao Estado, em todos os níveis de governo para proteção, promoção e recuperação da saúde a todos os habitantes, de forma eficiente. De se destacar que nos termos do artigo 365, a incumbência estatal quanto ao fornecimento dos serviços de saúde pode ser de forma direta ou indireta, mas em qualquer dos casos compete ao Estado o controle e fiscalização dos serviços.

¹¹ A CCC teve atuação determinante para a alteração legislativa e criação de novas legislações, ponto que será tratado na próxima seção.

de um ano que não tenham o serviço (RAMIREZ, 2013, p. 203-204). Assim, o Estado assume a responsabilidade de prestar o serviço de saúde diretamente, mas *não de forma exclusiva*, com a permissão aos indivíduos para ofertar seus serviços (TORRADO; CRUZ, 2018, p. 82, tradução nossa).

O artigo 2º da Lei 100/93 prevê expressamente que o serviço público da seguridade social se pauta pelos princípios da “eficiência, universalidade, solidariedade, integralidade, unidade e participação” (COLÔMBIA, 2016). A integralidade implica cobertura de todas as contingências que afetam a saúde; a unidade, na articulação das partes do sistema de saúde (políticas, instituições, regimes, procedimentos), que inclui os setores público e privado; e, a participação sugere a intervenção da comunidade na organização, controle, gestão e fiscalização do setor saúde (COLÔMBIA, 2016).

Com a Lei 100 destaca-se a criação do *Fondo de solidaridad y garantía - FOSYGA* (Fundo de Solidariedade e Garantia - FOSYGA), um órgão da administração pública colombiana, composto pelo *Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS* (Conselho Nacional de Segurança Social em Saúde) que se encarrega de administrar os recursos com origem nessas contribuições (do denominado Regime Contributivo), orientá-los para o alcance de uma atenção à saúde prioritária e de qualidade para todos, contribuintes ou não, especialmente mais pobres e vulneráveis (FOSYGA, 2020).

Severas são as críticas à mencionada Lei. Sustenta-se uma mercantilização da saúde naquele país. De acordo com Prada e Chaves (2018, p. 2) “[...] uma das consequências da reforma da Lei 100 é o aumento dos recursos econômicos da saúde pública que são administrados principalmente por organizações privadas e da sociedade civil”.

Em 2007, a Lei 1122/2007 (modificada pela Lei 1151/2007), promoveu a reestruturação no Regime Geral da Previdência Social em Saúde (RGPS) da Colômbia, o que recai em mudanças nos aspectos de “[...] gestão, universalização, financiamento, equilíbrio entre os atores do sistema, racionalização e melhoria da prestação de serviços de saúde, fortalecimento dos programas de saúde pública e das funções de fiscalização e vigilância” dos serviços de saúde (COLÔMBIA, 2007).

Com relação à saúde pública, a legislação estabelece, no Capítulo VI, especificamente no artigo 32:

A saúde coletiva é constituída pelo conjunto de políticas que buscam garantir, de forma integrada, a saúde da população por meio de ações de saúde direcionadas tanto individual quanto coletivamente, visto que seus resultados

constituem indicadores de condições de vida, bem-estar e desenvolvimento do país. Essas ações serão realizadas sob a liderança do Estado e devem promover a participação responsável de todos os setores da comunidade. (COLÔMBIA, 2016).

O artigo 33 da Lei ainda traz uma contribuição relevante sobre o plano nacional de saúde pública. Institui a obrigatoriedade de regulação da saúde pública pelo governo nacional, por meio de um Plano Nacional de Saúde Pública (PNSP), a cada quadriênio. Este plano tem como objetivo o cuidado e prevenção dos principais fatores de risco para saúde e promoção de condições e estilos de vida saudáveis, para fortalecimento da capacidade da comunidade e dos diferentes níveis territorial para agir (COLÔMBIA, 2007).

Em 2011 a Lei 1438/2011 promove nova reforma no sistema de saúde colombiano e modifica, em seu artigo 3º, o artigo 153 da Lei 100/1993. O artigo modifica a noção de universalidade e passa a incluir nos princípios do RGPS a igualdade, obrigatoriedade, prevalência de direitos, abordagem diferencial, patrimônio, qualidade, participação social, livre escolha, sustentabilidade, transparência, descentralização administrativa, Complementaridade e simultaneidade, corresponsabilidade, irrevogabilidade, intersetorialidade, prevenção e continuidade (COLÔMBIA, 2011).

A organização dos serviços de saúde no modelo constitucional colombiano deve ser de maneira descentralizada, por nível de atendimento e com a participação da comunidade” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183). O modelo diminui o âmbito de atuação do Estado e os custos dos serviços públicos, caracterizado pela descentralização, pela introdução da política de mercado e pelo estímulo à participação privada (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019, p. 65).

Na Colômbia compete ao Estado, a direção, coordenação e controle da saúde. Também está a seu cargo a atenção à saúde e saneamento ambiental, a regulamentação da saúde de forma descentralizada e o estabelecimento de políticas para a prestação dos serviços de saúde por entidades privadas, com exercício de sua vigilância e controle, conforme artigos 48 e 49 da CP/91 (COLÔMBIA, 2016). O artigo 48 da CP/91 estrutura o princípio do sistema de seguridade social, com o apoio da cláusula de Estado social de direito (artigo 1) e artigo 11, no tratamento do direito à vida. Percebe-se, assim, que na Colômbia o direito à saúde está intimamente relacionado à seguridade social.

Os serviços de saúde na Colômbia, são organizados com base em três pilares específicos: descentralização, níveis de atendimento e participação da comunidade, diante dos deveres de autocuidado e de cuidado com a saúde de sua família e da comunidade.

O sistema que funciona com base em dois regimes de financiamento (contributivo e subsidiário) é criticado pela precariedade dos serviços ofertados. As principais críticas residem nas controvérsias sobre o gerenciamento dos modelos de cuidado em uma, já mencionada, “política de privatização agressiva” (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 105-107).

Na África do Sul, o texto constitucional provisório de 94 já apresentava avanços, comparado ao cenário constitucional anterior com relação à saúde¹². A CR/96, em vigor a partir de 97 (ÁFRICA DO SUL, 2012), promove a universalização do direito à saúde e aos serviços de saúde. O direito à saúde é previsto especialmente na seção 27 da CR/96. Nos termos literais da Constituição, a todos é garantido, forma igualitária, o direito de acesso aos serviços de saúde, inclusive a saúde reprodutiva. Além disso, garantido o atendimento em casos de emergência na seção 27 (2) (ÁFRICA DO SUL, 2012). O texto definitivo ainda ampliou os direitos das crianças para nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais (seção 28) (ÁFRICA DO SUL, 2012). Como visto, o texto constitucional sul-africano também atende ao padrão internacionalmente estabelecido.¹³ Deste modo, a saúde, na CR/96 pode ser compreendida enquanto um dos aspectos para um padrão de vida adequado.

Da mesma forma que ocorre na CP/91, em uma análise literal da CR/96, o direito à saúde parece ter relação direta com o direito à vida (seção 11) e a dignidade humana (seção 10) – direitos inderrogáveis – na mesma sistemática internacionalmente estabelecida. Esta é também a interpretação que lhe é dada por autores como Forman, Pillay e Sait (2004); Coovadia, Jewkes, Barron, Sanders, McIntyre (2009); e Dhai e Mohamed (2018)¹⁴, mas nem sempre foi a interpretação adotada pela Corte Constitucional do país, conforme se verá na próxima seção.

As noções internacionais elevam a proteção e promoção da saúde ao “mais alto padrão atingível”, mas não orientam o seu significado e atendimento, não há, portanto, uma obrigação tangível aos Estados-partes.

Dentro de seus disponíveis recursos, os estados membros são livres para fazer determinações sobre sua realização progressiva. Sem qualquer obrigação

¹² A consolidação do direito à saúde das crianças, por exemplo, é um destes avanços, ao estabelecer direito aos serviços de nutrição básica e social. Além disso, o direito aos serviços médicos adequados, custeados pelo Estado, também foi novidade (FORMAN; PILLAY; LYNETTE SAIT, 2004, p. 15).

¹³ Nos termos dos documentos internacionais já mencionados: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; e tendo em vista a noção internacionalmente estabelecida de saúde pela Organização Mundial de Saúde (OMS), enquanto um estado de bem-estar

¹⁴ Todavia, essa não foi sempre a interpretação adotada pela Corte Constitucional do país “*Constitutional Court of South Africa*” (CCSA), ponto que será igualmente objeto de análise na próxima seção.

tangível, um padrão posição de não realização do direito à saúde por conta do recurso restrições podem surgir. Esta é a situação que surgiu no nível dos escritórios provinciais em AS [*South África – África do Sul*] (DHAI; MOHAMED, 2018).

A CR/96, no seu modelo de “constituição transformadora”¹⁵, reconhece as injustiças do passado, prevê a realização progressiva do direito à saúde na seção 27 (ÁFRICA DO SUL, 2012). A Constituição possui uma série de metas e imposições ao Estado que, *dentro de seus recursos disponíveis*, tem a obrigação de adotar medidas razoáveis, inclusive legislativas, para tanto.

A Constituição, portanto, influencia a legislação em saúde em várias formas. Em primeiro lugar, o Estado é obrigado a editar a legislação tendo como base as várias obrigações constitucionais. Em segundo lugar, a Constituição impõe obrigações específicas ao Estado para garantir a equidade em saúde, exigindo-se explicitamente legislação em saúde como uma medida fundamental – embora não por si só suficiente para atingir esse objetivo. Terceiro, a Constituição rege o processo onde a legislação é formulada e implementada, exigindo governo eficaz, transparente, responsável e coerente e a participação ativa do público no legislativo e nos processos políticos. (FORMAN; PILLAY; SAIT, 2004, p. 15).

É possível dizer que no caso sul-africano há um imperativo constitucional para a realização do direito à saúde de forma universal e equitativa, que impõe ao Estado o dever de adotar medidas legislativas e outras medidas razoáveis para alcançar para alcançar a progressividade destes direitos, dentro de seus recursos (seção 27, “2”) (ÁFRICA DO SUL, 2012). Desta maneira, a CR/96 obriga o estado a trabalhar rumo à realização progressiva do direito à saúde (ÁFRICA DO SUL, 2012). Mas apesar de descrever uma obrigação positiva dentro dos recursos disponíveis, não especifica quais os parâmetros ou critérios que se consideram razoáveis¹⁶.

Ao longo dos anos, o sistema de saúde sul-africano também sofreu muitas modificações¹⁷. Passou de um sistema de subsídio integralmente público, para um sistema misto, onde a maior parte dos serviços de saúde no país são prestados pela iniciativa privada: o *National Health Insurance – NHI* (Seguro Nacional de Saúde). Os cuidados de saúde são financiados através de uma combinação ação de fontes privadas e públicas: imposto geral, privado seguros e pagamentos diretos. Trata-se de um sistema de financiamento progressivo, impulsionado principalmente por médicos privados

¹⁵ Que parte de certas aspirações que são enfaticamente entendidas como um desafio a práticas de longa data, sendo a constituição sul-africana é o principal exemplo de uma constituição transformadora (SUSTEIN, 2001, p. 4).

¹⁶ Isso fez com que, mais tarde, a Corte Constitucional Sul-Africana fosse provocada e se posicionasse a respeito, ponto que será melhor explorado na próxima seção.

¹⁷ De acordo com Mayosi, Lawn, Niekerk, Bradshaw, Karin e Coovadia (2012, p. 2036) entre 1928 e 2009 foram “[...] cerca de sete tentativas anteriores de introduzir um esquema de saúde com recursos progressivos”, dentre eles, uma das mais relevantes pela já mencionada “Comissão Gluckman”.

progressivos e esquemas de saúde¹⁸. (MAYOSI, LAWN, NIEKERK, BRADSHAW, KARIN E COOVADIA, 2012, p. 2036).

Em 1997 o “Livro Branco” (*White Paper*), parte do “Plano de Reconstrução e Programa de Desenvolvimento (RPD)”, do governo recém eleito¹⁹ tinha como objetivo promover a transformação do sistema de saúde da África do Sul para um sistema único, o *Health System of South Africa (HSSA)*. O plano era pautado na operacionalização de um sistema unificado e igualitário. O documento, fruto de políticas progressistas do governo Mandela²⁰, tinha como objetivo a unificação do sistema de saúde fragmentado no período anterior com a integração das atividades dos setores públicos e privados, incluídos ONGs e curandeiros tradicionais (FORMAN; PILLAY; SAIT, 2004, p. 14).

No entanto, mesmo a principal meta do governo pós-94 ser a reparação das disparidades de riqueza essas desigualdades, o cenário de disparidades aumentou na primeira década da democracia (COOVADIA; JEWKES; BARRON; SANDERS; MCINYRE, 2009, p. 822). No tom desta afirmação, não se pode desconsiderar, no entanto, a descontinuidade na política de saúde estruturada no governo que seguiu pelo período de 1999-2008. Isso repercutiu diretamente no cenário de saúde do país.

A promessa de reforma do sistema é interrompida em 99, com a eleição de Thabo Mbeki (COOVADIA; JEWKES, BARRON; SANDERS; MCINTYRE, 2009, p. 821, tradução nossa). O período conhecido como “anos Mbeki” (1999-2008), se destaca por “[...] políticas de saúde não científicas e erros desastrosos [...]”, especialmente em resposta à epidemia de HIV (MAYOSI, LAWN, NIEKERK, BRADSHAW, KARIN E COOVADIA, 2012, p. 2029). Nos “anos Mbeki” outras medidas legislativas²¹ foram implementadas na tentativa de garantir o direito de acesso a cuidados de saúde e no âmbito de Seção 27 da Constituição, com muitos desafios de implementação (COOVADIA; JEWKES, BARRON; SANDERS; MCINTYRE, 2009, p. 821).

¹⁸ A “Lei de Esquemas Médicos” (Medical Schemes Act no. 131 Of 1998) promulgada durante o governo Mandela, consolida os esquemas médicos com propostas específicas para integração dos setores públicos e privados do país e estabelece uma série de medidas para a sua coordenação. Essa legislação foi alterada pelas Leis 55/2001 e 62/2002. O objetivo da Lei concentrou-se em promover o acesso equitativo aos cuidados de saúde em conformidade com a Constituição, na medida em que veda a classificação de risco e exclusão de adesão com base na idade, sexo e estado de saúde introduzindo a prescrição de um conjunto mínimo de cuidados com a saúde.

²⁰ O emblemático Nelson Mandela, foi o primeiro presidente eleito no país em 1994, tendo o seu governo perdurado até 1999.

²¹ Lei de Revogação do Fundo de Doações de Saúde de 2002 - Lei nº 31/2002; Lei de Alteração de Controle de Medicamentos e Substâncias Relacionadas - Lei nº 59/2002; Lei de Saúde Mental de 2002 - Lei nº 17/2002; Lei do Serviço Nacional de Laboratório de Saúde de 2000 - Lei nº 37 de 2000.

De acordo com Mayosi, Lawn, Niekerk, Bradshaw, Karin e Coovadia, (2012, p. 2029), é apenas em 2009 com uma nova administração no setor de saúde, comprometida em mapear os maiores desafios de saúde enfrentados pelo país que a realidade do país começa a ser modificada²². Dentre as mudanças destacadas, concentram-se a utilização de liderança como um fator chave; colisões de epidemias e respostas do sistema de saúde, principalmente com relação à epidemia de HIV/AIDS.²³ Essa mudança, como ficará evidente na última seção do capítulo, não teve apenas a influência de uma política governamental bem intencionada.

A reorganização encabeçada em 2009 contou com um diagnóstico dos maiores problemas em termos de saúde no país e lidou com a questão do HIV/AIDS de forma concentrada em três ações conjuntas: investimento em programas e serviços, testagem e prevenção²⁴ (MAYOSI, LAWN, NIEKERK, BRADSHAW, KARIN E COOVADIA, 2012, p. 2029).

A nova organização enfatizou a necessidade do fortalecimento das instalações e adequação de novos programas e projetos no país, com atenção e prevenção à mortalidade neonatal, expansão dos serviços de saúde mental e medidas para redução dos índices de violência (MAYOSI; LAWN; NIEKERK; BRADSHAW; KARIM; COOVADIA, 2012, p. 2031-2036).

Esse panorama sublinha as modificações de estratégias governamentais para alcançar a cobertura universal de saúde, nos termos da Constituição sul-africana de 1996, até a implementação do *National Health Insurance* (NHI). O cenário de a implementação

²²O estudo aponta como fatores determinantes para essas mudanças o comprometimento do Ministro de Saúde Aaron Motsoaledi e na implementação de medidas do “*Lancet Health*”, uma série de estudos da revista “*The Lancet*”, a mais importante na área de ciências médicas por lidar com questões relativas à saúde coletiva (VEIGA, 2019) sendo significativos para resultando um aumento da expectativa de vida dos sul-africanos para 60 anos de idade.

²³ A África do Sul concentra um histórico com altos índices de mortalidade, apresentando piora entre os anos de 1990 e 2005. São responsáveis por estes indicadores “[...] doenças infecciosas coexistentes (incluindo novas infecções como HIV/AIDS), doenças não transmissíveis (DNTs), diarreia infantil persistente e desnutrição, e violência interpessoal e acidentes. (MAYOSI; LAWN; NIEKERK; BRADSHAW; KARIM; COOVADIA, 2012, p. 2030).

²⁴ O estudo de Mayosi, Lawn, Niekerk, Bradshaw, Karim e Coovadia (2012, p. 2032) revela em resultado promissor. No período compreendido entre 2006 e 2011 o número de mortes por HIV/AIDS caiu de 52,3% para 43,6%. A taxa de mortalidade (por cem mil habitantes) no caso da tuberculose caiu de 57 para 50 entre 2006 e 2011 (dados de 2011 não divulgados). Não obstante este significativo resultado, um dado específico apresentado pelos autores chama a atenção deste estudo. Mesmo com os esforços empreendidos na base preventiva do HIV/AIDS²⁴ e com o aumento da cobertura de testagem/constatação²⁴ das doenças, e da extensão no alcance e eficácia do tratamento²⁴, há um expressivo contraste quando se analisa a crescente taxa de pacientes com tuberculose e coinfeção por HIV/AIDS. O estudo aponta que entre o período de 2006 e 2011 o número de pacientes com tuberculose e HIV/AIDS aumentou de 59% para 65%, ou seja, houve um crescente em 6% (MAYOSI, LAWN, NIEKERK, BRADSHAW, KARIM E COOVADIA, 2012, p. 2032).

do NHI consiste situação similar ao caso colombiano: iniquidades no acesso, a privatização, o alto custo dos serviços médicos e farmacêuticos.

A implementação do novo sistema ocorreu com a ambiciosa proposta de transformação gradual do sistema desigual, socioeconomicamente e racialmente considerado. Mas Dhai e Mahomed (2018, p. 8), apontam sete anos mais tarde, que “a saúde na África do Sul (SA) está em crise”. Segundo as autoras, a escassez de recursos humanos e a negativa de acesso para 84% dos pacientes que dependem do serviço público são os fatores principais. (DHAI; MAHOMED, 2018, p. 8).

Na Colômbia, é igualmente apontado um cenário de crise no que se refere ao sistema de saúde. Yamin, Parra-Vera e Gianella (2011, p. 108) sustentam que o cenário decorre tanto da incapacidade do sistema de se regular, como também de fatores sociopolíticos. De acordo com as autoras, a principal falha do sistema tem se mostrado na segunda ponta do seu financiamento: os impostos sobre a folha de pagamento. “Essa dependência dos impostos sobre a folha de pagamento tem se mostrado uma falha fatal em um país onde as políticas neoliberais produziram uma crescente informalização do trabalho” (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 109). Apesar de múltiplos órgãos de fiscalização, o sistema foi “atormentado por falhas regulatórias” e políticas para a sua melhoria não foram implementadas (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 109).

As disparidades nos sistemas analisados fazem com que a maioria da população, notadamente a mais necessitada, esteja desassistida. Índícios apontam para a forma como as políticas foram geridas e aplicadas, principalmente diante do fortalecimento do setor privado e a desatenção da saúde pública, como consequência deste resultado nos dois países (COOVADIA; JEWKES; BARRON; SANDERS; MCINTYRE, 2009; ATAGUBA; MCINTYRE, 2012; BARBOSA FILHO, 2016; YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011).

Os países possuem um pano de fundo bastante similar: afinidade no cenário que envolve um histórico fragmentário na área da saúde; as mais diversas formas de desigualdade e de pobreza que também repercutem no cenário epidemiológico e de doenças dos países; e a ascensão capitalista consubstanciada no fortalecimento do setor privado. Mas Colômbia e África do Sul igualmente possuem uma série de diferenças. São países com distinções no gerenciamento da saúde e das políticas de saúde, com destaque também neste caso as diferenças de financiamento entre os sistemas; no texto

constitucional literalmente expresse; e no conjunto inteiramente distinto de arranjos institucionais (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 184).

Vinte anos se passaram desde a promulgação das Constituições, esforços foram empreendidos e mesmo que as políticas de saúde dos países tenham se pautado pelo propósito de alcançar cobertura universal (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 670; COOVADIA; JEWKES; BAROON; SANDERS; MCINTYRE, 2009; MAYOSI; LAWN; NIEKERK; BRADSHAW; KARIM; COOVADIA, 2012), este parece ainda um horizonte inatingido, que comporta inúmeros desafios²⁵.

Os problemas de efetivação do direito à saúde fizeram com que fosse desenrolada ao longo dos anos, em ambos os países, uma abundante e dispersa regulamentação da temática por meio de legislações esparsas no pós-91 e pós-94, sobre as mais diversificadas matérias.²⁶

Nessa perspectiva de frustração e desalento, a sociedade bateu à porta do judiciário. Isso não ocorreu necessariamente enquanto “causa e efeito”. De acordo com Yepes (2007) a judicialização da política tem sido um fenômeno mundialmente estabelecido. Nos países estudados, a busca pelo judiciário para decidir questões relativas à saúde é apenas um dos exemplos mais expressivos, seguido pelo direito à educação e moradia (VALLE, 2013; ROSEVEAR, 2018; LIMA; FRANÇA, 2019), diante das mazelas da sociedade.

No que se refere à saúde, estudos revelam um contraste bastante significativo quanto ao número de litígios em relação aos dois países (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 273-303; YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 179-216; LANDAU, 2018). Com fins de investigar essas diferenças, foram selecionados três casos que envolvem direta ou indiretamente o direito à saúde e tiveram grande repercussão nos países frente ao posicionamento adotado pelas Cortes Constitucionais.

²⁵ Mayosi, Lawn, Niekerk, Bradshaw, Karim e Coovadia (2012, p. 2037-2039) já apontavam três desafios principais: determinantes sociais e disparidades raciais; integração e coordenação; vigilância e informação com a implantação do NHI e apontavam para o fortalecimento da saúde pública como melhor solução. Todavia, o que se observou foi justamente o agravamento destes desafios e um enfraquecimento do setor público, do qual é dependente a grande maioria da população nacional do país.

²⁶ No caso colombiano, a CCC contribuiu para isso e em muito influenciou os rumos que seguiram a política de saúde no país.

2.2 O COMPORTAMENTO JUDICIAL DAS CORTES DA COLÔMBIA E DA ÁFRICA DO SUL

Passa-se a analisar, sistematicamente, o posicionamento das Cortes Constitucionais com relação ao direito à saúde. O diagnóstico obedece aos critérios estabelecidos no início do capítulo. Antes disso, conhecer o sistema judiciário e de jurisdição constitucional dos países em grau superior, é imprescindível.

Colômbia e África do Sul não seguem o padrão do sistema judiciário brasileiro. Diferentemente do que ocorre no Brasil, cada um dos países possui dois órgãos jurisdicionais superiores. As Cortes Constitucionais são a instância decisória máxima quando o assunto se concentra sob sua jurisdição (artigo 116 da CP/91 e artigo 167, 3, “a” e “c” da CR/96).

As Constituições democráticas inovaram ao trazer uma alteração substancial: a instituição de Cortes Constitucionais (COLÔMBIA, 2016; ÁFRICA DO SUL, 2012): a *Corte Constitucional de Colombia* – CCC (Corte Constitucional da Colômbia) e a *Constitutional Court of South Africa* – CCSA (Corte Constitucional da África do Sul). Apesar de os modelos de jurisdição constitucional da Colômbia e da África do Sul terem as Cortes Constitucionais como a mais alta autoridade nos países, os sistemas colombiano e sul-africano não seguem exatamente o mesmo padrão.

Enquanto na Colômbia compete à Corte a proteção da integridade e supremacia da Constituição no exercício da função jurisdicional (artigo 241 da CP/91), ficando a seu cargo decisões e revisões exclusivamente relacionadas à matéria constitucional²⁷, na África do Sul CCSA, a CR alarga o âmbito de atuação da CCSA. Neste caso, além da matéria constitucional²⁸ é competência da Corte a análise de qualquer outro assunto que considere suscitar questão de direito discutível e de interesse público e geral, concedendo uma autorização para recurso com estes fundamentos (artigo 167 da CR/96).

Sensíveis são também as diferenças entre o constitucionalismo colombiano e sul-africano. Este apontado como típico modelo transformador (SUSTEIN, 2001) e aquele como produto do neoconstitucionalismo ou novo constitucionalismo latino-americano

²⁷ Compete à CCC decidir sobre ações de inconstitucionalidade e constitucionalidade, inclusive dos atos de iniciativa popular para emendas constitucionais; e revisar decisões judiciais relacionadas à proteção de direitos constitucionais; e decidir sobre ações de tutela, fazendo coisa julgada constitucional, nos termos do artigo 241 da CP/91 (COLÔMBIA, 2016). As ações de tutela são uma medida constitucionalmente estabelecida própria da Colômbia e as suas particularidades serão adiante explicadas.

²⁸ Decisões sobre disputas entre órgãos do Estado em esfera nacional ou provincial sobre o status constitucional, poderes ou funções de quaisquer órgãos do Estado; decidir sobre a constitucionalidade de projetos de lei nos casos especificados na Constituição ou de qualquer emenda constitucional; decidir sobre o cumprimento de obrigações constitucionais, além de outras funções que podem ser consultadas diretamente no artigo 167 da CR/96.

(LOURENÇO, 2016). Essa discussão, entretanto, suscita algumas controvérsias que serão brevemente debatidas no último capítulo.

As orientações de atuação da CCC e da CCSA se concentram majoritariamente no capítulo 4 da Constituição colombiana e no capítulo oito da Constituição sul-africana (especialmente no artigo 167). Mas ao longo dos textos constitucionais outros artigos também lhes são aplicados. Apesar disso, a atenção da investigação recai sobre as disposições indicadas.

Como visto na seção anterior, é comum aos países analisados o reconhecimento constitucional do direito à saúde, como uma “[...] garantia justificável que ultrapassa meras proteções de saúde pública” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 180) nas constituições vigentes. Assim como também a possibilidade de reclamar este direito perante o judiciário. Portanto, é um *direito justiciável*, isto é, um direito que pode ser reclamado perante o judiciário. Na presente dissertação deve-se compreender “justiciabilidade do direito à saúde” enquanto a possibilidade de execução judicial do direito à saúde e “[...] essencialmente a competência constitucional dos tribunais para julgar um processo que obriga o Estado a oferecer serviços de saúde como um dever correlato ao direito tangível à saúde reclamado” (NGWENA, 2013, p. 67-68).

Desde a sua criação a CCC desempenhou papel atuante nas decisões que envolvem o direito à saúde. Além de decidir mais de mil casos explicitamente a partir de 1991, também emitiu inúmeros acórdãos quanto às obrigações do Estado em respeitar, proteger e cumprir o direito à saúde (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 103). Em 1993 a Corte proferiu a *Sentencia T-328 de 1993*. Apesar de os pedidos do autor não contemplarem diretamente uma demanda de saúde ou prestações de saúde²⁹, dentre as suas alegações concentram-se questões que envolvem tais matérias³⁰. A decisão (e não a sua análise propriamente dita), foi considerada pelo estudo porque a CCC firmou um entendimento que orientou a sua atuação em matéria de saúde nas decisões que seguiram – saúde enquanto um estado “variável”, de acordo com cada caso concreto³¹.

²⁹ A tutela ajuizada pelo autor envolveu um pedido de proteção de seus direitos à vida (C.P. art. 11) e à seguridade social (C.P. art. 48), em razão de um grave acidente que sofreu varanda onde se encontrava, tendo queimaduras em membros do corpo e estômago, provadas por cabos de força localizados a poucos centímetros dali. A ação foi ajuizada contra a empresa responsável pelos cabos elétricos, pela ineficiente prestação de um serviço público (CCC, 1993).

³⁰ O autor alegou que recebeu atendimento de urgência e depois hospitalar, mas teve que desembolsar a quantia de cento e oitenta mil pesos sem incluir remédios e curas periódicas às quais deve ser submetido, não tendo recebido nenhuma ajuda por ser trabalhador independente (CCC, 1993).

³¹ A Corte, interpretando o artigo 49 da CP/91, entendeu que “o direito à saúde, apesar de sua importância, não é um direito de aplicação imediata” (CCC, 1993). E, além disso, não decorre de uma condição individual, mas depende de uma avaliação específica a cada caso (CCC, 1993). Seguindo a mesma linha de

Até o ano de 1998³², a CCC desenvolveu vasta jurisprudência (RAMIREZ, 2013) de interpretação constitucional com relação ao direito à saúde que pode ser considerada controvertida. A jurisprudência da Corte consolidou interpretação sobre o direito à saúde em dois aspectos específicos: adquire *status* direito fundamental, quando o direito à vida ou outro direito fundamental está em risco, caso em que é passível de reclamação mediante ação de tutela; e não é considerado um direito fundamental se não se relaciona com outros direitos, adquire o caráter de benefícios e podem ser executadas por outros meios de defesa, além da tutela.

No primeiro aspecto, a CCC reconheceu a relação da saúde com o direito à vida e dignidade³³ humana (CCC, 1992; CCC, 1998), com a acolhida da tese de fundamentalidade do direito à saúde *por conexão*³⁴, alargando as possibilidades de manejo da ação de tutela se o direito à saúde guarda relação com outros direitos (CCC, 1992; CCC, 1998).

A jurisprudência da Corte se destacou durante este período no início dos anos 2000 e foi até objeto de críticas neste sentido afirmam Young e Lemaitre (2013) pela concessão de medicamentos antirretrovirais (para tratamento do HIV/AIDS), medicamentos onerosos para o tratamento do câncer e por ordenar o tratamento de pacientes no exterior se na Colômbia não havia o tratamento adequado, por exemplo. Além de aprovar outros tipos de atendimentos médicos, como implantes mamários, administração de hormônios para crescimento, dentre outros³⁵ (YAMIN, PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 109, p. 111).

Ainda no ano de 2000, a Corte proferiu a *Sentencia T-204/00*, primeira decisão objeto de análise. A Corte confirmou a variabilidade do direito à saúde e seguiu o raciocínio anteriormente adotado. Mas firmou a tese de fundamentalidade, reconhecendo a sua intrínseca relação com a dignidade humana e com a vida e com o conceito de bem-estar (CCC, 2000).

raciocínio, em interpretação ao artigo 85 da CP/91, a Corte considerou que o direito à saúde pode ou não ser indispensável garantia de outros direitos, como por exemplo, o direito à vida. Essa avaliação deve ser realizada conforme cada caso concreto (CCC, 1993). Apenas quando a condição econômica da pessoa não lhe permitir o tratamento adequado, bem como comprovada a ineficiência da administração por ação ou omissão a CCC reconheceu a aplicabilidade imediata do direito (CCC, 1993).

³² Ver *Sentencias T-013/98, T-286/98, T-236/98, T-489/98.*

³³ Ver *Sentencias T-571/92; SU-039/98 e T-395 de 1998.*

³⁴ A Corte considerou que o direito à saúde não é, em sua essência, um direito fundamental, mas adquire fundamentalidade por sua relação com outros direitos, como é o caso do direito à vida e dignidade humana.

³⁵ Ver *Sentencias T-499/95; SU-111/97; SU-819/99; T-414/01; T-344/02; T-409/00; T-119/00; e T-572/99.*

A saúde é um conceito intimamente relacionado com o bem-estar do ser humano e que no quadro do Estado social, quando se torna um direito, constitui um postulado fundamental do bem-estar do cidadão.

[...] a Câmara deve reiterar que o direito à vida aumenta seu raio de ação e funciona como uma força expansiva que o conecta com outros direitos que, sem perder sua autonomia, lhe são inerentes. Nesse sentido, na opinião do Tribunal, a saúde e a integridade física são objetos jurídicos identificáveis, como esta Corporação várias vezes afirmou.

[...] Nesse sentido, é claro que a ação tutelar procede como um mecanismo judicial para tutelar o direito à saúde quando este está em estreita ligação com outros direitos como a vida e até a previdência social. (CCC, 2000).

Pode-se dizer que até então a Corte adotava uma interpretação mais cautelosa, pois considerava que o direito à saúde poderia ou não ser indispensável garantia de outros direitos, como por exemplo, o direito à vida. Mas essa avaliação deveria ser realizada conforme cada caso concreto.

O entendimento firmado pela Corte considera o direito à enquanto um *direito de aplicação não imediata*, ou seja, que *não é um direito absoluto*. E reconhece a sua relação intrínseca com direitos, como vida, dignidade humana e, inclusive, previdência social.

Não é possível avaliar, com segurança, se a Corte privilegiou a saúde curativa ou preventiva, bem como se considerou o interesse coletivo. O que não se pode ignorar é que considerou o interesse individual na concessão de medicamentos, acesso aos serviços de saúde e previdência.

De acordo com Ramirez (2013, p. 221), a partir de 2003, “[...] o Tribunal Constitucional foi mudando sua posição até reconhecer que o direito à saúde é um *direito fundamental*”. E este é justamente o ponto chave da segunda decisão analisada. Na “*Sentencia T-859 de 2003*” a Corte indicou que o Tribunal de primeira instância considerou não ter ocorrido violação de direitos fundamentais porque o procedimento pretendido não integrava o *Plan de Salud Obligatorio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – POS* (Plano de Saúde Obrigatório no Sistema Geral da Previdência Social em Saúde) e a vida não se considerou afetada. Mas, modificando o entendimento firmado na decisão anteriormente analisada, revogou a sentença proferida pelo 7º Tribunal Criminal Municipal de Bucaramanga, concedendo a tutela pleiteada (CCC, 2003).

A Corte, endossando o pronunciamento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas³⁶ e confirmando o entendimento adotado na *Sentencia T-227/2003*, decidiu pela fundamentalidade do direito à saúde, mesmo quando

³⁶ No sentido de que a saúde é um direito fundamental, o que inclui o direito “[...] ao gozo do mais alto nível possível de saúde que permitir viver com dignidade [...]” (CCC, 2003) e cuja “[...] eficácia está sujeita à realização de procedimentos complementares [...]” (CCC, 2003).

não guarda relação direta com outros direitos fundamentais, ou seja, que o direito à saúde é um *direito fundamental autônomo* (CCC, 2003). A Corte avaliou o direito à saúde enquanto um direito “funcionalmente” direcionado para alcançar a dignidade humana (CCC, 2003).

Assim, pode-se argumentar que tem natureza de direito fundamental portanto autônomo, o direito de receber cuidados de saúde definido no Plano Básico de Saúde, o Plano de Saúde Obrigatório e Plano de Saúde Subsidiado Obrigatório - Lei 100 de 1993 e suas regras complementares - bem como no que diz respeito aos elementos derivados das obrigações definido no Comentário Geral No. 14. [...]. (CCC, 2003).

Mesmo diante da modificação no entendimento com relação aos aspectos destacados, a Corte manteve o seu posicionamento no sentido de *não reconhecer o direito à saúde como um direito absoluto e nem de aplicabilidade imediata*. A Corte especificou que a obrigação do Estado é “[...] garantir conteúdo mínimo sobre saúde e que o fato de o direito à saúde, em tanto que um direito à saúde não é de aplicação imediata” (CCC, 2003).

O aumento de litígios privados – notadamente ações de tutela, fez com que em 2008 a Corte proferisse uma importante decisão. Na *Sentencia T-760-08* a CCC julgou um conjunto de tutelas em processos de revisão de decisões proferidas nas mais diversas competências de ordem territorial e material, invocando o direito à saúde e, especificamente, o acesso a serviços necessários de saúde. Dentre as matérias que tratavam as tutelas, destaca-se o acesso a serviços de saúde de alto custo (CCC, 2008).

A reunião das ações pela Corte foi justificada logo no início da decisão: um diagnóstico de forma mais abrangente sobre as razões que estavam levando cidadãos colombianos a buscar o judiciário e as possibilidades de o Tribunal analisar as diferentes facetas do direito à saúde e avaliar suas implicações, para “sempre a fim de garantir o gozo universal, equitativo e efetivo deste direito” (CCC, 2008).

Essa sentença é bastante singular diante da determinação da CCC de transformação do sistema de saúde, conforme se observará na próxima seção. Não obstante a relevância de tais aspectos e as mudanças estruturais ordenadas pela CCC, outros pontos da sentença concentram a atenção deste estudo. Particularmente, os capítulos 3 e 4 da decisão.

Chama a atenção o reforço pela Corte da tese de variabilidade do direito à saúde que vinha sendo anteriormente adotado, nas decisões analisadas (CCC, 2008). A CCC esclareceu que a compreensão de progressividade, que justifica a impossibilidade do cumprimento imediato de todas as obrigações que derivariam do escopo de proteção do

direito constitucional, “[...] não é uma permissão ao Estado para deixar de adotar medidas adequadas e necessárias destinadas a cumprir as obrigações, vale repetir, progressivamente” (CCC, 2008).

O segundo ponto de destaque é o modo pelo qual a Corte concebe o direito à saúde constitucionalmente estabelecido. De acordo com a CCC, o direito à saúde deve ser interpretado tanto como um direito positivo, quanto negativo³⁷ e neste sentido, a Corte reconhece, as múltiplas facetas dos direitos socioeconômicos (CCC, 2008) e todas as complexidades decorrentes.

Na verdade, dentro das obrigações de respeito, proteção e garantia, derivadas de um direito fundamental como a saúde, os dois tipos de facetas se misturam, obrigações em que é exigido 'fazer' algo ao Estado ou a certas entidades privadas responsáveis (positivas) e as obrigações em que são exigidas 'pare de fazer' algo (negativo). Assim, por exemplo, respeitar o direito de saúde pode envolver a não realização de um experimento contra a vontade de uma pessoa, mas também pode envolver dar os passos certos e necessário para descartar o lixo hospitalar. Da mesma forma, a obrigação de proteger pode envolver a elaboração de um complexo política pública, por exemplo na vacinação, mas também pode envolver anular uma decisão administrativa ou um determinado regulamento. (CCC, 2008).

Revisando uma série de políticas estabelecidas, a CCC julgou que o direito à saúde, nos termos da CP/91, ocupa uma dimensão muito mais complexa do que sugere a interpretação literal que conduz ao reconhecimento do direito enquanto obrigação, proteção e promoção, que vinha sendo aplicada e considerada no país (CCC, 2008). Nas palavras da Corte “[...] o direito à saúde tem limites, razoáveis e justificados constitucionalmente” (CCC, 2008). Seguindo esse raciocínio, a CCC considerou, por exemplo, que “[...] o plano de benefícios [PIDESC] não precisa ser infinito, mas pode ser limitado a atender às necessidades e prioridades de saúde determinadas pelos órgãos competentes para alocar de forma eficiente recursos escassos disponíveis” (CCC, 2008).

O terceiro ponto da decisão que se acentua é o estabelecimento pela Corte dos serviços mínimos de saúde aos quais uma pessoa tem direito constitucional de acesso no país. A Corte estabeleceu de forma clara o alcance do direito à saúde e balizou a sua extensão e limitações.

A Corte apontou: o âmbito de proteção constitucional do direito à saúde; o principal critério para determinar quais são esses serviços mínimos de saúde; estabeleceu a garantia constitucional de acesso aos serviços de saúde; critérios para elencar como serão resolvidos conflitos para determinar se uma pessoa possui ou não direito constitucional para garantir o acesso; determinou a razoabilidade para a cobrança das

³⁷ Que pode exigir tanta ação, quanto abstenção estatal para a sua realização e sua não-violação.

pessoas que vão acessar determinado serviço de saúde; e, por fim, reiterou a tese de que “[...] o acesso aos serviços de saúde deve ser garantido em condições de oportunidade, continuidade, eficiência e qualidade, de acordo com o princípio da integralidade”. (CCC, 2008).

A Corte ainda estabeleceu os casos em que é possível reclamar o direito à saúde por meio das ações de tutela: 1) quando o serviço se encontra nos planos obrigatórios de saúde (contributivo ou subsidiado); 2) quando o serviço foi ordenado por médico vinculado à unidade prestadora de serviço; 3) se é necessário para preservar direitos fundamentais (saúde, vida ou outros), vinculados à conservação da dignidade humana e integridade física; 4) quando houve solicitação prévia de solicitação do serviço à entidade responsável, mas esta se negou ou em caso de mora injustificada (CCC, 2008).

A CCC indicou conjuntamente os limites do direito à saúde. Citou alguns exemplos de limitação no acesso aos serviços e que estariam razoavelmente excluídos do POS (item 3.5 da decisão), que teriam sido estabelecidos ao longo de sua jurisprudência. A exemplo, serviços de estética, tratamentos dentários, óculos e cirurgias oculares, tratamentos de fertilidade, tratamentos de desintoxicação, próteses e alergias (CCC, 2008, p. 46-50).

Da *Sentencia T-760/08* é possível extrair, em primeiro lugar, que a Corte interpreta o direito à saúde previsto da CP/91 de forma restritiva. Essa interpretação se coloca na medida em que a Corte estabelece que o direito à saúde *não é absoluto ou ilimitado e imediatamente realizável*. Segundo a Corte, o principal critério (ainda que não exclusivo) para determinar quais os serviços mínimos de saúde que cada um tem direito é o conceito científico médico (item 4.1.2 da decisão) (CCC, 2008).

A conclusão a que se chega não está à margem de possíveis argumentações que sustentem uma postura contraditória e questionável da Corte. Essa divergência poderia se apresentar porque a CCC considerou que a garantia constitucional de acesso excepcionalmente pode incluir um serviço que não se é abrangido por um plano obrigatório de saúde, no caso “3)” de justiciabilidade por meio de tutela.

Ao mesmo tempo em que a Corte estabelece a orientação do âmbito de proteção da saúde pelos vieses de *necessidade*³⁸ e *dependência*³⁹ (item 4.1.1 da decisão), admite, levando em conta o mesmo argumento de “necessidade”, mas agora incluído o requisito de “exigência”⁴⁰, o acesso a serviços que não estejam incluídos dentro de um plano obrigatório de saúde, inclusive medicamentos em casos excepcionais (item 4.1.3 da decisão) (CCC, 2008, p. 70-80).

Destaca-se a complexidade que se coloca na argumentação da Corte. A CCC permitiu a propositura de tutela para solicitar o reembolso de serviços e medicamentos não cobertos pelo POS, de forma excepcional e desde que atendidos uma série de requisitos⁴¹ e que for necessário para preservar a saúde, vida, dignidade humana, integridade física ou outro direito fundamental, nos casos em que não houver capacidade econômica.

Em conclusão, todos têm o direito de ter garantido o acesso aos serviços de saúde de que *necessita*. Quando o serviço que você precisa não está incluído no plano de saúde obrigatório correspondente, você deve assumir, em princípio, um custo adicional pelo serviço a ser recebido. Não obstante, conforme indicado, a jurisprudência constitucional considerou que carece capacidade econômica de assumir o custo que lhe corresponde, dada a verificação desta situação de penúria, é possível autorizar o atendimento necessário médico com necessidade e permitir que o EPS⁴² para obter do Fosyga reembolso por serviço não coberto pelo POS (CCC, 2008).

Essa posição leva em conta particularidades do caso colombiano que envolvem, por exemplo, a inefetividade do sistema de saúde e uma “*lacuna* regulatória que existe em torno do procedimento para acessar os serviços de saúde necessários” (CCC, 2008, p. 81-82)⁴³.

³⁸ Estabelecendo que “toda pessoa tem o direito constitucional de ter acesso garantido dinheiro para os serviços de que necessita, ou seja, serviços essenciais para manter sua saúde, quando sua vida está seriamente comprometida, sua integridade pessoal ou sua dignidade.” (CCC, 2008, p. 70).

³⁹ Ao considerar que “[...] a atual ordem constitucional garante a todos, pelo menos, o acesso aos serviços de saúde dos quais seu mínimo vital e sua dignidade como pessoa dependem da forma como a pessoa está vinculada ao Sistema Único de Saúde”. (CCC, 2008, p. 70).

⁴⁰ Se atende condições específicas: “(i) a falta de serviço médico viola ou ameaça os direitos de a vida e a integridade pessoal de quem dela necessita ; (ii) o serviço não pode ser substituído por outro que conste do plano obrigatório; (iii) o interessado não pode pagar diretamente por ele, nem os valores que a entidade encarregado de garantir a prestação do serviço está autorizado legalmente a ser cobrado, e você não pode acessar o serviço por meio de um plano diferente beneficie você ; e (iv) o serviço médico foi solicitado por um médico atribuído à entidade encarregada de garantir a prestação do serviço a quem está solicitando.”

⁴¹ Necessidade: se atende ao item (iii); e exigência quando atende aos itens (i), (ii) e (iv), mencionados na nota explicativa anterior.

⁴² “Entidade de provedora de saúde” – EPS.

⁴³ A Corte identificou que nas duas classes de medicamentos (aqueles que estão no plano de saúde obrigatório e aqueles obrigatórios e não incluídos, são aprovados pelo Comitê Técnico Científico) existe uma falha regulatória no sistema de saúde colombiano em torno do procedimento para acessar os serviços de saúde necessários, não incluídos no plano (CCC, 2008, p. 83).

A partir dessa lacuna, a CCC identificou outro vazio no que diz respeito às regras para solução de conflitos entre o médico assistente e o Comitê Técnico Científico. Estabeleceu a Corte que, na existência de conflitos sobre a prescrição médica de um medicamento não previsto no POS e a posição do Comitê Técnico Científico, quando o medicamento não está revisto no POS, a Corte decidiu que deve prevalecer a posição do médico, sendo a pretensão exequível: “[...] um EPS viola o direito de saúde de uma pessoa, quando lhe é negado o acesso ao serviço com base no argumento de que a pessoa não apresentou a solicitação ao Comitê.” (CCC, 2008, p. 88). Mas a CCC também advertiu que “o Comitê Técnico Científico não é obrigado a autorizar automaticamente cada pedido do médico assistente” se se referir aos procedimentos que a Corte admitiu razoavelmente excluídos do POS.

Embora possam surgir argumentações sobre o mérito, questionando o posicionamento da Corte – e até mesmo as suas repercussões, como será trabalhado adiante –, o ponto a que se quer chegar é que a Corte além de definir a abrangência do direito constitucionalmente estabelecido parece também ter determinado as suas hipóteses de justiciabilidade. As repercussões desse posicionamento serão avaliadas adiante.

Além disso, a Corte considerou que a saúde está relacionada e é indispensável para garantia de outros direitos, mas não de forma absoluta. Nesse sentido, o âmbito de proteção constitucional para acesso aos serviços de saúde é apenas indispensável para conservar a saúde quando estiver em risco a sua vida, integridade pessoal ou dignidade e segundo prescrição médica (CCC, 2008).

Outros pontos da decisão e da própria jurisprudência da Corte se sobressaem. A despeito de a CCC ter decidido, principalmente aspectos curativos do direito à saúde e não tenha abordado de forma direta aspectos preventivos, é notável que a Corte levou em consideração os últimos.

Um dos exemplos de limitações ao direito à saúde apresentados pela Corte serviria para ilustrar. Nos casos de obesidade, a CCC estabeleceu que os direitos aos serviços de saúde alcançam este caso “somente quando a obesidade atinge de modo que os perigos para a vida e integridade de uma pessoa[...]” (CCC, 2008, p. 46) e que não é possível revertê-la com outros meios, conforme prescrição médica.

O Tribunal levou em consideração que embora a longo prazo a obesidade possa ter resultados negativos na vida da pessoa o indivíduo também tem o dever de zelar pela sua saúde, havendo mecanismos de prevenção neste caso que podem ser adotados pela

própria pessoa. Outros pontos da decisão poderiam ser citados (CCC, 2008, p. 46). Todavia, não é possível afirmar com segurança que a Corte considerou no momento de aplicação da técnica utiliza.

A mesma percepção aplica-se ao interesse coletivo. Embora a CCC não tenha destinado algum item específico da decisão para se debruçar sobre essa pauta, a técnica empregada pela Corte apresenta uma percepção de equilíbrio na tentativa de minimizar as iniquidades do sistema colombiano. Essa também parece ter sido a interpretação de outros autores (YOUNG E LEMAITRE, 2013; YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011).

Talvez essa aparência ocorra porque a decisão, apesar de esbarrar em questões coletivas – como as determinações da Corte de alterações diretas no sistema e políticas e outras – julgou interesses individuais. Frisa-se que segundo mencionado, a Corte promoveu a reunião de uma série de demandas individuais e não o meio constitucionalmente estabelecido para a discussão coletiva, como a ação popular, por exemplo, prevista no art. 88 da CP/91.

Analisadas as decisões da CCC, passa-se, então, para a avaliação do posicionamento da CCSA no contexto sul-africano. Diferente do que ocorre na Colômbia, a jurisprudência da Corte sul-africana é bastante restrita. Tanto, que não houveram maiores empecilhos na definição de quais seriam as decisões analisadas. Apenas três casos foram destacados na bibliografia analisada e um deles sequer discute essencialmente o direito à saúde, mas o direito à moradia (*Grootboom*). A análise deste caso é importante porque a Corte, embora decidindo sobre outro direito, denotou a modificação de sua interpretação sobre o direito à saúde.

Os casos analisados foram *CCT 32/97*; *CCT 11/00* e *CCT 8/02*, popularmente conhecidos como casos “*Soobramoney*”; “*Grootboom*”; e “*TAC*”. Para tanto, levou-se em conta os mesmos critérios estabelecidos de análise de jurisprudência da CCC. As decisões analisadas foram extraídas diretamente do site da CCSA. Considerando o grau de objetividade das decisões da CCSA, cuja técnica utilizada se destaca mundialmente e tem sido cada vez mais estudada (ROSEVEAR, 2018), a análise realizada também será mais objetiva. Assim, pode ser notada uma sensível diferença quanto à análise da jurisprudência colombiana, mas esclarece-se, desde já, que isso ocorre em razão do volume e densidade diferentes que decorrem da interpretação de cada Tribunal.

O emblemático caso *Soobramoney* (1997) na África do Sul envolveu a reclamação de um doente (*Thiagraj Soobramoney*), nos estágios finais de insuficiência renal crônica

de condição é irreversível, cuja vida poderia ser prolongada por meio de diálise renal regular⁴⁴. O paciente fundamentou o seu pedido nas seções 27, (3) (tratamento de saúde de urgência) e 11 (direito à vida) da CR/96, além da jurisprudência da Corte Indiana.

A CCSA julgou improcedente o pedido de Soobramoney, apoiando uma interpretação bastante restritiva – e que foi objeto de críticas (NGWENA, 2013) – da seção 27 da CR/96. A Corte decidiu que diante da limitação de recursos – naquele caso considerada como comprovada pela manifestação de uma médica de referência, presidente da South African Renal Society, segundo consta na decisão (CCC, 1997) – o Estado estaria desobrigado de fornecer o tratamento. Concluiu, assim, pela ausência de justiciabilidade de direitos como aquele pleiteado.

[...] dada esta falta de recursos e as demandas significativas sobre eles, já foi referido, uma obrigação não qualificada de atender a essas necessidades seria atualmente não pode ser cumprido. Este é o contexto dentro do qual seção 27 (3) deve ser interpretada”.

Além disso, considerou que o caso não se encaixava nas hipóteses da dimensão negativa do direito estabelecido com relação ao “não ser recusado tratamento de emergência” segundo a qual deveria ser interpretada a seção 27, (3) da CR/96. Na interpretação da Corte o conceito de emergência seria apenas aplicado nos casos de traumas ou ocorrências repentinas/catástrofes, a fim de garantir tratamento para estabilizar aquela condição, no qual o paciente não se encaixava⁴⁵.

Com isso, a Corte determinou uma interpretação constitucional bastante restritiva do direito à saúde, enquanto um direito *não absoluto* e que, portanto, pode ser limitado de uma forma ou outra, como no caso de recursos (comprovadamente) escassos. A CCSA considerou que, neste caso, não houve demonstração de falha estatal. Destacou escolhas difíceis e decisões racionais devem ficar a cargo do governo e do setor médico, salientando que:

Os tribunais não são o lugar adequado para resolver o agonizante pessoal e médico problemas que estão por trás dessas escolhas. Por mais importantes que sejam nossas funções de revisão, são áreas onde a incapacidade institucional e a modéstia constitucional adequada exigem de nós ser especialmente cauteloso. O sistema jurídico de nosso país simplesmente não pode substituir mais luta íntima que deve ser suportada pelo paciente, aqueles que cuidam do paciente e aqueles que se preocupam com o paciente (CCSA, 1997).

⁴⁴ O paciente, que iniciou o seu tratamento perante o setor privado, migrou para a rede pública por insuficiência de recursos que interrompeu o seu tratamento. O tratamento pleiteado é um dos mais procurados no país e, por isso, a rede pública de saúde limitou o atendimento a um número específico de pessoas, baseado em critérios utilitaristas dentre os quais se considera a possibilidade de eleição do paciente para um transplante de rim (CCSA, 1997).

⁴⁵ O paciente não se encaixava neste caso diante da evolução progressiva de sua doença ao longo dos anos, agravada por outras causas, como, por exemplo, doença cardíaca que ocasionou hipertensão, diabetes e a doença renal crônica (CCC, 1997).

Na primeira decisão sul-africana analisada – diferente do que ocorreu na Colômbia – é perceptível que a CCSA, tenha levado em conta o aspecto preventivo da saúde, aproximando-se da definição de saúde estabelecida pela OMS e o interesse coletivo. Mas essa posição não se libera das críticas. Esse posicionamento foi questionado porque “[...] a Corte não considerou como o direito à saúde, ou o direito de acesso aos serviços de saúde, foi interpretado nos instrumentos internacionais de direitos humanos.” (NGWENA, 2013, p. 78).

Apesar de ter ressaltado a relevância do fundamento do paciente com relação ao direito à vida, mencionando o compromisso expresso no preâmbulo da Constituição (melhoria da qualidade de vida, dignidade humana e outros valores democráticos), a Corte se limitou a dizer que a garantia destes direitos, tal qual a saúde, se chocam com a falta de recursos e, por isso, são escassos.

A CCSA considerou – mas sem propor determinações concretas no aspecto preventivo – que talvez uma solução para a redução problema fosse a educação. Especificamente, uma campanha de educação massiva “[...] para informar os cidadãos em geral sobre as causas da insuficiência renal, hipertensão e diabetes e a dieta a que as pessoas afetadas por insuficiência renal podem recorrer para prolongar sua expectativa de vida” (CCC,1997).

Com relação ao interesse coletivo, a CCSA estabeleceu que a primeira questão que se coloca é se “todos têm o direito de acesso às máquinas de diálise renal, mesmo onde os recursos são escassos ou limitados” (CCC, 1997), conforme estabelece o capítulo 2 da CR/96. Nas palavras da Corte:

O fato inevitável é que se os governos fossem incapazes de conferir qualquer benefício a qualquer pessoa a menos que conferisse um benefício idêntico a todos, a única opção viável seria não conferir benefício a ninguém. (CCC, 1997).

A CCSA reconhece que diante da ausência de igualdade, a decisão não pode ser um meio alargar a iniquidade no contexto fático, já que as disposições constitucionais equivalem a uma promessa, em alguns casos. Como o caso Soobramoney. De acordo com Young e Lemaitre (2013, p. 200) “a Corte adotou uma orientação utilitária, apesar de codificada com a linguagem de direitos, aceitando que a saúde pública deveria ser organizada para o bem-estar de todos, e não tendenciosa para aqueles cujas reivindicações haviam conseguido chegar aos tribunais”.

Ngwena (2013, p. 78-79) criticou o posicionamento da Corte apontando que a sua atuação foi muito limitada e não atendeu ao conteúdo da decisão, porque a Corte deixou

de considerar aspectos que seriam importantes. Para o autor, “[...] o que falta ao caso Soobramoney é uma abordagem sistemática da determinação do direito socioeconômico e uma articulação clara do conteúdo normativo do direito a serviços de saúde.” (NGWENA, 2013, p. 78).

O segundo caso analisado “*Grootboom*” (2000), como referido, trata do direito à moradia, analisado e julgado pela CCSA em uma demanda coletiva. Irene Grootboom e uma série de pessoas ficaram desabrigadas após o despejo de suas casas informais situadas em terras privadas destinadas a serviços formais de baixo custo habitação. Eles solicitaram ao judiciário que o governo lhes fornecesse abrigo básico adequado ou habitação (CCC, 2000). Este caso, por suas particularidades, ocupará uma análise mais breve.

Em *Grootboom* houve uma percepção e análise mais ampla por parte da Corte dos direitos socioeconômicos, o que influenciou diretamente o direito à saúde. A Corte considerou, com base nas seções 25 a 29 da CP/96, que o direito à saúde guarda relação com outros direitos socioeconômicos (alimentação, água e seguridade social, adequação, direitos da criança e educação), ao estabelecer que “esses direitos precisam ser considerados no contexto do conjunto de direitos socioeconômicos consagrado na Constituição.” (CCC, 2000, p. 15). Além disso, adotou uma interpretação mais extensiva destes direitos, tendo como base, inclusive em instrumentos internacionais de proteção.

Pode-se dizer que nessa decisão a Corte lançou um olhar diferente para o problema que lhe foi colocado. A CCC passou a analisar o caso com base na exigência da seção 7 (2) da CP/96⁴⁶. Nesse sentido, a Corte, reafirmando a justiciabilidade destes direitos, considerou que a questão que se coloca não é se estes direitos são justiciáveis, “[...] mas como fazer cumprirem um determinado caso. Esta é uma questão muito difícil que deve ser explorada cuidadosamente em caso a caso.” (CCC, 2000, p. 18).

Seguindo essa premissa, promoveu a interpretação da seção 26 da CR/96, com base no PIDESC e avaliou o caso em todos os seus detalhes, analisando as particularidades do programa de moradia estatal, considerando três aspectos específicos aos quais o Estado estaria obrigado: “(a) tomar medidas legislativas e outras razoáveis; (b) dentro dos recursos disponíveis; (c) para alcançar a realização progressiva deste direito.” (CCC, 2000, p. 18).

⁴⁶ “De que o estado ‘respeite, proteja, promover e cumprir os direitos da Declaração de Direitos’ e os tribunais são constitucionalmente obrigados a garantir que sejam protegidos e cumpridos.” (CCC, 2000, p. 18).

O Tribunal concluiu pela admissão do recurso, em parte, determinando a anulação e substituição da ordem anterior, para o fim de declarar uma série de medidas, por constatar que de que houve falha por parte do Estado em seu dever de fazer provisões razoáveis e dentro dos recursos disponíveis para as pessoas naquela área que não tinham acesso à terra e sem teto (CCC, 2000, p. 67-68). Com isso, a Corte possibilitou a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos.

A razoabilidade também deve ser entendida no contexto da Declaração de Direitos como um todo. O direito de acesso à moradia adequada está arraigado porque valorizamos o ser humano e queremos para garantir que sejam atendidas suas necessidades humanas básicas. Uma sociedade deve procurar garantir que as necessidades básicas da vida são fornecidas a todos se quisermos ser uma sociedade baseada na dignidade humana, liberdade e igualdade. Para ser razoável, as medidas não podem deixar de considerar o grau e extensão da negação do direito que se esforçam por realizar. Aqueles cujas necessidades são mais urgentes e cuja capacidade de desfrutar de todos os direitos, portanto, está em maior perigo, não deve ser ignorada por medidas destinadas a alcançar a realização do direito. Pode não ser suficiente para passar pelo teste de razoabilidade para mostrar que as medidas são capazes de alcançar um avanço estatístico na realização do direito. Além disso, a Constituição exige que todos sejam tratados com cuidado e preocupação. Se as medidas, embora estatisticamente bem-sucedidas, não respondem às necessidades dos mais desesperados, eles podem não passar no teste. (CCC, 2000, p. 34).

Não sendo possível aplicar neste caso todos os critérios estabelecidos para a avaliação das decisões, dois pontos da decisão de destacam: 1) a abordagem mais extensiva em relação dos direitos socioeconômicos enquanto direitos inter-relacionados ao gozo de outros direitos; 2) o critério de razoabilidade utilizado pela Corte (CCC, 2000, p. 34), este parece ter sido o padrão escolhido pela CCCSA para orientar a sua decisão.

O caso *TAC* (2002) envolveu o que a CCSA considerou “o desafio mais importante que a África do Sul enfrenta desde o nascimento da luta pela democracia” (CCC, 2002, p. 2), a já detalhada na seção anterior, luta contra o vírus do HIV/AIDS. Trata-se de uma ação coletiva que envolveu várias associações e membros da sociedade civil preocupados com o tratamento de pessoas com HIV/AIDS e a prevenção de novas infecções.

As questões principais tratadas pela Corte no julgamento dizem respeito à interpretação das seções 27 e 28 da CP/96, para decidir sobre o fornecimento público de nepravina⁴⁷, a fim de estabelecer: 1) “o direito concedido a todos de ter acesso aos serviços públicos de saúde e o direito das crianças a receber proteção especial” (CCC, 2002, p. 5); e 2) “se o governo é constitucionalmente obrigado e deve compelido a

⁴⁷ Como explicado na seção anterior, a nepravina é um medicamento de custo elevado utilizado para prevenir a transmissão de HIV/AIDS de mãe para filho.

planejar e implementar imediatamente um programa eficaz, abrangente e progressivo para a prevenção da transmissão do HIV de mãe para filho em todo o país” (CCC, 2002, p. 5).

A Corte seguindo a orientação da decisão anteriormente analisada, avaliou que, naquele caso, a questão que se colocava era analisar “[...] se as recorrentes demonstraram que as medidas adotadas pelo governo para fornecer acesso aos serviços de saúde para mães e seus bebês recém-nascidos soropositivos não cumprem as obrigações estabelecidas pela Constituição” (CCC, 2002, p. 19).

A conclusão da Corte seguiu os mesmos critérios e o mesmo rumo da decisão anteriormente analisada. A CCSA, analisando a política relativa ao HIV/AIDS em todas as suas particularidades, concluiu que o Estado falhou em cumprir o que estabelece a seção 27 (1) e (2) da CP/96 ao deixar de “[...] realizar progressivamente os direitos das mulheres grávidas e seus filhos recém-nascidos para que tenham acesso a serviços de saúde para combater a transmissão do HIV de mãe para filho” (CCC, 2002, p. 78).

Sobre os pontos de análise que estão sendo avaliados, notou-se que a Corte, de modo uniforme, manteve a mesma interpretação adotada em *Soobramoney e Grootboom* ao estabelecer que o direito à saúde não é absoluto, mas limitado aos recursos disponíveis (CCC, 2002, p. 25), cabendo a Estado a administração de seus recursos.

Quanto indispensabilidade do direito à saúde para a garantia de outros direitos, a Corte também parece ter seguido a orientação de *razoabilidade* anteriormente estabelecida, determinou que: são *dereitos de todos* aqueles permanentes e previstos nas seções 26 (1) e 27 (1) da CP/96; enquanto que para os direitos previstos nas seções 26 (2) e 27 (2) o Estado deve “respeitar, proteger promover e cumprir” as suas obrigações para garantir o gozo a um “núcleo mínimo”. De acordo com a Corte “este núcleo mínimo pode não ser fácil de definir, mas inclui pelo menos as decências mínimas de vida consistentes com dignidade humana.” (CCC, 2002, p. 22).

Mesmo se tratando de ação que visa o fornecimento de um medicamento, a decisão aparenta ter privilegiado o aspecto preventivo. Em primeiro lugar porque o medicamento, por si só consiste medida preventiva que visa reduzir o risco de transmissão da doença da mãe para o seu bebê. Em segundo lugar, porque a Corte reprovou a atuação estatal por não estabelecer um prazo de implantação para o programa nacional de prevenção. A CCSA Tribunal avaliou que o governo “agiu de forma irracional” ao:

- (a) recusar-se a fazer um medicamento anti-retroviral chamado nevirapina disponível na rede pública de saúde onde foi considerada pelo médico assistente o medicamento indicado e
- (b) não estabelecer um prazo para um

programa nacional de prevenção transmissão materno-infantil do HIV. (CCC, 2002, p. 22-23).

Por fim, em se tratando de demanda coletiva que escancara a urgência de um problema tão recorrente no país, com o qual sofre boa parte da população e, sobretudo, aquela que mais depende da prestação pública de serviços de saúde, conforme dados apresentados na seção anterior, pode-se considerar que a determinação da CCSA leva em conta o interesse coletivo.

Diante da análise das decisões vislumbra-se semelhanças e diferenças entre os posicionamentos adotados pelas Cortes. Em semelhança, tanto a CCC quanto a CCSA conceberam o direito à saúde constitucionalmente estabelecido⁴⁸ enquanto um direito que não é absoluto e, portanto limitado. Do mesmo modo, em ambos os casos, na maioria das decisões avaliadas (com exceção do caso “Soobramoney”, onde a CCSA parece ter sido omissa sobre esse aspecto) as Cortes consideraram, *em diferentes graus*, que estes direitos guardam íntima relação com o direito à vida e com a dignidade humana.

Mas, de uma forma geral, a jurisprudência do CCSA sobre o direito à saúde, iniciada seis anos após o do CCC, é marcadamente distinta das medidas estridentes tomadas na Colômbia (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 199). As diferenças envolvem, especialmente, a postura adotada por cada uma das Cortes na compreensão do seu papel perante cada um dos contextos analisados. Essas disparidades foram importantes para determinar os rumos da saúde e da busca pelo judiciário em cada um dos países.

2.3 A REPERCUSSÃO DO POSICIONAMENTO DAS CORTES

Com relação aos aspectos que diferenciam as posturas adotadas pelas Cortes verificou-se que a atuação da CCC foi substancialmente mais progressista (YEPES, 2007; YOUNG; LEMAITRE, 2013; RAMÍREZ, 2013; ARANGO) – e porque não dizer interventiva, na medida em que promoveu mudanças significativas no cenário de saúde. Por outro lado, a jurisprudência da CCSA, apesar de responder ao contexto sul-africano (YOUNG; LEMAITRE, 2013 p. 199) e ter efetuado mudanças estruturais importantes (ROSEVEAR, 2018, p. 192), “[...] teve pouco efeito direto sobre os desequilíbrios profundos do sistema de saúde.” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 199). A atuação de ambas as Cortes não está livre de críticas.

Avaliadas as decisões, o objetivo agora consiste em analisar de forma crítica as repercussões do posicionamento adotado por cada uma das Cortes Constitucionais nos

⁴⁸ Reservadas todas as particularidades de cada um dos arranjos constitucionais e dos sistemas de saúde apontados na seção anterior.

cenários nacionais. As perguntas que inauguram e norteiam essa seção buscam verificar: 1) o posicionamento adotado pela Corte colaborou para a efetivação do direito de saúde no país? 2) a postura da Corte pode ter influenciado quantitativamente a concentração de litígios que reivindicam o direito à saúde?

A Corte Colombiana defende o princípio da progressividade dos direitos sociais (ARANGO, p. 19). Isto é, que as garantias então concretizadas não podem retroceder. A CCC é conhecida por “[...] algumas das jurisprudências mais progressistas do mundo no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, incluídos os direitos de saúde” (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011), emitindo decisões importantes nesse sentido.

Diante das conclusões a que chegaram alguns estudos (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 179-216; MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 273-303), é possível estabelecer como ponto de partida que a Colômbia possui uma experiência de “alta justiciabilidade” que contrasta com uma experimentação de “baixa justiciabilidade” do caso sul-africano (YOUNG; LEMAITRE, 2013).

Em uma escala global, a América-Latina é a região que possui a maior concentração de litígios em matéria de saúde e a Colômbia lidera este *ranking* contencioso, seguida pelo Brasil, Costa Rica e Argentina (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 281). Em vista do número de ações judiciais em que se reclamou alguma contraprestação fundamentada em direito à saúde no período entre 1999 e 2014, a Colômbia arquivou 1.323.292 (um milhão, trezentos e vinte e três mil, duzentas e noventa e duas ações de tutela (PRADA; CHAVES, 2018, p. 7 Apud ORJUELA; PARDO; ÂNGULO, 2015)⁴⁹.

Como se evidenciou na seção anterior, ao longo dos anos a jurisprudência da CCC elasteceu o âmbito de proteção constitucional e possibilitou a reclamação do direito à saúde, principalmente por meio das ações de tutela (RAMÍREZ, 2013, p. 199). Assim, permitiu a ampliação dos poderes dos tribunais e *eliminou todas as restrições de posição*, bem como a maioria das limitações processuais que restringem outros sistemas (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 185).

⁴⁹ De acordo com o estudo realizado por Andia e Lamprea (2019, p. 2), mesmo na liderança do ranking de litígios, a Colômbia não têm sido o país mais estudado em matéria de judicialização da saúde. O país ocupa a segunda posição neste caso e perde somente para o Brasil, cujo cenário será objeto de análise no próximo capítulo.

Embora a tutela represente um importante mecanismo que foi utilizado na Colômbia como via de efetivação do direito à saúde, promoveu um enredamento que gerou desequilíbrios no país. As consequências que seguiram o posicionamento da Corte foram responsáveis por produzir “[...] implicações sem precedentes para a redistribuição de bens e serviços nessa sociedade dramaticamente desigual” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 185).

Os “[...] cidadãos recorreram à tutela (ação para a proteção dos direitos fundamentais) como um mecanismo pelo qual os juízes protegem o direito à saúde (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 670). E mesmo depois da *Sentencia* T-760, esse número não parou de crescer (PRADA; CHAVES, 2018).

É importante compreender o contexto em que surge a justiciabilidade dos direitos sociais no país. A busca pelo judiciário com a intensificação do ajuizamento de demandas na sociedade colombiana decorre da ausência de preocupação governamental na concretização de direitos sociais (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019, p. 67).

De acordo com Arango (p. 29), a justiciabilidade de direitos na Colômbia, como em outras sociedades não bem ordenadas, decorre de uma série de fatores provenientes tanto de ações estatais, quanto da população:

[...] fragilidade estrutural da sociedade civil, baixa participação política da população, corrupção eleitoral e clientelismo, a escassa responsabilidade política dos agentes públicos e descumprimento generalizado da lei e das decisões judiciais, tanto do Estado como dos indivíduos (ARANGO, p. 29).

Como visto, na Colômbia, a criação de instituições democráticas ainda convive com o autoritarismo e níveis alarmantes de violência política e social, onde a pobreza persiste apesar do forte crescimento econômico, a desigualdade social do país se reflete em suas estatísticas de saúde (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011).

Diante do aumento significativo no número de demandas, em 2003 a CCC teria tentado esclarecer o seu entendimento de direito à saúde. Estabelece uma abordagem de “núcleo mínimo” e especifica sob quais circunstâncias específicas existe uma ameaça ao núcleo de justiça do direito à saúde. Mesmo assim, ignorou os problemas financeiros decorrentes (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 190).

A *Sentencia* T-760 é apontada como a maior expressão do papel que a Corte desempenhou na tentativa mais profunda em afetar diretamente as políticas de saúde no país (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 288; RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 670). A decisão ordenou que o

governo reformasse substancialmente o sistema de saúde para cumprir as leis e regulamentos existentes. Por isso, é considerada um marco no direito constitucional colombiano (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 671).

A Corte ordenou mandamentos “[...] a diversos estados agências para garantir seu usufruto efetivo e fazer cumprir a cobertura universal e eficácia acesso ativo” (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 670). A sentença foi a primeira decisão da Corte que efetivamente enfrentou os problemas orçamentários e determinou uma série de ações do governo, com mais clareza ao direito à saúde diante do volume de ações (YOUNG; LEMAITRE, 2013). Ordenou que o governo revisasse a lista de programas e benefícios; que fossem criados mecanismos não judiciais para disputas entre pacientes e profissionais, além da criação de mecanismos eficazes para reduzir o número de demandas e corrigir outras falhas de administração (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 191).

O posicionamento da Corte gerou repercussões que revolucionaram o cenário colombiano, impondo responsabilidades a diversos atores estatais e não-estatais. A CCC agiu ativamente e identificou as lacunas no exercício dos Poderes Executivo e Legislativo, com a determinação de ações diretas para fazer cumprir e defender os princípios e mandatos da Constituição” (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 670).

Na colômbia, políticas foram alteradas devido à força dos litígios individuais e a atuação da Corte também repercutiu em alterações legislativas (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 287), tendo a sua jurisprudência promovido mudanças significativas no cenário do país.

A última decisão analisada teve um impacto político grande, mas as eventuais “mudanças reais” que a decisão proveu são difíceis de medir (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 288). De acordo com Maestad, Rakner e Ferraz (2011, p. 288) “[...] o impacto final da decisão é desconhecido, mas alguns de seus pedidos, como a criação de um plano de saúde universal para crianças, foram implementados”.

No ano em que *Sentencia T-760* foi proferida (2008) houve um aumento significativo em número de litígios no país. Essa alavancada seguiu, mesmo depois da decisão, cujo intuito também era “frear” o crescente número de tutelas. Das já mencionadas 674.612 (seiscentos e setenta e quatro mil e seiscentos e doze) ações de tutela que colocam a Colômbia no topo em matéria de judicialização da saúde, quase

150.000 (cento e cinquenta mil casos) – aproximadamente 3.300 por milhão –, se concentraram especificamente no ano de 2008 (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 273-303). E apesar de ter ocorrido um declínio acentuado na propositura de tutelas no ano seguinte à decisão (2009), houve um aumento simultâneo no número de pedidos de reembolso (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 112-114). E no ano de 2010 o número de tutelas seguiu crescente.

Analisando a tabela apresentada no estudo de Prada e Chaves (2018, p. 7 Apud ORJUELA; PARDO; ÂNGULO, 2015), verifica-se que no período posterior à decisão entre os anos de 2009-2014, *não houve uma redução significativa* da proporção de tutelas relacionadas à saúde com relação ao total de tutelas, continuam bastante similar ao período que antecedeu a decisão, compreendido pelos anos 1999-2008:

Ano	Número de tutelas relacionadas à saúde	Proporção de tutelas relacionadas à saúde sobre o total de tutelas (%)
1999	21.301	24,67
2000	24.843	18,85
2001	34.319	25,75
2002	42.734	29,69
2003	51.944	34,71
2004	72.033	36,35
2005	81.017	36,12
2006	96.226	37,56
2007	107.218	37,81
2008	142.960	41,50
2009	100.490	27,11
2010	94.502	23,43
2011	105.947	26,14
2012	114.313	26,94
2013	115.147	25,33
2014	118.281	23,74
total	1.323.292	29,36

Figura 1: Posições de ações de tutela relacionadas à saúde protocolados por colombianos entre 1999 e 2014.
Fonte: PRADA; Chaves, 2018, p. 7 Apud ORJUELA; PARDO; ÂNGULO, 2015.

Assim, o posicionamento da Corte não deu conta de minimizar o volume do contencioso e existem indícios de que pode ter influenciado o número de litígios que seguiram no país. As suas principais causas decorrem da encruzilhada entre efetividade do direito à saúde e interesses capitalistas. Esse mercado orientado pelo lucro contribuiu para um serviço de saúde deficitário diante da lógica de um “esquema neoliberal anacrônico” (BARBOSA, 2009, p. 111), sem que o país tivesse uma política social preparada para tanto.

O estudo realizado por Prada e Chaves (2018) explica esse paradoxo. Os autores concluíram que as empresas de seguro saúde privada na Colômbia acumularam poder e capital no período compreendido entre 1993 e 2013 em detrimento dos provedores públicos e privados e que a medida adotada pelo Estado colombiano demonstrou-se

ineficaz, o que obrigou a intervenção por parte do judiciário. Para Arango (p. 29), nesse contexto, “[...] é compreensível uma “supraconstitucionalização” ou “inflação constitucional”, consistindo no uso massivo de ações judiciais por indivíduos e grupos afetados pelo arbitrário Estado”. Todavia, esse cenário gera preocupações. Young e Lemaitre (2013, p. 183) advertem que talvez o maior prejuízo que decorre na concentração de tutelas e reclamos individuais é a falta de investimento nos serviços preventivos de saúde (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183).

A crítica da condução individualizada de litígios em massa também é comum a outros estudos que analisaram a judicialização em países da América Latina, especialmente, Brasil, Colômbia e Argentina (VALE, 2013; WANG; VASCONCELOS, 2020; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014; BIEHL; PETRYNA, 2016; BORGES, 2018; FERRAZ, 2019; BRUSTOLIN; BUENO; MACHADO, 2020).

Para além da falta de investimento em recursos preventivos, Young e Lemaitre (2013) sustentam que no período posterior à *Sentencia T-760*, a Colômbia, apesar de adotar a definição de saúde mundialmente estabelecida de saúde, ainda estava atrelada a uma definição meramente curativa e se afastava de considerar o seu aspecto preventivo diante daquele cenário.

A crítica que segue essa linha de raciocínio, baseada apenas nessa decisão, é tida como injusta por Yamin, Parra-Vera; Gianella (2011, p. 127). Segundo as autoras, este ponto de vista é sustentado com base na argumentação de que quando confrontada com os outros aspectos da saúde que foram protegidos pelo Tribunal para além do cuidado, incluídos água e saneamento básico, demonstra a preocupação da Corte com o aspecto preventivo (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 127).

As autoras também consideram que a posição adotada pela CCC, mesmo de forma indireta – ao reconhecer que as disparidades socioeconômicas acabam por privilegiar a uma pequena parcela o acesso às Cortes – beneficiou os mais pobres (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011, p. 127).

É evidente que, embora as tutelas tenham efeitos entre partes a onda de litígios individuais levou a novas políticas de saúde, algumas das quais beneficiaram muitos setores pobres e marginalizados da sociedade. Por exemplo, a jurisprudência do Tribunal levou à inclusão de testes de carga viral dentro do PDV. O tratamento de AIDS dependente deste teste. (YAMIN, PARRA-VERA E GIANELLA, 2011, p. 127).

Para Yamin, Parra-Vera e Gianella (2011, p. 115) os problemas que influenciam o cenário de saúde no país vão muito além de uma eventual extensão de orçamento, porque envolvem, justamente, a falta de saneamento básico, epidemias e outros

problemas. Ou seja, mesmo que esses recursos estivessem melhor investidos existe uma grande probabilidade de que o problema da ausência de efetividade persistiria.

Na Colômbia a busca pelo judiciário com a intensificação do ajuizamento de demandas decorre da ausência de preocupação governamental na concretização de direitos sociais (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019, p. 67). De acordo com Arango (p. 29), a justiciabilidade de direitos no país, como em outras sociedades não bem ordenadas, decorre de uma série de fatores provenientes tanto de ações estatais, quanto da população.

Pela análise realizada nota-se que no caso colombiano é controvertida a ideia de que atuação da CCC repercutiu positivamente no cenário de saúde, ou seja, que contribuiu para a efetivação de direitos. Não há necessariamente um consenso segundo o qual se estabelece, sem nenhuma ressalva, que a atuação da CCC colaborou para a efetivação deste direito.

De se ponderar que “[...] o bem-sucedido litígio para serviços de saúde geralmente ampliará o leque de serviços disponíveis para alguns indivíduos ou grupos (ou reduzirá os custos de obtenção desses serviços se já está disponível no mercado privado, no mercado interno ou no exterior)” (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 279). Mas este é um critério estreito para julgar o acesso da população. Talvez ainda poderia se considerar de forma provável que o maior impacto decorrente da atuação da Corte para efetivação do direito à saúde no país tenha sido indireto (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 279). Todavia, este também não seria o critério mais adequado.

Então, segundo os autores, a melhor forma para medir os impactos na distribuição dos serviços de saúde seria analisar os impactos orçamentários ao nível global de saúde, levando em conta o seu custo-efetividade. Na Colômbia, os litígios relacionados aos serviços de saúde não incluídos no plano nacional de saúde somaram 750 milhões de dólares, ou seja, 5,4% do orçamento de saúde (YAMIN; PARRA-VERA; GIANELLA, 2011) e aumento de litígios no país não foi acompanhado por um aumento na despesa total de saúde em relação ao PIB nem pela parcela das despesas governamentais em saúde como percentual das despesas totais com saúde. (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 291).

[...] Nos países latino-americanos, o modelo predominante de litígio (pedidos individuais de tratamento) aliado à subseção das ações coletivas ou estruturais aumentou a parcela dos orçamentos de saúde. Mas, novamente, do ponto de vista econômico, a magnitude dessa realocação não deve ser grande. Do ponto de vista de equidade (por exemplo a distribuição dos serviços de saúde entre a população como um todo), no entanto, qualquer realocação de recursos dentro do orçamento da saúde pode ter implicações importantes. (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011).

Norghein e Gloppen (2011, p. 304-332) concluíram que na Colômbia a maior parte de medicamentos fornecidos, por exemplo, por meio de litígios parecem ter baixo e as vezes extremamente baixo custo-benefício, com exceções. Na Colômbia, alguns medicamentos econômicos foram litigados. Isso levou Maestad, Rakner, e Ferraz (2011, p. 295) a concluírem que:

[...] a menos que quantidades significativas extras sejam mobilizadas, o impacto de litígios ao acesso global de saúde, provavelmente será negativo. Essa é uma preocupação, uma vez que, é provável que os recursos sejam retirados parcialmente dos orçamentos já existentes, pelo menos no curto prazo. América-Latina.

Assim, é possível – mas não se afirma com absoluta certeza – que as repercussões do posicionamento da CCC, a curto prazo, possam assumir uma aparência contributiva para a efetividade do direito à saúde com relação à demanda de medicamentos, por exemplo. Mas, a longo e futuro prazo, se não foram adotadas medidas para que isso não aconteça, também podem impactar de forma negativa no cenário de saúde do país.

Tem-se ainda, por outro lado, o impacto orçamentário em termos de litígios individuais no próprio sistema judiciário. Constatou-se com unanimidade na bibliografia analisada que a postura da CCC influenciou o caminho que seguiu a busca pelo judiciário e contribuiu com a judicialização da saúde no país. Dessa postura, existem indícios, anteriormente mencionados, de uma série de problemas.

As repercussões do posicionamento da Corte da África do Sul, por outro lado, contrastam com a situação colombiana (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 187). Apesar de também ter considerado o direito à saúde um direito passível de limitações, o modo como a CCSA concebeu este direito diante da CR/96 no contexto sul-africano, se difere significativamente do caso colombiano.

Apenas com base na análise realizada na seção anterior é possível avaliar que a CCSA adotou postura muito mais cautelosa do que posicionamento adotado pela CCC. A atuação da Corte ao longo das decisões analisadas, embora questionável em alguns pontos, de modo geral, se pautou por critérios de razoabilidade e pelo próprio texto constitucional. Do mesmo modo que esse comportamento é apoiado (SUSTEIN, 2001), é também criticado. Uma das críticas lançadas por quem defende um papel mais protagonista dos tribunais compreende a justiciabilidade do direito à saúde como “[...] algo muito maior do que a simples inscrição deste direito na constituição” (NGWENA, 2013, p. 84).

Não obstante as críticas e aplausos sobre a postura adotada pela Corte, o que se busca estabelecer são os impactos dessa atuação no número de litígios do país e no cenário

de saúde. Para tanto, aponta-se duas diferenças principais entre as repercussões investigadas: 1) Os litígios na Colômbia são predominantemente demandas individuais⁵⁰ e de interesse individual (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 282). Enquanto na África do Sul, há uma prevalência de demandas coletivas e de interesses públicos⁵¹ (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 282; 384) (duas das demandas analisadas por este estudo eram coletivas); 2) A Colômbia possui um número de litígios infinitamente maior do que a África do Sul. Enquanto aquele país alcança os índices mais altos de litígio, este ocupa as últimas posições.

De acordo com Maestad, Rakner e Ferraz (2011 p. 282) o baixo número de casos sul-africanos parece ser devido, em parte, à dificuldade de acesso ao sistema legal e aos enormes recursos exigidos pelos litigantes de interesse público para executar um caso. Os autores consideram que apesar de não ser possível medir o impacto real de saúde, o impacto direto na África do Sul diante da predominância de ações coletivas “deve ser maior na África do Sul do que nos países latino-americanos” (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 282), mas essa avaliação não é isenta um conjunto complexo de indicadores que inclui o escopo das reivindicações coletivas, como, por exemplo, as dificuldades de se executar essas decisões no plano fático (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011 p. 283).

O que chama a atenção dos autores, é que as dificuldades de execução das ações coletivas na África do Sul – assim como ocorreria em países onde a sua incidência é menor como Colômbia e Brasil – podem estar relacionadas ao tipo de advogado que postula em cada caso:

Casos individuais, especialmente na América Latina, são frequentemente discutidos por advogados privados cujos honorários podem depender de efetivamente obter o benefício para o cliente, enquanto os casos coletivos são frequentemente patrocinados por advogados públicos que não têm tempo e recursos para acompanhar os casos que trazem à justiça. Os juízes também podem ordenar prazos de implementação mais curtos e anexar sanções mais fortes de não conformidade em casos individuais mais simples do que complexos coletivos e estruturais (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011).

Feitas essas anotações, passa-se a uma breve análise da repercussão do posicionamento da Corte diante de cada um dos casos analisados. No primeiro caso (*Soobramoney*), de acordo com Young e Lemaitre (2013, p. 201) a decisão “[...] não atraiu muita simpatia do público ou um movimento social significativo, embora muitos tenham notado a tragédia quando ele faleceu três dias após o julgamento”. Pode-se considerar que

⁵⁰ Cerca de 97 a 99% das ações judiciais nos países latino-americanos são individuais, segundo os autores.

⁵¹ Aproximadamente 80% dos casos, segundo os autores.

a decisão não teve impactos orçamentários, diante da interpretação restrita da Corte e do indeferimento do pedido.

Em contrapartida, no caso *Grootboom* o impacto do posicionamento da Corte aparenta ter sido mais considerável. Ainda que não tenham ocorrido mudanças práticas no caso da saúde, Young e Lemaitre (2013, p. 202) consideram o julgamento estratégico. Com o seu resultado “[...] as políticas governamentais são obrigadas a se concentrar tanto nos beneficiários de curto quanto no longo prazo na elaboração de esquemas públicos [...]”. E embora essa interpretação não conferido direitos de forma palpável aos grupos vulneráveis, “[...] constitui um padrão potente quando combinado com a garantia da igualdade” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 202). Essa orientação, de acordo com as autoras, “[...] deveria permanecer até que as implicações da pandemia do HIV/AIDS explodissem no cenário judicial.” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 202). Para Sustain (2001, p. 14) o caso *Grootboom* foi singular, especialmente, para a democracia.

TAC em termos de repercussões e impactos no contexto sul-africano, parece ter sido o mais significativo. O caso foi responsável por grande mobilização política e social “[...] que cruzava linhas raciais e de classe (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 204). Ainda em curso, o litígio recebeu “considerável atenção pública, marchas públicas e outras mobilizações” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 204), contando com apoiadores que iam desde portadores do vírus até pessoas sensibilizadas com a causa. Segundo Young e Lemaitre (2013, p. 204), nessa época o caso da *TAC* e seus apoiadores já ganhavam repercussões nacionais e internacionais em termos de protestos e campanhas educacionais para tratamento. Para as autoras, “[...] os acordos organizados em torno da questão do HIV/AIDS têm sido fundamentais para o emergente direito à saúde na África do Sul”.

Sobre as repercussões do caso *TAC* Maestad, Rakner, e Ferraz (2011, p. 282) apresentam resultados mais ilustrativos. Em primeiro lugar, os autores indicam que desde este caso, com milhões de pessoas potencialmente afetadas, as taxas de sucesso de litígios aparenta ter crescido na África do Sul, mas, ainda assim parecem ser mais altas nos países latino-americanos, onde a prevalência de litígios é individual. A exemplo: taxa de sucesso no Brasil – entre 90% nos tribunais inferiores e quase 100% no STF; taxa de sucesso na Colômbia – 86% de todas as tutelas foram concedidas entre 2006 e 2008; taxa de sucesso na África do Sul – 75% (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 282).

Ainda de acordo com os autores (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 287), na África do Sul concentram-se exemplos de “[...] mudanças na política de saúde ordenada diretamente pelos Tribunais.” Nesse sentido, Norhein e Gloopen (2011, p. 304-

332) estimam que em 2010, na África do Sul, 19.500 infecções por HIV em crianças foram evitadas pela introdução da prevenção dos serviços.

Com relação aos impactos orçamentários as “implicações orçamentárias na África do Sul, são desconhecidas.” (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 291). Norghein e Gloppen (2011, p. 304-332), por outro lado, indicam que, ao contrário do que ocorre no contexto colombiano, na África do Sul o tratamento para prevenir a transmissão mãe-filho de HIV na África do Sul é altamente econômico.

Para Maestad, Rakner e Ferraz (2011, p. 295) no caso particular do litígio de prevenção de transmissão do HIV de mãe para filho(a), a postura adotada pela Corte levou à provisão de um tratamento muito econômico em relação à todas as outras intervenções possíveis. Argumentaram os autores que “isso provavelmente aumentou o acesso geral aos serviços de saúde para toda a população.” (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 295). Essa repercussão, quando comparada com o caso brasileiro, apresenta divergências, como se evidenciará no último capítulo.

No caso sul-africano também foi possível notar um consenso de que o posicionamento da CCSA impactou o número de demandas que foram levadas à Corte, contribuindo para o que Young e Lemaitre (2013) chamaram de “baixa experiência de justiciabilidade”. Além disso, há indícios de que a atuação da Corte, ao menos no que envolve a pandemia de HIV/AIDS, influenciou positivamente a efetividade do direito à saúde no país.

Da comparação entre os dois países é possível extrair, ainda que de modo aparente, três importantes conclusões: a primeira é que as interferências do judiciário podem intervir nos rumos que seguem a litigiosidade em determinado cenário; a segunda é que mesmo exagerado o argumento de que o litígio pode ameaçar a estabilidade financeira dos sistemas de saúde, na América Latina, “a menos que quantidades significativas extras sejam mobilizadas, o impacto de litígios ao acesso global de saúde, provavelmente será negativo.” (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 295); a terceira e última é que o enfraquecimento do argumento de que não é possível evitar a interferência do judiciário nos cenários de saúde, não se sustenta (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 210).

3 A POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE SAÚDE NO BRASIL COMPORTAMENTO JUDICIAL DO STF E REPERCUSSÕES

Promove-se a análise o direito à saúde na jurisprudência brasileira com base nos mesmos critérios estabelecidos no capítulo anterior. Verificar-se-á a abrangência do direito à saúde na Constituição da República de 1988 (CF/88) vigente e marco democrático no país e a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal (STF) concebe este direito. Por fim, serão analisadas as repercussões do seu posicionamento. O objetivo principal é verificar se o posicionamento do STF, pode estar exercendo influências nas demandas de saúde no Brasil. E, em caso positivo, quais os impactos podem decorrer desta atuação no cenário brasileiro.

A consagração do direito à saúde na CF/88 enquanto um direito de todos e para todos (RAEFRAY, 2005, 278-279) representa uma das mais ambiciosas (e problemáticas) promessas constitucionais. Isso fez com que este direito passasse a ocupar papel de destaque no cenário de discussão nacional ao longo dos anos. A Constituinte de 88 é considerada “[...] inequivocamente (para alguns em demasia!) amiga dos direitos sociais” (SARLET, 2008, p. 2). Essa afirmação muito bem representa a incongruência que se aplica ao caso da saúde: por um lado representa a conquista de um amplo e generoso acervo de direitos concedido pelo legislador; por outro, vem acompanhada de todos os problemas que recaem sobre os meios de efetivação destes direitos, o que à época já era uma preocupação (DALLARI, 1988, p. 60-62). E, com o passar dos anos, se tornou ainda mais expressiva.

De acordo com o artigo 6º da CF/88, a saúde integra um conjunto de “direitos sociais”, normalmente também designados como socioeconômicos. Estes direitos são pacificamente considerados segunda “geração”⁵² de direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. De modo que o direito à saúde, enquanto direito social é também, essencialmente, um direito fundamental⁵³.

O Poder Constituinte de 88 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o

⁵² Silva (2005) ressalta que é equivocada a utilização da terminologia “gerações” se utilizada no sentido de sobreposição de uma geração à outra. No mesmo sentido, Sarlet (2015) ressalta a imprecisão terminológica que “[...] conduz ao equivocado entendimento de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”. Não obstante, conforme sugerem os autores, essa controvérsia reside somente com relação à terminologia, com consenso quanto ao conteúdo das chamadas “dimensões” ou “gerações” de direitos fundamentais.

⁵³ Destaca-se a controvérsia doutrinária e jurisprudencial que contorna o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, seja com relação à sua própria fundamentação e legitimação ou até mesmo no que diz respeito ao seu conteúdo e regime jurídico (SARLET, 2008).

universo legislativo brasileiro, acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como fundamentais) (SARLET, 2008, p. 6).

Os direitos sociais possuem características peculiares. Conforme sugere o próprio texto constitucional brasileiro, dependem de ações do poder público para a sua garantia, sendo no campo da efetivação destes direitos que resultam as maiores dificuldades.

Mellace e Romeo (2017, p. 200), assumindo o risco de uma ambiguidade semântica, da qual, segundo os autores, não é possível se afastar completamente, consideram como uma boa concepção aquela que declina os direitos sociais enquanto “[...] direito a uma prestação positiva⁵⁴ do poder público (ou também privado, conforme determinadas reconstruções)” (MELLACE; ROMEO, 2017, p. 200).

A CF/88 fixa uma série de programas, metas e ações a serem concretizadas pelo Estado mediante políticas públicas para a realização destes direitos, como é o caso da saúde (SCHEPPELE, 2003; VILLEGAS, 2012). Entretanto, a sua efetivação ainda encontra algumas dificuldades. Estas, por sua vez, começam e essencialmente projetadas pelo próprio texto constitucional, que não conduz a expressão clara do núcleo de direitos tutelados (SARMENTO, 2009).

A saúde no Brasil é constitucionalmente instituída enquanto um direito-dever, como direito de todos e dever do Estado (NORONHA; PEREIRA, 2013). Mas mesmo nesse sentido, o texto constitucional brasileiro ao longo dos artigos 194 e 196 a 200 não extrapola o mero campo de algumas pistas sobre o direito tutelado (NORONHA; PEREIRA, 2013). Segundo a CF/88 recai sobre o Estado a responsabilidade pela garantia da saúde por meio de ações e serviços, sem delimitar especificamente o alcance dessa proteção.

Ocorre que essa definição tanto no que se refere à garantia do direito, como quando se reflete na expressão de “dever” é muito ampla. Por esse motivo, a simples leitura do texto constitucional não permite estabelecer a abrangência deste direito, sendo necessária a análise da produção de interpretação da Constituição para tentar compreender a sua lógica constitucional de proteção.

A Constituição delega ao Estado a responsabilidade pela garantia da saúde por meio de ações e serviços, mas sem delimitar especificamente o alcance dessa proteção. Limita-se a expressar algumas características: *universalidade da saúde e dos serviços de saúde, igualdade e gratuidade dos serviços*.

⁵⁴Ao longo do trabalho a expressão “dever “prestacional” (SARLET, 2008, p. 06) também pode ser encontrada como meio de designar essa ação estatal.

Essa definição tanto no que se refere à garantia do direito, como quando se reflete na expressão de “dever” é bastante ampla. A simples leitura do texto constitucional não permite estabelecer a abrangência deste direito. A incumbência desta tarefa, para além da produção acadêmica e doutrinária, fica a cargo do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o STF.

Parece haver um consenso estabelecido já há alguns anos na doutrina e na jurisprudência do STF de que a interpretação do direito à saúde, sobretudo diante da universalidade conferida pelo texto constitucional, deve levar em consideração *tanto o aspecto individual, quanto coletivo* deste direito. Também parece ser um consenso que a CF/88 confere “aplicabilidade imediata” aos direitos fundamentais, como é o caso da saúde, e “reforça o papel do Judiciário ao consagrar a inafastabilidade da tutela judicial”, fortalecendo a independência da instituição (SARMENTO, 2009, p, 107). De acordo com Sarmento (2009, p. 107), essa sistemática adotada favoreceu em larga medida a judicialização da política (SARMENTO, 2009, p, 107). Esse é um dos pontos centrais do estudo que será abordado na segunda parte do capítulo.

Como se observa no primeiro capítulo, a busca pelo poder de última palavra das Cortes em questões que envolvem direitos socioeconômicos não é um fenômeno que ocorre somente Brasil. De acordo com Sarmento (2009, p. 99), isso é mais forte nos países que possuem uma abertura constitucional e indeterminação semântica (predominância de princípios). Essas Constituições geralmente não conduzem expressão clara do núcleo de direitos tutelados. A herança de exploração destes países e histórico de desigualdade social também contribuem e fazem com que grande parte da população ainda esteja desassistida em recursos básicos.

A obrigação constitucional de um dever prestacional do Estado atrelado a esse cenário fez com que o Poder Judiciário fosse convertido em uma nova arena de reivindicação de direitos sociais, desempenhando um papel que tem interferido, muitas vezes, nas escolhas políticas, governamentais e técnicas que integram as políticas públicas (VALLE, 2009).

Apesar de parecer louvável essa atuação diante da abertura da Corte às demandas da sociedade, decorre uma complexa problemática que é uma preocupação tanto jurídica, quanto política e institucional: a judicialização. O emprego desta terminologia na presente dissertação compreende a noção designada por Andia e Lampea (2019, p. 2), enquanto o “[...] uso de litígios baseados em direitos para exigir acesso a produtos farmacêuticos e tratamentos médicos.”

A judicialização da saúde é uma difícil questão que vem sendo enfrentada pela academia sob diferentes viéses. Estudos tem como centralidade desde a formulação e aplicação das políticas públicas (VALLE, 2009; DALLARI; BUCCI, 2017), até os limites institucionais democráticos e constitucionais (MACHADO, 2012; LIMA; FRANÇA, 2019) da atuação do judiciário. Mas esse ainda é um debate controverso.

Algumas teses estão centralizadas na ação do Executivo (DALLARI; BUCCI, 2017); outras sustentam que as políticas públicas não devem ser efetivadas pela via judicial diante da sua ofensa ao preceito democrático e o rompimento com o princípio da igualdade, comprometendo o princípio da igualdade (MACHADO, 2012, p. 157). Mas os rumos e a proporção que a judicialização da saúde tomaram no Brasil, sobretudo pela postura adotada pelo STF, parecem demandar novas propostas de análise. Recentes estudos apontam uma dicotomia ao indicar o próprio STF tanto como o “problema” quanto “solução” para a judicialização da saúde no caso brasileiro (INSPER, 2019; VASCONSELOS, 2020).

Assim, reconhecida a importância sobre a discussão de outros aspectos, o olhar lançado ao direito à saúde e à judicialização da saúde no Brasil, se dá a partir do posicionamento do STF e suas repercussões e tem como ponto de partida os estudos mencionados.

O problema será abordado de forma sistemática. O posicionamento adotado pelo STF será estudado em razão do seu “poder” de “última palavra” sobre a interpretação do texto constitucional no Brasil (artigo 102, *caput*, da CF/88) e sua atuação na “solução” das questões constitucionais (artigo 102, I, da CF/88).

3.1 A POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE SAÚDE NO BRASIL COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Esse ponto do trabalho tem como finalidade responder a dois questionamentos específicos: 1) o que se considera “saúde” na ordem constitucional brasileira? 2) qual é a abrangência do direito à saúde de acordo com a CF/88?

No histórico de Constituições brasileiras anteriores, a CF/88 é inédita em ao ser a primeira Constituição com a reserva de uma gama de artigos voltados para a proteção e promoção da saúde (JÚNIOR; PAVANI, 2013, p. 80). Além disso, confere esse direito a toda e qualquer pessoa, sem nenhuma distinção e impõe ao Estado, em contrapartida, algumas obrigações. Considerando essa inovação e que a CF/88 ocupa o posto mais alto na hierarquia normativa, irradiando perante todo o ordenamento, justifica-se a opção da

análise a partir do texto constitucional, partindo para canais de produção acadêmica nesse sentido.

Ainda que não se pretenda – e nem poderia diante da limitação do objeto de estudo – realizar uma análise histórica, assim como feito no capítulo anterior, o contexto em que a Constituição vigente foi promulgada também será, em alguns momentos, pano de fundo desta seção. Seguindo a sistemática adota no capítulo anterior, ao mesmo tempo, serão tecidas algumas considerações sobre o sistema de saúde brasileiro, possibilitando uma compreensão mais ampla. Mas mesmo diante da regulamentação própria do SUS (Lei 8.080/1990), a dissertação não contemplará o exame da legislação infraconstitucional, mas se restringe a analisar as pretensões alicerçadas na própria CF/88 e a produção acadêmica a partir do texto constitucional.

Quando se fala em “saúde” no Brasil, é necessário concentrar esforços para compreender o que isso significa nos termos da CF/88. Após o período de regime autoritário (Ditadura Militar), a pessoa humana precisava voltar a ser o “[...] ator principal no pacto constitucional” (RAEFRAY, 2005, p. 259). O governo necessitava recuperar a confiança da população, sobretudo a parcela menos favorecida. Atrelado a isso, as influências pela valorização da pessoa humana⁵⁵, fizeram com que a CF/88 – assim como a CPC/91 e a CRSA/96 – aderisse às definições internacionalmente estabelecidas de saúde⁵⁶. A definição internacional de saúde até hoje prevalece nos países analisados (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019, p. 64). Mas algumas divergências⁵⁷ recaem sobre essa definição.

Para além das influências do cenário internacional, a Assembleia Constituinte de 88 e a promulgação da CF/88, foram entusiasmadas por uma “consciência de seu direito

⁵⁵ A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) em 1946, compreende a saúde enquanto “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946) e estabelece a responsabilidade dos Estados para a sua promoção e proteção no grau mais elevado diante de sua condição de direito fundamental de todo o ser humano, sem distinções e inter-relacionado com o gozo de outros direitos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946). A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, declara o direito a um padrão de vida capaz de assegurar saúde e bem-estar a todo ser humano (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). O Protocolo de San Salvador, de 1969, especificamente em seu artigo 10, reforça a necessidade de comprometimento dos Estados para a adoção de medidas específicas para a promoção da saúde (COMISSÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

⁵⁶ O Brasil também é país signatário da DUDH e PIDESC. No segundo caso, desde a entrada em vigor do Pacto (1976), promovendo a ratificação já em 29 de outubro de 1969.

⁵⁷ Ainda em 1997, Segre e Ferraz (1997, p. 539-542) consideraram a definição estabelecida pela OMS naquele momento “irreal, ultrapassada e unilateral”, pois ao falar em perfeito bem-estar, coloca uma “utopia”. Segundo os autores, toda a reflexão sobre a definição de “qualidade de vida” está envolta no subjetivismo. Assim, sustentam que essa seria uma abordagem importante para se considerar enquanto visão ampliada de saúde pública e não individualmente considerada (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 539-542).

à saúde” (DALLARI, 1988, p. 57) adquirida pela sociedade brasileira na década de 80. Esse despertar foi tanto daqueles que durante o período autoritário tiveram seus direitos totalmente esquecidos e que ainda se encontravam à margem do mercado consumidor, quanto (e principalmente) das elites econômico-sociais que reivindicavam a garantia de seu direito à saúde (DALLARI, 1988, p. 57).

As bases da saúde no Brasil, como é atualmente concebida, começaram a se delinear ao final dos anos 80, quando o modelo de saúde vigente já estava em declínio, diante dos elevados custos da assistência médica, da recessão econômica e da crise fiscal do Estado que refletia diretamente na Previdência Social (RAEFRAY, 2005, p. 260). A indústria farmacêutica foi sucateada e os profissionais da saúde, sobretudo a comunidade médica, reivindicavam melhores condições de remuneração e recursos para financiar um novo sistema de saúde (RAEFRAY, 2005, p. 260-261), com o equacionamento entre o papel e a remuneração do trabalho médico. Some-se a isso, o movimento de organização da sociedade com a crescente sindicalização (RAEFRAY, 2005, p. 259).

A saúde foi parte da articulação que orbitava em torno de uma significativa mudança com relação à prestação dos serviços de saúde. A Constituinte de 88, muitas vezes referida como um processo democrático e de participação cidadã, na verdade, por não ter enfrentado propriamente as problemáticas que envolviam a desigualdade de oportunidade e aqueles relacionados à ausência de confiança nas instituições, representa um período pós autoritarismo que mais levou o país a uma “situação democrática”,⁵⁸ do que a um regime democrático consolidado (RAEFRAY, 2005, p. 259).

A aprovação da CF/88 foi controvertida⁵⁹ e o resultado do texto aprovado culminou em um “acordo” entre setores público e privado (RAEFRAY, 2005, p. 274), que refletia a pressão exercida por esses setores que buscavam introduzir no texto normas que atendessem os seus interesses. A institucionalização do direito à saúde “[...] sepulta o modelo excludente do Seguro Social, até então adotado pela Previdência Social” (RAEFRAY, 2005, p. 265).⁶⁰ Mas a saúde é instituída na CF/88 enquanto um dos

⁵⁸ Pode-se dizer que aqui também se enquadram os casos colombiano e sul-africano.

⁵⁹ Em primeiro lugar, porque não houve espaço para que fossem ouvidos técnicos sobre o modelo que se pretendia implantar e o seu reflexo institucional. Em segundo, porque o Projeto da Constituição foi considerado pelos setores conservadores – setor hospitalar privado, “medicina de grupo”, cooperativas médicas e o setor liberal da medicina – “avançado demais” no campo das conquistas sociais e de sobremaneira estatizante (RAEFRAY, 2005, p. 273).

⁶⁰ No contexto anterior à CF/88 a saúde era apenas benefício dos trabalhadores vinculados à previdência e a grande parcela desempregada da população encontrava-se à margem deste direito, com assistência limitada aos “socorros públicos” e garantia do direito à subsistência por leis esparsas (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 112).

objetivos da seguridade social e incorporada na norma constitucional brasileira como um direito fundamental social, nos termos do “Título II”, “Capítulo II” e especificamente do artigo 6º da CF/88 (BRASIL, 1988).

Nos termos do artigo 196 da CF/88, a saúde é percebida em dois aspectos principais: um direito, de acesso *universal, igualitário, gratuito e integral*; e, por outro lado, um dever, enquanto *responsabilidade estatal* (BRASIL, 1988). Com relação à segunda perspectiva é que segue a análise com base no texto constitucional. As noções dessa primeira via estão relacionadas com os próprios princípios do sistema de saúde brasileiro.

Na organização da política de saúde brasileira o sistema de saúde se encontra em papel de destaque. Diferente da Colômbia e África do Sul, no Brasil há um sistema público de saúde que é *único*, o Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pela Lei 8.080/90 (Lei do SUS). Este sistema conta com uma série de princípios definidos pela CF/88 e que ordenam a sua atuação. Os princípios que são a base do direito à saúde na ordem constitucional brasileira igualmente compreendem os objetivos e fundamentos do SUS e fazem parte das suas diretrizes.

Aplicam-se ao SUS, conforme o artigo 194 da CF/88, os princípios da universalidade da cobertura e do atendimento (inciso I); uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (inciso II); equidade na forma de participação no custeio e a diversidade na base de financiamento (inciso V); e o caráter democrático e descentralizado da administração (inciso VII). (RAEFRAY, 2005, p. 280).

O acesso universal ao SUS complementa a ideia do artigo 196 da CF/88, da saúde como um direito-dever. Compreendida em um sentido amplo de completo bem-estar que implica ao Estado a adoção de medidas: “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988), para a sua garantia. A universalidade de acesso integra uma das bases do próprio direito à saúde nos termos do artigo 196 da CF/88 e também do SUS quando expressamente consagrada no artigo 194, p. ú, inciso I da CF/88.

A universalidade da saúde quando se refere a um atendimento que atenda a todas as pessoas é um objetivo amplo e que defronta com vários problemas. O primeiro aspecto do direito à saúde, que compreende a universalidade, igualdade, gratuidade e

integralidade, assegura o acesso à saúde pública a todas, *todes*⁶¹ e todos sem distinções. Quaisquer que sejam suas condições financeiras, rico ou pobre, a todos é garantido o acesso independentemente de contraprestação.

O artigo 196 do texto constitucional desde logo aponta o caráter de universalidade do direito à saúde (e do próprio SUS), como direito de todos e de cada um [...]. Vigente, pois, o princípio da universalidade no sentido de que o direito à saúde é reconhecido a todos pelo fato de serem pessoas, o que não impede diferenciações na aplicação prática da norma, especialmente quando sopesada com o princípio da igualdade – o que é o bastante para demonstrar que embora correlacionados, tais princípios não se confundem (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 3202-3203).

Na base dos princípios da universalidade e igualdade, a tutela da saúde é condicionada a um único fator: ser (*qualquer*) pessoa. Trata-se, portanto, de uma definição inclusiva, ampla e aberta que acolhe todo aquele que se encontrar em território nacional, com caráter nitidamente inclusivo (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 3203). É preciso considerar que a titularidade universal não se confunde com o princípio de universalidade de acesso ao SUS:

A titularidade universal não se com a universalidade de acesso ao SUS, que poderá eventualmente sofrer restrições diante das circunstâncias do caso concreto, sobretudo se tiverem por desiderato a garantia de equidade do sistema como um todo – dando-se prevalência ao princípio da igualdade (substancial), que pode justificar discriminações positivas em prol da diminuição das desigualdades regionais e sociais, ou da justiça social, por exemplo (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 119).

As noções de universalidade e igualdade remetem ao indivíduo. Por isso, em uma primeira leitura parece que o Constituinte quis “privilegiar” a saúde individual. Mas segundo Júnior e Pavani (2013, p. 85), é justamente por ser este direito conferido individualmente a todo o ser humano, tendo acesso indistinto em todo o território nacional aos serviços de saúde, que se reconhece o seu *interesse coletivo*. Isso ocorre porque a *universalidade da cobertura e do atendimento* também compreende as noções de “universalidade” e “igualdade” pela ótica do SUS. Mais que isso, é o “[...] o fundamento do modelo constitucional adotado para a proteção da saúde no Brasil” (RAEFRAY, 2005, p. 279).

Afirma-se que o direito à saúde na CF/88, é caracterizado universalidade no sentido *individual* (enquanto “direito de todos”), o que é reforçado no artigo 196 da CF/88; e, em sentido *coletivo*, conforme sugere o artigo 194, p. ú, I, da CF/88. Da interpretação do texto constitucional brasileiro, Sarlet, Figueiredo e Raefray sustentam

⁶¹ Expressão utilizada por Tiburi (2018, p. 11) para designar quem não se identifica somente como mulher ou homem, com espaço para outras expressões de gênero e de sexualidade.

que a saúde seria um *direito tanto individual, quanto coletivo* (RAEFRAY, 2005; FIGUEIREDO, 2010; SARLET, FIGUEIREDO, 2013).

Silva (2010, p. 77), por outro lado, sugere que há uma conclusão intuitiva no sentido sustentado pelos autores em razão da utilização do termo “proteção” pelo texto constitucional. Todavia, em uma análise mais profunda, o direito à saúde enquanto tutela *individual e coletivamente considerada* não pode ser sustentada. O que existe, segundo o autor, é um *direito individual de um lado e um interesse coletivo de outro* (SILVA, 2013, p. 736).

A gratuidade, por sua vez, está implícita no texto constitucional, também no citado artigo 196 da CF/88 (BRASIL, 1988). “Em decorrência deste [princípio], proíbe-se toda e qualquer forma de cobrança do usuário por ações, serviços e equipamentos públicos de saúde” (JÚNIOR; PAVANI, 2013, p. 88). Considera-se que a noção de “gratuidade” embora não conste expressamente no texto constitucional, é literal (JÚNIOR; PAVANI, 2013, p. 88).

O artigo 3º da CF/88 anuncia que o campo da saúde está amparado sobre os conceitos de direito e justiça, ao estabelecer como objetivos fundamentais da República: a liberdade, justiça e solidariedade; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem comum de forma igualitária. Todos estes, elencados como determinantes para a proteção e promoção da saúde na ordem internacional, especialmente nos documentos já mencionados (NORONHA; PEREIRA, 2013, p. 19-20).

Deste modo, em uma interpretação literal da CF/88 a saúde parece consistir um fator chave para garantia de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, a própria vida. A leitura do artigo 200 da CF/88, quando o texto constitucional estabelece os bens a serem tutelados e as ações a serem desenvolvidas no âmbito do SUS, parece ser especialmente responsável por tal interpretação.

O SUS representa “[...] um dos mais importantes exemplos de coordenação federativa na área da execução de políticas públicas do Brasil” (SILVA, 2010, p. 565). O texto constitucional atribui competências nesse âmbito a todos os entes federados, além de estabelecer que o financiamento deste sistema único será por meio dos recursos do orçamento da seguridade social em todas as esferas de governo, além de outras fontes (SILVA, 2010, p. 565). Assim, o sistema é organizado de forma descentralizada,

regionalizada e hierarquizada, de atendimento integral e com a participação da comunidade, nos termos do artigo 198 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Muito embora a análise de legislação infraconstitucional não seja o foco do estudo, especificamente com relação aos medicamentos o artigo 6º da Lei 8.080/90 (Lei do SUS), ressalta a integralidade do sistema de saúde ao dispor sobre as ações que são incluídas no campo de atuação do SUS. Nos termos da alínea “d” do inciso I da Lei 8.080/90 garante-se a assistência terapêutica *integral, inclusive farmacêutica*” (grifo nosso) (BRASIL, 1990).

Também a legislação infraconstitucional na regulamentação do sistema de saúde instituído pela CF/88 reforça que a assistência garantida pelo texto legislativo sem que sejam definidos eventuais “limites”. Essa é a causa de uma série de problemas, dentre eles a busca pelo judiciário para a determinação de tratamentos, fornecimento de medicamentos, próteses e outras demandas de saúde.

No ano de 2011 foi editada legislação buscando estabelecer o alcance dos princípios da universalidade e da integralidade dentro do SUS. A Lei 12.401/2011 e o Decreto 7.508/2011 que respectivamente alteram e regulamentam a Lei 8.080/90 (Lei do SUS), são editados com o objetivo de traçar algumas balizas sobre o aspecto de “integralidade” do SUS.

A Lei 12.401/2011 inclui o “CAPÍTULO VIII” na Lei 8.080/90 instituindo algumas regras no âmbito dos medicamentos. A legislação estabelece que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas devem indicar os remédios ou produtos necessários para o tratamento de doenças e que os medicamentos são avaliados “quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade” (BRASIL, 2011).

O artigo 19-T (BRASIL, 2011) veda em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, bem como a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado não autorizados ou sem registro perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA⁶² (BRASIL, 2011).

⁶² A ANVISA, criada pela Lei 9.782/1999, é uma autarquia sob regime especial. Um órgão de controle – “[...] sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados [...]” (BRASIL, 1999) ao qual compete a proteção da saúde da população. O artigo 8º da Lei 9.782/1999 estabelece as competências do órgão. Dentre elas, encontra-se a regulamentação controle e fiscalização de “medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias” (BRASIL, 1999). Assim, a comercialização de um

A Lei parece conduzir uma interpretação textual no sentido de não respaldar, no âmbito do SUS, a concessão de “medicamentos sem registro na ANVISA”, tenham eles a sua eficácia comprovada com o registro em outras entidades, ou não. A lei não faz tal diferenciação, mas veda, em todos os casos o fornecimento de medicamento sem registro no órgão nacional.

Poderia parecer simples, portanto, afirmar que medicamentos dessa natureza não suscitam maiores discussões, já que a legislação veda expressamente a sua “[...] dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso” (BRASIL, 1990). Todavia, a concessão desse tipo de medicamentos tem ocupado um papel singular nas discussões sobre a judicialização da saúde no Brasil. Muito disso está relacionado ao desafio de compreender a abrangência do direito à saúde no texto constitucional de 88.

É também em 2011 que foi criada, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, pela Lei 12.401/2011. A Comissão, “[...] tem como objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relacionadas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde no SUS. Além disso, a Comissão também trabalha na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).” (CONITEC, 2015).

De acordo com Silva (2010, p. 553) pode-se considerar que a CF/88 molda um modelo de federalismo *cooperativo*⁶³, sendo esta ideia inédita no texto constitucional brasileiro, com o reforço pela CF/88 do papel dos estados e municípios no arranjo federativo (SILVA, 2010, p. 563). O texto constitucional define competências aos entes federados legislativas e não legislativas, e é neste segundo caso que se encontram as políticas públicas (SILVA, 2010, p. 563). As competências “políticas” como é o caso das políticas públicas requerem uma ação estatal⁶⁴ (SILVA, 2010, p. 563).

Ocorre que “[...] o processo de formulação de políticas públicas não é particularmente preciso [...]” (BRYNER, 2010, p. 317) e as burocracias que compreendem a formulação das políticas públicas integram uma rede de atores políticos (BRYNER, 2010, p. 315).

medicamento no país precisa passar pelo crivo da ANVISA. Nos termos do art. 7º, XXV da Lei mencionada, ao órgão também compete “monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde” (BRASIL, 1999).

⁶³ O autor argumenta, ao menos em sua potencialidade, diante da existência de âmbitos e matérias em que todos os entes federados possuem algum tipo de competência e isso exige, em maior ou menor proporção, cooperação federativa.

⁶⁴ A noção de “Estado” na CF/88 compreende o “Estado Federal” com a articulação de competências entre os diversos entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios).

[...] uma perspectiva sobre a administração pública fundamentada em políticas públicas concentra-se nas enormes expectativas em relação às organizações e nos enormes desafios que enfrentam ao tentar satisfazer valores concorrentes e muitas vezes contraditórios. Esses valores entram em conflito no interior das organizações burocráticas, uma vez que elas interagem com outras instituições políticas e que operam na distribuição mais geral de poder econômico, social e político (BRYNER, 2010, p. 316).

Isso demonstra que algumas deficiências recaem sobre o complexo processo de formulação e implementação das políticas públicas que envolvem a administração e, sobretudo, a compreensão de que a administração é política. De modo que “[...] as burocracias públicas estão alinhadas no interior de uma rede de atores políticos” (BRYNER, 2010, p. 315).

De acordo com Bryner (2010, p. 317-318), o processo de formulação de políticas públicas se inicia quando são identificados problemas sociais e econômicos que podem ser resolvidos por esforços governamentais; o segundo passo, é a formulação de um programa e a sua colocação na agenda de políticas da administração, seguindo para aprovação e autorização da implementação do programa, com a atribuição de fundos suficientes; por fim, a implementação é o terceiro e mais complexo passo no processo de políticas públicas, porque compreende a interpretação da intenção legislativa, o equilíbrio entre estruturas e processos administrativos e revisão de discussões parlamentares. A efetividade dos direitos sociais esbarra nessas questões que são essencialmente políticas e próprias da vida pública.

A convergência de fatores que envolvem a saúde na ordem constitucional é complexa. Além disso, esbarra com uma série de problemas. Muitos destes decorrem do próprio arranjo federal definido pela CF/88 e a articulação das competências não legislativas na execução das políticas públicas (SILVA, 2010, p. 549).

Reiteradamente reforçados pelo texto constitucional, a *universalidade* e a *integralidade* enquanto “proteção social plena” (RAEFRAY, 2005, p. 301) são os grandes objetivos da política constitucional de saúde no Brasil. Porém, a dificuldade se concentra justamente em estabelecer o que significa e até onde vai essa “plenitude” no cenário fático, consideradas todas as suas variantes.

Os princípios da universalidade, da igualdade e da gratuidade não se confundem (SARLET, 2013, p. 3202-3203). Mas a relação destes três princípios, considerada no plano fático, até hoje sugere enredamento quando confrontada com o problema da escassez de recursos. Ao longo dos anos, não foram poucas as discussões sobre os problemas de eficácia e efetividade da norma constitucional no âmbito dos direitos sociais, diante das limitações orçamentárias. Essa parece ser ainda uma das preocupações

que ocupa o cerne dos debates em matéria de saúde (WANG, VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014).

Quando se fala na concretização universal e integral da saúde, isso esbarra em uma série de problemas que serão sintetizados com a expressão “escassez de recursos”. São eles: 1) o estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para a sua garantia (BOBBIO, 1992); 2) a colisão entre questões orçamentárias no tema da despesa em saúde quanto ao controle social da despesa pública e a garantia do direito integral à saúde (LUHMANN, 1985); 3) modificação dos procedimentos e incorporação de tecnologias na área da saúde, o que encarece os tratamentos e o problema da “farmaceutização” da saúde⁶⁵ (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 183).

Some-se a isso tudo o período de políticas de austeridade que se vivencia no Brasil, aceleradas e intensificadas⁶⁶ a partir do governo provisório de Michel Temer⁶⁷ e aprofundadas no governo de Jair Messias Bolsonaro (BRAVO; PELAEZ; MENEZES, 2020, p. 194). Das “ações de desmonte” (BRAVO; PELAEZ; MENEZES, 2020, p. 195) na saúde, durante os anos 2016, 2017 e 2018 no governo Temer destaca-se, principalmente, a aprovação da “Emenda Constitucional nº 95 de dezembro de 2016”⁶⁸ (BRASIL, 2016), sem contar o colapso do sistema de saúde brasileiro diante da pandemia da COVID19⁶⁹, agravado pela desastrosa atuação do atual presidente Jair Messias Bolsonaro, que coloca em risco a estabilidade do SUS.

A resposta para a segunda questão proposta no início da seção não é dada pelo texto constitucional. A CF/88 não define o que significa “garantir a saúde” (RAEFRAY, 2005, p. 301; SARLET, p. 20). Há “[...] um problema de definição mais precisa do conteúdo das prestações, sendo insuficientes as referências constitucionais às noções de cura, prevenção ou promoção (art. 196), assim como a um imperativo genérico de

⁶⁵ Este ponto será aprofundado no último capítulo.

⁶⁶ De se destacar que a saúde no Brasil já vivencia impasses desde os anos 90, com processo de contrarreforma do Estado, privatização e retrocessos na política de saúde brasileira (BRAVO; PELAEZ; PINHEIRO, 2018, p. 11).

⁶⁷ Ocasionado pelo *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff em 31 de agosto de 2016.

⁶⁸ Popularmente conhecida como “Emenda do Teto de Gastos Públicos”, a Emenda Constitucional 95/2016, instala um novo regime fiscal que limita, por vinte anos os gastos públicos. Determina, por exemplo, aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino no país.

⁶⁹ O trabalho foi concluído em meados de março de 2021, período em que as mortes por COVID no Brasil representam um terço dos óbitos no mundo e o sistema de saúde brasileiro trabalha com sua lotação máxima, um grave período de crise, no contexto em que a atuação do Governo Federal especialmente com relação ao atraso na compra de vacinas e descrédito da ciência, bem como encorajamento da população a não adotar as medidas de segurança mundialmente estabelecidas, tem sido drasticamente questionada e negativamente criticada.

“integralidade” (art. 198, II, CF)” (SARLET, 2008, p. 20). Essa interpretação, segundo Silva (2010) fica a cargo do intérprete. É daí que decorrem uma série de problemas.

Uma das características centrais da experiência brasileira pós-88 tem sido o crescente papel institucional do Poder Judiciário no espaço público do país. Nota-se, pelo exposto, que a CF/88 é, em parte, responsável por esse fenômeno. Ao ampliar as possibilidades de reclamação perante o judiciário em busca da efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos e diante da indefinição no que tange à abrangência do direito à saúde, contribuiu de forma mais significativa para a transferência de poderes decisórios das instâncias políticas para os Tribunais.

Gradativamente, a judicialização da saúde tornou-se uma complexa controvérsia político-institucional, atingindo os múltiplos níveis de governo. Em primeiro lugar, porque questões orçamentárias e de eficiência administrativa na execução de políticas públicas de saúde passaram a ter sua legitimidade contestada na esfera judicial, deslocando para este *locus* o conflito entre o indivíduo e o Poder Público. Em segundo lugar, a ausência de critérios claros e razoavelmente objetivos que embasem as decisões judiciais provoca consequências negativas na organização e planejamento dos serviços públicos de saúde.

A judicialização da saúde, assim como no caso colombiano, é um problema no Brasil. Busca-se e apresenta-se soluções das mais diversas para tanto. Todavia, pode-se dizer que ainda sem sucesso. Nesse contexto, o posicionamento do STF já há alguns anos vem sendo questionado. Críticas das mais diversas são e são lançadas (VALLE, 2009; BIHEL; PETRYNA, 2016; VASCONSELOS, 2020; WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014).

Estudos recentes (WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014; BIHEL; PETRYNA, 2016; INSPER, 2019; VASCONSELOS, 2020) sugerem indícios de que a postura da Corte estaria contribuindo para o crescimento do litígio em saúde no país. A pesquisa realizada pelo INSPER (2019), encomendada pelo CNJ, e o estudo de Vasconcelos (2020) chamam especial atenção por indicarem que a “solução” para o problema da judicialização estaria sob o controle do próprio STF.

Diante disso, as próximas seções têm como objetivo analisar o comportamento do STF especificamente no que se refere à concessão de medicamentos sem registro perante a ANVISA e suas repercussões no cenário brasileiro.

3.2 O COMPORTAMENTO JUDICIAL DO STF

Nessa seção o objetivo é mapear o comportamento do STF no pós-88, nos termos de estudos já publicados e, especificamente, a análise das decisões proferidas pela Corte na “Medida Cautelar na Pet 1246 MC/SC” “RE 271.286/2000 (RS)” e “RE 657.718/2019 (MG)”, com base nos critérios já estabelecidos. Busca-se verificar o comportamento judicial do STF com relação ao direito à saúde no que se refere à demanda de medicamentos sem registro perante a ANVISA.

O STF é o órgão de cúpula o judiciário brasileiro, ao qual compete a guarda da Constituição, exercendo controle difuso e/ou concentrado de constitucionalidade, em sede de competência originária e recursal, nos termos do artigo 102 da CF/88 (BRASIL, 1988). O Supremo Tribunal detém o poder de última palavra na estrutura judiciária brasileira, dentre elas e, sobretudo, os direitos socioeconômicos.

O STF possui uma série de atribuições que lhe são constitucionalmente estabelecidas especialmente no artigo 102. Dentre as atribuições do Tribunal destacam-se a sua competência penal, para julgar os chamados “remédios constitucionais”, além de decidir sobre questões de constitucionalidade e inconstitucionalidade (BRASIL, 1988). Com a Emenda Constitucional – EC 45/2004, ainda foi definida a possibilidade do STF “[...] aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988)” (STF, 2019).

Vê-se, assim, que diferente do que ocorre na Colômbia e África do Sul, o STF não se trata exclusivamente de uma Corte Constitucional, porque hora assume esse papel, ora atua como Tribunal Superior de revisão. Nos países analisados esta função é dividida em dois órgãos judiciários autônomos. Além dessa particularidade convém também ressaltar que o STF passeia por um largo muito maior de matérias e, inclusive, de volume de julgamento (ROSEVEAR, 2018). A análise do STF neste estudo, recai especificamente na sua atuação enquanto Corte Constitucional.

O STF, ao longo dos anos “se tornou um ator incontornável na formulação e execução de políticas públicas” (VASCONSELOS, 2020, p. 84). A discussão avançou para a análise de como essas decisões tem impactado no cenário brasileiro. Decisões aclamadas e louváveis por alargarem o âmbito de proteção de direitos constitucionalmente estabelecidos, são muito questionadas pela técnica utilizada (VALLE, 2009; SILVA, 2010; VASCONSELOS, 2020).

Sem desconsiderar fatores externos que serão levantados de forma crítica ao longo desta seção, tem-se como objetivo específico mapear o comportamento do STF, para verificar como a Corte concebe o direito à saúde; se a Corte compreende este direito como indispensável para a garantia de outros; se a Corte privilegia a saúde curativa ou preventiva; e, se a Corte, no momento de aplicação de técnicas como ponderação e proporcionalidade, considera o interesse coletivo.

No que refere ao direito à saúde, a primeira decisão no âmbito do STF relevante para a análise realizada, pelas razões já estabelecidas, é a decisão proferida em 1997 pelo Ministro Celso de Mello em sede de Medida Cautelar na Pet 1246 MC / SC – SANTA CATARINA, que envolveu menor impúbere portador de “Distrofia Muscular de Duchene”. Segundo consta na decisão não dispunha de condições para custear o tratamento. Na decisão, a Corte concebe o direito à saúde de forma *irrestrita* e de *aplicabilidade imediata*, ou seja, não reconhece na decisão quaisquer limitações a este direito. A Corte também considera o direito à saúde como indispensável para a garantia de outros direitos, especificamente, o direito à vida:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (STF, 1997).

O direito à saúde é indissociavelmente relacionado ao direito à vida e ao considerar um “respeito indeclinável” a este direito, que se sobrepõe, nas palavras do Ministro Celso de Mello, a um “um interesse financeiro e secundário do Estado”, a Corte privilegia a saúde curativa.

Nos argumentos levantados, não se evidencia a aplicação das técnicas da ponderação e proporcionalidade, pelo contrário, verifica-se no entendimento da Corte uma sobreposição do direito à saúde ao orçamento. Nesse sentido, a Corte não menciona - em análise literal da decisão – o “interesse coletivo”, o que leva à interpretação de que nesta decisão ele foi desconsiderado ou, no mínimo, não foi considerado.

Essa decisão é apontada como “estopim” para o que decorreria nos próximos anos: a massificação de ações pleiteando medicamentos relacionados ao tratamento da AIDS. A decisão proferida no RE 271.286 no ano de 2000, tendo novamente como Relator o Ministro Celso de Mello, é emblemática neste sentido e, por isso, será adiante analisada.

Trata-se de uma demanda individualmente ajuizada por paciente com HIV/AIDS, segundo consta na decisão, destituído de recursos. Requer-se o fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento. Negando provimento recurso interposto pelo Município de Porto Alegre, a Corte confirmou a decisão do Tribunal em grau inferior e condenou solidariamente o Município de Porto Alegre e o estado do Rio Grande do Sul a fornecerem gratuitamente medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes portadores do vírus HIV e destituídos de recursos (STF, 2000).

A interpretação da Corte em comparação com a decisão anteriormente analisada é similar, mas com diferenças que neste estudo foram consideradas relevantes. Novamente o STF interpretou o direito à saúde enquanto uma *garantia imediatamente realizável e de impostergável realização* pelo Poder Público e “indissociável do direito à vida”. Essa afirmação é feita por diversas vezes ao longo da decisão. Considerou a Corte que:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas depositadas nele pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado (STF, 2000, p. 1410, grifo do autor).

O Ministro Celso de Mello menciona em seu voto que ao Poder Público incumbe promover “[...] em favor das pessoas e das *comunidades*, medidas – preventivas e de recuperação [...] fundadas em políticas públicas idôneas” as efetivas prestações de saúde. Mas, apesar disso, em sua conclusão (deferir o fornecimento de medicamento), a decisão parece ponderar apenas a saúde curativa, ou seja, aquela baseada tratamentos e desconsiderar a sua dimensão protetiva.

Do mesmo modo, embora o STF enfatize a incumbência ao Poder Público em “[...] formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, *inclusive àqueles portadores do vírus do HIV*, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”, por ter sido proferida em demanda individual e sem repercussão geral, pode-se considerar que a decisão desconsidera o interesse coletivo. Isso porque este não é considerado no momento do sopesamento.

Indiscutivelmente essa decisão foi um divisor de águas quando se fala em judicialização da saúde no Brasil (VASCONSELOS, 2020; SILVA, 2005; 2008; 2010),

acarretando em repercussões tanto positivas quanto negativas. Sendo aclamada, mas também objeto de severas críticas, conforme se demonstrará adiante.

Outras importantes decisões do STF⁷⁰ que envolvem postulações relativas ao direito à saúde e à demanda de medicamentos poderiam ser mencionadas. Mas por já terem sido objeto de outras pesquisas empíricas ou não, o estudo desse complexo de decisões não será foco da presente dissertação.

Sem ignorar os acontecimentos que sucederam esse período, a última decisão analisada é o julgamento do Recurso Extraordinário RE 657.718/MG, julgado pela Corte em 2019 teve como tema central analisado a possibilidade de concessão de medicamento sem registro na ANVISA (STF, 2019).

O STF no julgamento do RE 657.718/2019 MG, concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA, além de fixar parâmetros com repercussão geral reconhecida com relação à matéria:

- 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
- 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
- 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
 - I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;
 - II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
 - III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
- 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União (STF, 2019).

O processo principal originário discutia o fornecimento do medicamento não registrado na ANVISA (Mimpara 30mg) para o tratamento de hiperparatireoidismo secundário, sendo a autora da ação portadora de insuficiência renal em diálise. Conforme informações extraídas do relatório do RE 657.718 – MG (STF, 2019), o juízo de primeiro grau condenou o Estado ao fornecimento do medicamento pleiteado e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou a decisão a fim de dar procedência ao pedido do Estado. A temática, em razão da sua relevância sócio-jurídica e econômico-política, por tratar sobre o fornecimento ou não de medicamento, com restrições pela normativa brasileira, para tratamento indispensável de um indivíduo, culminou no reconhecimento

⁷⁰ Ver ADI 5.592; RE 657.718; ADI 4.066; RE 566.471; RE 855.178.

da repercussão geral, sendo, portanto, admitido o Recurso Extraordinário, que ficou sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Inicialmente, o Ministro relator destacou a insegurança quanto ao uso de um medicamento que não possui registro na ANVISA, precisamente por ser condição essencial para fins do artigo 12 da Lei nº 6.360/1976, ou seja, necessários à industrialização, comercialização e importação do produto, sendo que a inobservância do dispositivo configura uma conduta ilegal. De acordo com o Ministro, o registro na ANVISA *pressupõe a eficácia do produto*, porque, a submissão ao crivo técnico do controle de qualidade, visa permitir ou não sua circulação no território nacional. O STF no julgamento do recurso não retira da ANVISA a autoridade técnico-legal para atestar, em território nacional, se um medicamento é confiável ou não.

O Ministro relator votou pelo desprovimento do recurso e propôs a fixação da seguinte tese: “[...] o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento” (STF, 2019).

Todavia, fez um acréscimo ao seu voto, modificando o entendimento, decidindo pelo provimento parcial, de forma a assegurar que poderia haver o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA pelo Poder Público quando estes fossem certificados em outros países e desde que, perante prova de que o adquirente do remédio é hipossuficiente.

Dado o posicionamento adotado pelo Ministro, em decisões anteriores, essa postura não gera maiores surpresas. Todavia, a decisão do ministro simplesmente ignora o problema orçamentário e considera o direito à saúde como um direito que guarda estrutura de um direito *individual e imediatamente realizável*. Além disso, outro ponto a ser destacado na decisão e um dos principais argumentos levantados pelo Ministro é a *valorização da vida e a sua relação intrínseca com o direito à saúde*.

O Ministro reformulou a presunção da tese no sentido de que o Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na ANVISA, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e possua registro no país de origem. Todavia, o seu posicionamento não foi seguido pela maioria do plenário.

Predominou o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso que, mesmo reconhecendo a ANVISA como órgão com capacidade para definir sobre a segurança de

um medicamento, entendeu que *o direito à saúde não deve ser diminuído em razão do dever constitucional do Estado*.

Do voto de Barroso extrai-se, reiteradamente, que a Corte (mantendo seu posicionamento anterior neste sentido) concebe o direito à saúde como um *direito individual e imediatamente realizável*. Assim, adota uma posição baseada na teoria interna dos direitos fundamentais, eis que *desconsidera qualquer restrição externa a este direito*, isto é, que decorre de circunstâncias fáticas ou jurídicas. Apesar de ser possível verificar em outras passagens da decisão a menção a um cenário de “crise econômica e estrutural na esfera da saúde pública brasileira” (STF, 2019), a todo o tempo é reforçada a ideia da saúde como um direito de *proteção do indivíduo*, não se mencionando ou considerando a colisão entre este e o interesse coletivo.

O entendimento foi firmado no sentido de que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, segundo a Corte, aqueles sem eficácia comprovada. Mas, considerou, excepcionalmente possível (pela via judicial) o fornecimento de medicamentos fora das listas do SUS, mas registrados perante a ANVISA ou, quando submetido o medicamento a registro, mas ainda não registrado no caso de mora razoável da Agência – com base em critérios estabelecidos no voto – e, em sendo comprovada a hipossuficiência do demandante.

Ainda poderiam ser destacadas outras decisões do STF. A jurisprudência da Corte oscilou entre a negativa no fornecimento de medicamentos de alto custo, alegando o limite da “reserva do possível” (disponibilidade orçamentária) e sua falta de legitimidade para interferir na alocação dos recursos públicos (STF, 2000, RE 195192/RS). Em outros casos, contudo, a Corte sustenta que entre o respeito a um interesse financeiro do Estado, o que envolve autonomia do Poder Legislativo e do Poder Executivo na distribuição dos recursos públicos, e proteção a um direito social básico, como o direito à saúde, este deve prevalecer (STF, 2010, O STA 175-AgR).

A atual postura do Poder Judiciário (e especialmente do STF) tem sido questionada por muitas pontas. Parece haver um consenso que esta tem gerado repercussões nas relações sociais. Muitas controvérsias ainda recaem sobre a atuação do STF, talvez e, principalmente pela utilização de uma técnica questionável por parte da Corte. O debate acerca da judicialização não é pouco e nem novo. Mas pouco se conhece efetivamente sobre os impactos do posicionamento judicial do STF nos cenários brasileiros. Diante disso, seguindo, igualmente, a mesma dinâmica do capítulo anterior, a

próxima seção é a tentativa de apresentar um diagnóstico – dentro dos estudos e dados analisados – das repercussões da atuação da Corte no Brasil.

3.3 A REPERCUSSÃO DO POSICIONAMENTO DO STF

A crescente judicialização da saúde no Brasil é normalmente percebida como um reflexo de políticas públicas ruins ou de investimentos insuficientes. Essa percepção tem como principal consequência a assumida tendência de grande parte dos juízes de pressupor que todas as demandas de saúde resultam de falhas do Estado, mas nos últimos anos, tem-se enredado um debate que questiona esse ponto de vista e, sobretudo, a postura que vem sendo adotada pelo judiciário frente ao litígio individual.

Uma pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e realizada pelo Instituto Nacional de Pesquisa - INSPER (2019) combinada com o estudo de Vasconcelos (2020), apontam especificamente para o STF tanto como causa, quanto solução da judicialização. Afirma-se que a ausência de um padrão comum seguido, restringe o uso dessas informações como fonte de pesquisa e, sobretudo de gestão da política judiciária (INSPER, 2019), pendente ainda de uma solução eficaz. Isso faz com que o Poder Judiciário se torne um dos principais atores da judicialização da saúde no que se refere às suas causas e consequências. Ressalte-se ainda o papel político e de impacto nas políticas públicas.

Os precedentes do STF vêm afirmando a possibilidade de um amplo controle das políticas públicas, sobretudo na área da saúde, especialmente quando a omissão ou a deficiência no agir do Estado compromete a eficácia do direito fundamental discutido (VASCONCELOS, 2020). Portanto, assim como no caso estrangeiro, é certo que a postura do STF gera repercussões nos mais diversos cenários do país.

Nesses termos, parece inegável que nas demandas da saúde também gera algum tipo de influência em menor ou maior grau no contexto brasileiro. A questão que se coloca, portanto, é a forma pela qual e em qual grau o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro é capaz de exercer essa influência. Cabe então diagnosticar, como no caso estrangeiro, quais seriam esses impactos. E, notadamente, se a atuação do STF contribui para tanto. Para tanto, segue-se os mesmos critérios de análise estabelecidos nos casos colombiano e sul-africano.

Questiona-se a legitimidade do poder judiciário brasileiro, cujos membros não são eleitos, nem respondem politicamente sobre o povo, para interferir nas escolhas feitas pelos outros Poderes (Executivo e Legislativo). Mas a defensável tese de que as políticas

públicas não devem ser efetivadas pela via judicial diante da sua ofensa ao preceito democrático (MACHADO, 2012, p. 157), se choca com as inúmeras demandas que são levadas ao judiciário sob o fundamento da “aplicabilidade imediata” (art. 5º, p. ú, CF/88) conferida pela CF/88 e recepcionadas pelo STF. Com isso, a judicialização no Brasil se torna uma complexa problemática, ainda pendente de solução.

Analisadas as decisões na sessão anterior, passa-se a avaliar as repercussões do posicionamento do STF no cenário nacional. Em primeiro lugar, é preciso avaliar o contexto desde a promulgação da CF/88. Ferraz (2019, p. 7) constatou que a judicialização da saúde no Brasil “[...] iniciou-se aproximadamente há duas décadas, em meados de 1990, acelerou na virada dos anos 2000 e, desde então, cresce infalivelmente ano a ano”. Em 1996, aproximadamente um ano antes da primeira decisão analisada, quando respostas globais ao HIV/AIDS eram mais baseadas em *prevenção*, o Brasil tornou-se o primeiro país do sul global a assinar uma lei e aprovar uma política de distribuição livre e universal de medicamentos antirretrovirais (ARVs) (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 177).

Durante o período de janeiro de 1997 e junho de 2004, pesquisa empírica envolvendo todas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (SILVA, 2008, p. 595 Apud DURAN FERREIA, et al., 2004), concluiu que desde o julgamento da primeira decisão objeto deste estudo (1997) houve o crescimento das *demandas individuais* em saúde *com o êxito* para os autores em 85% dos casos. Também apontou que em 93% das decisões sobre concessão de medicamentos, o direito à saúde foi *individualmente* considerado e, principalmente, que *não houve preocupação com eventual existência de política pública ou não, implantada pelo governo* (SILVA, 2008, p. 595 Apud DURAN FERREIA, et al., 2004). Neste mesmo período “[...] a política de combate à AIDS do governo brasileiro – que inclui a distribuição gratuita de medicamentos, dentre outras medidas – é considerada pela Organização Mundial da Saúde como uma das mais eficazes do mundo (SILVA, 2008, p. 595).

Em 2007, no estado de São Paulo, 67,7% das demandas de saúde eram individuais (MARQUES; DALLARI, 2007, p. 104). Em 2009, o acesso a medicamentos por *demandas individuais* com sentença favorável ao autor em primeiro grau no Paraná representava 81,1% das demandas e com acórdão favorável ao autor em segundo grau representava 92,4%, aponta estudo desenvolvido no âmbito da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR) (PEREIRA; PEPE, 2014, p. 37).

De acordo com Ferraz (2019, p. 5-6), durante os anos de 2014 a 2018, considerando todos os níveis da federação, o litígio de saúde no Brasil alcançou o patamar de 823 mil novos casos. Destes, só a demanda de medicamentos corresponde a 344.053 novos casos. O litígio em busca de medicamentos surgiu “[...] grande parte em torno da questão do acesso a medicamentos para HIV/AIDS e, posteriormente, expandiu-se para uma gama de tratamentos para outras doenças, como câncer e diabetes” (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 384).

No ano de 2019, a mencionada pesquisa realizada pelo INSPER constatou que “o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%” (INSPER, 2019, p. 13). A pesquisa levou em consideração os dados disponíveis nos Tribunais de Justiça (TJ) estaduais de primeira instância.

A pesquisa apresentou os “indicadores da judicialização da saúde”, concluindo, conforme a base de dados utilizada, que o litígio por medicamentos corresponde a 91% (noventa e um por cento) das demandas e “[...] no que se refere à judicialização contra o SUS, os medicamentos são responsáveis por grande maioria das demandas” (INSPER, 2019, p. 128), conforme se observa na figura abaixo:

CONJUNTO	TOTAL DE AÇÕES
Processos em segunda instância	164.587
Processos em segunda instância sem coincidência entre público e privado	132.923
Processos públicos entre os processos em segunda instância sem coincidência entre público e privado	91.904
Processos que envolvem demandas por medicamentos entre os processos públicos entre os processos em segunda instância sem coincidência entre público e privado (demandas por medicamentos no SUS)	83.198

Figura 2: Filtragem de ações públicas com demandas por medicamentos.
Fonte: INSPER, 2019, p. 128.

A pesquisa realizada pelo INSPER ainda concluiu o que outras pesquisas já mencionadas (VALLE, 2009; MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011; WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014; BIEHL; PETRINA, 2016) haviam apontado: forte indício que a atual demanda de saúde perante os tribunais brasileiros é *individual* (INSPER, 2019, p. 128). Isso porque o estudo concluiu que apenas 2,35% das demandas são intituladas “coletivas” e que mesmo estas *promovem interesses individuais* (INSPER, 2019, p. 134).

Para Wang, Vasconcelos, Oliveira e Terrazas (2014, p. 1193) a “[...] postura do Judiciário brasileiro permitiu — e até incentivou — o impressionante aumento no número de ações pleiteando tratamentos médicos com base no direito constitucional à saúde”.

Parece haver um consenso de que, em termos numéricos, o posicionamento do STF tem sido determinante para ordenar o número de litígios de saúde no cenário nacional.

De acordo com Marques e Dalari (2007) o maior desafio do judiciário consiste atualmente no estabelecimento de critérios objetivos por parte da Corte Superior, que possam nortear as decisões de magistrados e desembargadores. O estudo desenvolvido pelas autoras aponta que as concessões individuais em primeiro e segundo grau de jurisdição se identificam pela ausência de semelhança nos critérios utilizados e visões diferentes e conflitantes sobre o percurso dos litígios que envolvem o direito à saúde (MARQUES; DALARI, 2007).

A análise das decisões do STF, em convergência com os dados levantados pelo INSPER demonstram que a demanda por medicamentos tem ocupado posto de maior de relevância no índice de judicialização da saúde pública. Até os anos de 1998 esse tipo de demanda envolvia quase que exclusivamente medicamentos para o tratamento do HIV/Aids, mas com a implantação da política universal para tratamento da doença (1999), atrelado ao surgimento de novas patologias e conseqüentemente a modernização dos serviços de saúde e de medicamentos com cada vez menos efeitos colaterais, a demanda de medicamentos pela via judicial sofreu um aumento significativo (BIEHL; PETRYNA, 2016).

A cultura de uma atual “sociedade da automedicação”⁷¹ o crescimento da indústria farmacêutica no Brasil são fatores que realmente parecem influenciar. Bihel e Petryna (2016, p. 176) demonstram e sustentam que o litígio pelo tratamento ocorre com base nas influências do mercado e “[...] no contexto de um sistema descentralizado e disfuncional de saúde pública.” Os autores consideram este o “fator chave” para a judicialização da saúde no Brasil.

[...] pacientes de baixa renda não estão simplesmente aguardando que o mercado eventualmente baixe os preços e torne as novas tecnologias médicas acessíveis: eles estão usando a assistência jurídica pública e as alavancas de um Judiciário responsivo para obter acesso agora”. (BIEHL E PETRYNA, 2016, p.176).

Os autores ainda chamam a atenção para a forma como o *marketing* influencia este cenário. Pepe e Veras (1995) destacaram o problema da influência que o marketing realizado pela indústria farmacêutica exerce sobre a prescrição médica quando relacionado ao crescimento do mercado farmacêutico no Brasil e ao litígio pelo

⁷¹ Pesquisa realizada pelo Instituto de Ciência, Tecnologia e Qualidade (ICTQ) indica que em 2018, no Brasil, 79% das pessoas com mais de 16 anos admitem tomar medicamentos sem prescrição médica ou farmacêutica. Esse percentual correspondia a 72% em 2016 e 76,2% em 2014 (ICTQ, 2018).

tratamento que ocorre no contexto de um sistema descentralizado e disfuncional de saúde pública.

[...] o litígio pelo direito à saúde tornou-se (no rastro de uma política bem-sucedida de tratamento de Aids) uma rota alternativa para brasileiros terem acesso aos serviços de saúde, agora compreendido como o acesso a medicamentos que estão nas listas governamentais ou só são disponibilizados no mercado. O fenômeno conjunto da “farmaceuticalização” do cuidado e da “judicialização” dos direitos socioeconômicos levanta questões cruciais que estão no cerne dos debates atuais sobre saúde no mundo inteiro: o acesso à tecnologia e a prestação de serviços de saúde, o financiamento e a sustentabilidade de programas de tratamento, o fortalecimento de sistemas de saúde e a melhoria dos resultados. Precisamos de uma compreensão mais profunda de como a economia política dos fármacos informa as iniciativas de tratamento em grande escala. Também precisamos saber como a informação, a ciência e a tecnologia afetam os sistemas de saúde e os projetos de vida na prática. (PEPE; VERAS, 1995).

Relacionado a esse aspecto, um ponto frequentemente levantado pela academia, é se as intervenções do judiciário favorecem os mais excluídos. Algumas das críticas à atuação do judiciário brasileiro residem em afirmar que este seria um espaço “privilegiado” e as demandas que chegam até o judiciário não refletem as mazelas da sociedade, especialmente as que chegam até o STF.

Daí resulta um delicado paradoxo. Quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos socioeconômicos – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com canalização de recursos públicos escassos para os setores da população com melhores condições (SARMENTO, 2009).

Há quem afirme que não é “[...] sustentável ou, pelo menos, não será universalizável – a crítica de que os tribunais sejam necessariamente porta-vozes das elites [...]” (BARROSO, 2018, p. 145-146). Sustenta-se que a arena do judiciário tem sido um importante palco na sindicabilidade de diversas pautas importantes e tem avançado na tutela de direitos fundamentais e sociais.

A “tese da judicialização pelas elites”, segundo Medeiros, Diniz e Schwartz (2013), não pode ser confirmada e nem refutada: “[...] Não há como dizer que a judicialização é uma questão de classe. O que se coloca é se essa conclusão pode ser extrapolada para a judicialização de outros medicamentos ou mesmo outros tipos de judicialização da saúde.” (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013, p. 1096).

A pesquisa realizada pelo INSPER (2019, p. 72-73), trabalhando com o indicador “perfil dos demandantes” sugere ser este é um dado relevante que pode impactar na análise da judicialização da saúde, especialmente em sua dimensão ao acesso a medicamentos, conforme dados abaixo.

	REPRESENTAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA OU ADVOGADO DATIVO	JUSTIÇA GRATUITA	HIPOSSUFICIÊNCIA	INSUFICIÊNCIA DE RENDA
Norte	13,1%	0,6%	27,7%	11,4%
Nordeste	7,9%	0,7%	18,8%	9,0%
Sudeste	7,7%	0,3%	23,7%	2,8%
Sul	31,7%	0,1%	18,9%	8,8%
Centro Oeste	11,4%	0,3%	15,9%	4,4%
Total	15,0%	0,3%	21,7%	5,1%

Figura 3: Indicadores de hipossuficiência econômica do autor da ação em acórdãos por região (inclui apenas Tribunais de Justiça).

Fonte: INSPER, 2019, p. 72.

O estudo indica a variação nos indicadores de hipossuficiência econômica, sugerindo que um quinto das demandas são oriundas de pessoas em situação de vulnerabilidade econômica. Apesar de a pesquisa não concluir especificamente neste sentido, os dados sugerem uma baixa justiciabilidade pela parcela menos abastada da sociedade e, sobretudo, daquela que possui acesso ao judiciário.

De acordo com Maestad, Rakner e Ferraz, (2011, p. 292-293) o bem-sucedido litígio para serviços de saúde geralmente ampliará o leque de serviços disponíveis para alguns indivíduos ou grupos (ou reduzirá os custos de obtenção desses serviços se já está disponível no mercado privado, no mercado interno ou no exterior). Mas esse é um critério muito estreito para julgar o acesso da população.

Segundo Medeiros, Diniz e Schwartz (2013, p. 1.096), se existe um problema distributivo que deve ser discutido no âmbito da judicialização da saúde, ele não parece estar na origem de classe daqueles que recorrem ao judiciário, mas reside em outros fatores. São eles: i) na composição de interesses de laboratórios e empresas distribuidoras de medicamentos de alto custo cuja eficácia clínica ainda está sob avaliação; ii) nas dificuldades do Estado em administrar a política de assistência farmacêutica quanto aos critérios de incorporação tecnológica, transparência e publicidade dos atos; e iii) nas dificuldades do Estado em administrar uma política farmacêutica quando instrumentos típicos de administração – planejamento, compras em escala, controle de estoques, chamadas de preços – não podem ser usados em decorrência de determinações judiciais (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013, p. 1096). Para Biehl e Petryna (2016, p. 183):

Embora um “direito a medicamentos” esteja se consolidando no Brasil (consolidando, de uma forma mais ampla, a farmacêuticalização da saúde), os vários braços do governo ainda precisam desenvolver avaliações sólidas da tecnologia em saúde. [...] são necessárias medidas regulatórias mais audaciosas na fixação de preços de medicamentos, juntamente com reconsideração das responsabilidades dos planos de seguro saúde privados na cobertura de custos

com medicamentos (que no momento não existe) (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 183).

Além disso, segundo os autores, deve-se atentar também para os aspectos mais abrangentes do direito à saúde, incluindo intervenções infraestruturais e com respeito aos determinantes sociais da saúde, como educação, água potável, saneamento, controle de vetores, poluição do ar e prevenção da violência. Enquanto isso, pacientes cidadãos-consumidores, de difícil definição, valem-se da linguagem e da jurisprudência dos direitos humanos, e fazem com que os governos funcionem para eles, enquanto navegam os imprevistos do mercado e da sobrevivência (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 183).

Há indícios de que a judicialização, diante de todas as suas complexidades, esteja relacionada com uma série de fatores, dentre eles, os anteriormente destacados. Por isso, não se ignora a sua influência nas demandas e concessões de parcelas de saúde pela via judicial. Mas o que carece de maior atenção na presente dissertação, pelo seu escopo de análise, é o aumento significativo das demandas de medicamentos – especialmente aquelas que demandam a concessão de medicamentos de alto custo e aqueles sem registro perante a ANVISA – e a adoção de uma postura “contraditória” (VASCONSELOS, 2020; BRUSTOLIN, 2020), do STF para lidar com o problema.

De acordo com Vasconselos (2020), em primeiro lugar, a grande dificuldade tem sido o modo como a Corte busca solucionar o problema. A autora critica as estratégias de solução buscadas pelo STF. Sustenta que os critérios adotados para realização de audiências públicas para ouvir a comunidade jurídica e científica sobre o assunto desde 2009 – quando se teve uma percepção mais clara do problema e todas as suas complexidades – são questionáveis (VASCONSELOS, 2020, p. 85-90). Com relação às audiências públicas, ela chama a atenção para o fato de que “[...] a maior parte dos expositores selecionados [pelo Ministro Gilmar Mendes] pertencia ou a gestão da saúde federal ou eram operadores do direito, o que explica certa prevalência de posições críticas em relação à judicialização” (VASCONSELOS, 2020, p. 90).

Além disso, afirma que apesar de a realização da audiência pública STA-175 ter sido a primeira decisão importante no âmbito do STF, em busca de respostas para a judicialização da saúde, “[...] foi utilizada poucas vezes contra a pretensão de demandantes. Das 20 decisões monocráticas em ações de saúde em que é citada, apenas 4 decisões são favoráveis a administração pública” (VASCONSELOS, 2020, p. 90).

Segundo a autora (VASCONSELOS, 2020, p. 87), a posição a demandas individuais de medicamentos e tratamentos hospitalares por parte do STF contrasta com as ações que promove ações para reduzir a judicialização da saúde, por meio do CNJ, um

órgão de atuação ativa e fiscalizatória, desprovido de competência para tanto. Para Vasconcelos (2020), este é um dos fatores determinantes para compreender a judicialização da saúde no Brasil e essa aparente contradição: a atuação da Corte enquanto “parte do problema” e “gestora” da judicialização que ajuda a criar (VASCONSELOS, 2020).

Vasconcelos (2020) apresenta dados interessantes para sustentar o paradoxo que indica e pode orientar estudos futuros que envolvam, por exemplo, discussões sobre desenhos e diálogos institucionais. Para este estudo, interessa, por outro lado, os indícios de que a atuação do STF parece ter sido determinante para os rumos que seguem a judicialização da saúde no país, sendo essa postura contraditória e questionável.

Como visto na seção anterior, a interpretação do STF sobre o direito constitucionalmente estabelecido tem concebido a saúde e acesso aos serviços de saúde no caso brasileiro, enquanto direitos *absolutos e quase que imediatamente realizáveis*. A essa mesma conclusão, comparando as experiências brasileira e sul-africana, chegou Rosevear (2018) ao mencionar que a abordagem do STF no caso do direito à saúde:

[...] trata os direitos sociais como garantias (quase) imediatamente realizáveis, devidas pelo Estado a indivíduos específicos, cujo não cumprimento é sanado por litígios individuais, resultando em decisões *inter partes* que exigem que o Estado financie e / ou forneça medicamentos específicos ou serviços médicos. (ROSEVEAR, 2018, p. 153).

A experiência estrangeira demonstrou que a postura adotada pelo judiciário é capaz de gerar impactos significativos nos cenários do país. Diante disso, esse ponto do trabalho tem por objetivo mapear alguns dos possíveis e principais impactos da atuação judicial do STF com base em outros estudos já realizados. Busca-se averiguar as possíveis influências da Corte no cenário brasileiro com relação à demanda de medicamentos sem registro perante a ANVISA.

Quando se fala nos impactos resultantes de ordens judiciais para conceder determinados serviços ou produtos de saúde – como é o caso dos medicamentos – a uma série deles que podem ser considerados. Maestad, Rakner e Ferraz (2011) apontam, dentre estes, os impactos diretos e indiretos, impacto real, impacto estrutural, impacto na política de saúde, impacto no acesso geral e de distribuição de serviços e, principalmente, nos impactos orçamentários que as decisões judiciais podem causar.

Com relação à repercussão das demandas de saúde no Brasil, o primeiro ponto notável é que existe um grande (e crescente) número de ações desta natureza. Nesse sentido, um dado apresentado pelo autor chama especial atenção. Dentre os países analisados neste trabalho, o que possui maior taxa de sucesso em demandas individuais é

o Brasil e quase 100% destes casos são em concessões perante o STF (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 384). Além disso, no caso brasileiro, o fator de sucesso das demandas individuais também parece estar atrelado ao mesmo fator citado no capítulo anterior – quem está à frente do patrocínio da causa.

Sobre o impacto estrutural das decisões judiciais enquanto meios de mudanças políticas e legislativas, os autores verificaram a atuação do STF exerceu uma mudança expressiva no caso de medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS, por exemplo (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 287). Essa também foi a conclusão a que chegou Rosevear (2018). Em estudo comparativo que o autor constatou que no Brasil, especificamente com relação ao caso dos medicamentos antirretrovirais:

A decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul pode ter efetuado uma mudança estrutural significativa, mas o contencioso individualizado sustentado do contexto brasileiro parece, pelo menos em sua face, ter se mostrado mais bem-sucedido em abordar a questão mais ampla da saúde pública. (ROSEVEAR, 2018, p. 192).

Segundo o autor, os fatores principais que contrastam a atuação do STF e da CCSA são: o volume de demandas decidido por cada uma das Cortes; os desenhos institucionais e a cultura jurídica. De modo geral, nos três países, ainda que diferentes, as posições adotadas pelo judiciário contribuíram para o melhor acesso aos medicamentos para HIV/AIDS, para prolongar a vida e reduzir a morbidade. Mas, ressaltam os autores que tratamentos mais caros contra o câncer, por exemplo, concedidos através de litígios, prolongam a vida por não mais que semanas. De se destacar nesse sentido que o litígio em busca de medicamentos que surgiu grande parte em torno da questão do acesso a medicamentos para HIV/AIDS, expandiu-se para uma gama de tratamentos para outras doenças, como, por exemplo, o câncer. (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 286; 384).

Dentre os possíveis impactos da atuação do Poder Judiciário brasileiro nos cenários do país, o que mais se destaca ainda é o orçamentário (WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014; FERRAZ, 2019; MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011). Alguns estudos já concluíram que as decisões podem, a longo prazo, influenciar o orçamento nacional de saúde (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011; WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014; INSPER, 2019). Em diferentes abordagens, estudos apontam os impactos orçamentários em todos os níveis da federação.

Nessa toada, de acordo com Maestad, Rakner e Ferraz (2011 p. 290) e Wang, Vasconcelos, Oliveira e Terrazas (2014), o maior impacto no caso do Brasil, assim como

ocorre na Colômbia, é sentido pelos municípios Isso ocorre porque “os efeitos são mais acentuados nos sistemas de saúde com estruturas e financiamento altamente descentralizados, devido à menor flexibilidade na alocação de recursos” (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 291-292).

De acordo com Norghein e Gloppen (2011, p. 304-332), assim como ocorre na Colômbia, a maior parte dos medicamentos fornecidos no Brasil por meio de litígios parecem ter baixo e as vezes extremamente baixo custo-benefício, ressalvados alguns casos e isso parece impactar no acesso global de saúde. A curto e médio prazo o litígio é financiado pela realocação de recursos, dado o curto prazo para cumprimento das decisões – autoridades não tem tempo para aguardar recursos (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 293). Mas, segundo os autores, o que parece preocupar são os impactos dos litígios na distribuição dos serviços de saúde a longo prazo. (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011). Estudos anteriores chegaram a ilustraram a dimensão destes custos e seu crescimento exponencial ao longo dos anos.

É curioso que já em 2009 apontam que os medicamentos importados concedidos pela justiça e não originalmente incluídos na lista de medicamentos representaram 78,4% dos custos de todos os litígios de direito à saúde contra o governo federal (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011). Wang, Vasconcelos, Oliveira e Terrazas (2014, p. 1193) aponta que no estado de São Paulo houve um aumento de 1.722,65% em cinco anos no gasto do Ministério da Saúde com medicamentos cuja provisão foi determinada por ordem judicial. O INSPER (2019) indicou que os gastos com a judicialização podem impactar a política de compra de medicamentos no país.

Segundo o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016. Tal montante, ainda que pequeno, frente ao orçamento público para a saúde, representa parte substancial do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judiciais. (INSPER, 2019).

Especialmente com relação ao ano base 2016, Ferraz (2019, p. 6), elencou que o custo estimado do gasto público com concessões provenientes de demandas de saúde, em todo o país, foi de sete bilhões de reais. O que chama maior atenção é que uma parcela bastante relevante deste montante, em proporção 15,71% do gasto com judicialização em todo o país, foi gasta apenas *em nível federal* com a demanda de dez tipos de medicamentos: Laronidase; Lomitapida; Metrelptina; Atalureno; Alfacalsidase; Idursulfase; Eloisulfase Alfa; Gasulfase; Eculizumabe. De acordo com Xavier (2018, p. 56) “o fornecimento direto pela União dos dez medicamentos listados acima representou

quase 91% (noventa e um por cento) dos gastos com aquisições diretas de medicamentos, insumos e produtos no ano de 2016 (comparação entre o gráfico I e a tabela I)”. Seguem abaixo o gráfico e a tabela mencionados pelos autores.

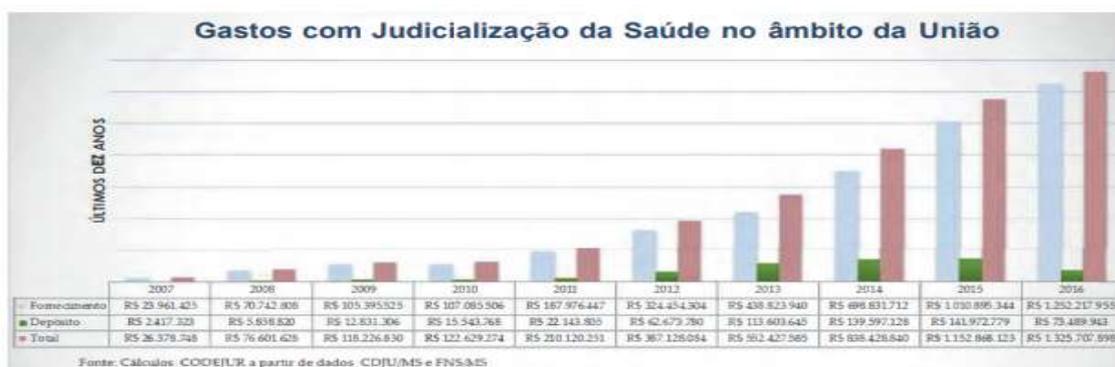


Figura 4: Gastos com a judicialização da saúde no âmbito da União.

Fonte: XAVIER, 2018, p. 55.

Nome dos medicamentos de alto custo	Valores gastos R\$	Número de pacientes atendidos	Incorporado
1) Eculizumabe, 10 mg/ml, Solução Injetável	624.621.563,43	364	não
2) Galsulfase, 1 mg/ml, Concentrado para Perfusão Injetável	127.092.026,10	157	não
3) Elosulfase Alfa, 1 mg/ml, Solução Injetável	93.597.472,29	73	não
4) Idursulfase, 2 mg/ml, Solução p/ Infusão Venosa	72.676.821,24	126	não
5) Alfagalsidase, 1 mg/ml, Solução p/ Infusão	70.480.535,48	41	não
6) Atalurenó, 250 mg, Granulado para Suspensão Oral	48.455.943,89	25	não
7) Betagalsidase, 35 mg, Pó Liófilo p/ Injetável	32.851.015,39	122	não
8) Metreleptina, 11,3mg	27.918.719,66	19	não
9) Lomitapida, 10 mg	20.839.997,50	47	não
10) Laronidase 0,58mg/ml	19.985.240,90	21	não
TOTAL GASTO: R\$ 1.138.519.335,90		Total de pacientes: 995	

Fonte: Cálculos CODEJUR a partir de dados CDJU/MS.

Figura 5: Dez medicamentos judicializados com maior impacto financeiro (ano-base 2016).

Fonte: XAVIER, 2018, p. 56.

Esses dados, por si só, se revelam preocupantes. Essa preocupação se torna ainda maior quando eles são contrastados com os relatórios da CONITEC e as informações disponibilizadas pela ANVISA. Esta, como visto, trata-se de órgão fiscalizador e regulatório. À CONITEC, por sua vez, compete a decisão sobre a implementação de medicamentos e novas tecnologias no SUS. No contexto que envolveu a criação da CONITEC há alguns pontos que se sobressaem.

Através da avaliação das informações disponíveis, foi possível constatar que dos dez medicamentos mais judicializados em 2016, *apenas dois* deles atualmente não possuem registro perante o órgão regulatório: Lomitapida⁷² (CONITEC, 2020) e

⁷² Tem sido noticiado na mídia nacional existência de fraudes na concessão judicial deste medicamento. Não se teve maiores informações a respeito e tampouco é possível afirmar tal ocorrência.

Metrelptina (CONITEC, 2020). Estes também não são os medicamentos que ocuparam a maior parte parcela do orçamento dispensado para tanto.

Dos dez medicamentos, apenas um deles obteve registro posterior a 2016 perante a ANVISA: o Atalureno, registrado em 2019 (ANVISA, 2019). Os demais, destacando-se especialmente, em ordem crescente, os três medicamentos responsáveis pela maior fatia de gastos, foram registrados entre os anos de 2005 e 2008: Eloisulfase (2013); Gasulfase (2008); Eculizumabe (2015) (CONITEC, 2005; CONITEC, 2006; CONITEC, 2008; CONITEC, 2013; CONITEC, 2015).

Ainda foi possível verificar que três dos dez medicamentos não possuem avaliação pela CONITEC, não tendo sido analisados os eventuais custos para a sua implementação no SUS. E, do mesmo modo, não foram objeto de avaliação sobre possível incorporação ou não às listas de medicamentos custeados pelo sistema. É o caso da Lomitapida, Metrelptina e Atalureno.

Também constatou-se que dos sete medicamentos com avaliação pela CONITEC, *nenhum deles* teve uma recomendação de implementação pelo SUS definitivamente favorável de acordo com o órgão. Laronidase e Idursulfase tiveram uma *recomendação preliminarmente* favorável; Alfacalsidase teve a sua recomendação inicialmente desfavorável. E, novamente, os medicamentos com maior dispensação orçamentária em razão da judicialização (Eloisulfase, Gasulfase e Eculizumabe) possuem parecer da CONITEC *desfavorável por unanimidade* para implementação no SUS, conforme sintetizado na tabela abaixo:

MEDICAMENTO	REGISTRO NA ANVISA	ANO DE REGISTRO	POSSUI AVALIAÇÃO PELA CONITEC	CUSTO ESTIMADO COM A IMPLEMENTAÇÃO NO SUS	RECOMENDAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO NO SUS PELA CONITEC
LARONIDASE	Sim	2005	Sim	Estimativa de impacto orçamentário considerando uma média de 20 kg por paciente (18/19) - Total R\$ 111.127.462,68.	Favorável Preliminarmente
LOMITAPIDA	Não	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
METRELPTINA	Não	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
ATALURENO	Sim	2019	Não	Não se aplica	Não se aplica
ALFAGALSIDASE	Sim	2006	Sim	A avaliação considerou a projeção de três cenários. 1) Variação entre R\$ 252 a R\$ 315 milhões para o primeiro ano e de R\$ 1,3 a 1,6 bilhões após cinco anos de incorporação simultânea; 2) Variação entre R\$ 429 a R\$ 537 milhões no primeiro ano e de R\$ 2,2 a 2,8 bilhões para cinco anos de incorporação simultânea; 3) Variação entre R\$ 354 a R\$ 427 milhões no primeiro ano e entre R\$ 1,8 a R\$ 2,2 bilhões após cinco anos de incorporação simultânea.	Inicialmente desfavorável
IDURSULFASE	Sim	2005	Sim	Avaliação de custo estimado para o tratamento de 68 pacientes por quatro anos de R\$ 86.985.457.	Favorável Preliminarmente
ELOISULFASE ALFA	Sim	2013	Sim	Impacto orçamentário para 2019-2023 (R\$) 156.489.434; 171.117.135; 184.871.536; 198.496.831; 211.594.245.	Desfavorável por unanimidade
GASULFASE	Sim	2008	Sim	Impacto orçamentário estimado em 120 a 250 milhões de reais por ano entre os anos de 2019-2023.	Desfavorável por unanimidade
ECULIZUMABE	Sim	2015	Sim	A avaliação considerou a projeção de três cenários. Estimou-se que o impacto orçamentário decorrente da incorporação do eculizumabe para SHUA pode variar de 3.185.292.280,56 (599 pacientes) a 728.402.942,29 (364 pacientes) na população adulta e de 2.490.978.820,07 (899 pacientes) a 569.939.901,84 (546 pacientes) na população pediátrica.	Desfavorável por unanimidade

Figura 6: Tabela de análise administrativa pela CONITEC para incorporação de novos medicamentos no SUS.

Fonte: Elaboração própria com base nos Relatórios da CONITEC.

Os critérios considerados pela CONITEC nos pareceres desfavoráveis por unanimidade levam em consideração fatores como “altos custos, razões de custo-utilidade e custo-efetividade” (CONITEC, 2018). De se observar ainda que segundo o CONITEC (2020), embora os medicamentos Lomitapida e Metrelptina não possuam registro na ANVISA, o SUS oferece “alternativas terapêuticas”, mediante a disponibilização de outros medicamentos com eficácia comprovada para o tratamento das doenças que eventualmente se destinariam a combater.

Essas informações levam à duas constatações importantes: 1) os medicamentos que mais impactaram no orçamento a nível federal no ano de 2016 – sem considerar os níveis estadual e municipal, sendo neste caso, onde se concentrariam os maiores impactos, conforme indicam os trabalhos já mencionados – possuíam registro perante a ANVISA; 2) Mesmo registrados, o órgão administrativo responsável por tal decisão, nos termos da competência legislativa que lhe foi estabelecida, não considerou viável a sua implementação nas listas do SUS, o que se demonstra prejudicial porque a função da CONITEC é justamente analisar a incorporação ou alteração de tecnologias, garantindo que o SUS ofereça o melhor tratamento (XAVIER, 2018, p. 57).

O SUS observa critérios objetivos para a disponibilização de novas tecnologias à população. Isso porque, além de ser uma exigência constitucional o emprego racional dos recursos públicos, o Estado é responsável pela segurança e qualidade dos serviços prestados e, concomitantemente, está obrigado a evitar o risco de doença e outros agravos. A obrigação às prestações de saúde atribuída ao Estado coexiste com o dever, desse mesmo Estado, de abster-se daquelas prestações que possam revelar-se danosas à população. (XAVIER, 2018, p. 56).

Quando a judicialização avança nestes termos, o judiciário desconsidera a função administrativa do órgão, que detém competência legislativa para a análise e determina de forma abrupta (e inconsequente) a concessão para determinados(as) pacientes de forma individual. Não há, por parte do STF nas decisões analisadas, por exemplo, uma determinação de revisão da política pública ou sequer consta nas decisões a menção – não sendo possível avaliar se houve solicitação – de uma nova avaliação por parte da CONITEC.

Biehl e Petryna (2016, p. 180), sustentam que “[...] os estados brasileiros veem o número de ações judiciais bem-sucedidas nos tribunais, chegando a dezenas de milhares, um processo que tem redefinido as funções e responsabilidades do Estado, alterando as práticas administrativas e excedendo os orçamentos da saúde”.

Para além dos estados, o panorama revelado por este estudo demonstra que o STF também parece estar a margem do cerne da problemática. Isso porque a recente e última decisão da Corte, analisada na seção anterior, demonstra que mesmo diante de todos esses dados à disposição, os únicos “critérios de limitação” impostos pela Corte com relação a demanda de medicamentos foram: 1) não ser medicamento experimental; 2) possuir registro na ANVISA ou, no mínimo solicitação, em caso de mora razoável. Todavia, como demonstrado, a maior parte dos medicamentos mais judicializados em 2016 possuíam o registro perante a Agência regulatória. De modo que uma eventual estratégia de contenção por parte da Corte com base nesse critério específico, já não se aplica.

Pelo exposto, nota-se que muito provavelmente a postura do STF tem sido significativa para conduzir os litígios de saúde no país. Além disso, o posicionamento da Corte no momento decisório – que a parte do jogo que lhe compete - parece ignorar os impactos orçamentários que decorrem de sua atuação. Pelas decisões analisadas percebe-se que ao longo dos anos a Corte manteve a mesma interpretação do direito à saúde. Além disso, parece simplesmente ignorar o interesse coletivo ou não considera-lo como critério de avaliação – pelo menos da forma como deveria – nas suas decisões.

No que diz respeito a indagação se a postura do STF foi capaz de contribuir com a efetivação do direito à saúde no cenário brasileiro só é possível afirmar que a postura da Corte foi positiva no que diz respeito ao caso do HIV/AIDS (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011; ROSEVEAR, 2018). E, portanto, contributiva para este caso específico. Não obstante, no enredamento que seguiu a reboque com as demandas relativas a antirretrovirais, parece que a atuação da Corte, por outro lado, tem o “potencial de aumentar as desigualdades na prestação de serviços de saúde” (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 176).

Poderia se argumentar que a postura litigiosa foi significativa para a criação de políticas no país porque, como visto, apesar da judicialização não ser um fenômeno novo, é em 2009 que a atenção começa a se voltar para ela. Em 2011, por exemplo, na tentativa de conter as massivas ações perante o judiciário, foram criadas legislações a fim de se estabelecer o escopo e abrangência do direito à saúde. Além disso, outras medidas foram adotadas visando contenção dos impactos da judicialização, tais como: a criação da CONITEC; do E-NATJUS (criado pela Resolução 238/2016), um sistema de núcleos de apoio ao Poder Judiciário, com o intuito de fornecer subsídios técnicos para aprimorar o conhecimento dos magistrados na solução de demandas e conferir maior celeridade às

ações judiciais (CNJ, 2019). E, além disso, em 2010 houve uma atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME (BRASIL, 2010).

Todavia, essa mudança política é interpretada aqui como um “subproduto do litígio” (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011p. 286-287). Assim, ainda que seja possível se argumentar que a atuação do Poder Judiciário pode ter contribuído para um “impacto estrutural”⁷³ na política de saúde do país, medir os impactos políticos não implica em constatar mudanças reais. Isso depende dos impactos os orçamentos de saúde e onde vem os recursos para financiamento (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 287).

Os Tribunais estão assumindo um papel cada vez mais importante nas decisões sobre até que ponto os interesses aparentemente inegociáveis incorporados nas constituições devem ser considerados e protegidos na formulação das políticas públicas (GAURI; BRINKS, 2008). A revisão judicial pode servir para entrincheirar ou polarizar ainda mais os conflitos existentes, ameaçando tanto a legitimidade do tribunal e estabilidade do acordo constitucional mais amplo. Com as constatações deste capítulo é possível avançar. Adequado se mostra ultrapassar as barreiras nacionais a fim de verificar se as experiências estrangeiras tem algo a contribuir para o cenário nacional. É o que se pretende avaliar no próximo capítulo.

4 COMO AS EXPERIÊNCIAS DA COLÔMBIA E DA ÁFRICA DO SUL PODEM CONTRIBUIR COM O BRASIL?

Considerando essas diferenças, bem como todos os aspectos que distinguem os países objeto de análise – mencionados ao longo dos capítulos anteriores –, ocupa o cerne da dissertação a seguinte questão: no que se refere às demandas de medicamentos sem registro na ANVISA, como as experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil?

A hipótese levantada foi que se as experiências dos países estrangeiros são diferentes diante da postura dos Tribunais com relação ao direito à saúde, então, a variação de busca pelo judiciário para solução de demandas pode estar relacionada com o posicionamento adotado das Cortes. E, se for assim, o efetivo posicionamento do STF também pode estar influenciando no caso brasileiro. O caminho que se percorreu até aqui

⁷³ O impacto estrutural é avaliado por mudanças legislativas e mudanças na política de saúde (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 286-289). De acordo com os autores, o Brasil adere a um padrão onde os Tribunais têm instruído diretamente os governos a alterar suas políticas. Isso aconteceu, por exemplo, no caso de medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS no Brasil (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 287).

aponta para a confirmação da hipótese. Diante disso, o capítulo busca fazer uma interlocução entre as jurisculturas a fim de demonstrar como experiências da Colômbia e da África do Sul podem contribuir com o Brasil. Para tanto, considera-se os resultados que resultaram das análises realizadas anteriormente.

Os direitos fundamentais em geral e, particularmente os direitos sociais ou socioeconômicos, tem ocupado papel de destaque no cenário de discussão global, uma posição nunca antes alcançada no contexto da história constitucional brasileira. Sobre o teor da CF/88, como foi possível perceber no capítulo anterior, não são poucas as controvérsias. O debate se torna ainda mais profundo e complexo quando lhe é lançado um olhar comparatista, analisando a ordem constitucional brasileira com relação a outras ordens constitucionais (SARLET, 2009).

Apesar de não ser um fenômeno recente na academia jurídica brasileira e não ser também um costume nacional, há uma tendência mundial de crescente mobilização e valorização por estudos comparativos, especialmente com relação aos direitos socioeconômicos. A apresentação das experiências de outros países (repita-se, respeitadas suas particularidades), contribui para o debate e possibilita um diagnóstico a partir do qual é razoável pensar possíveis soluções para as problemáticas enfrentadas em âmbito nacional e, além disso, insere a pesquisa em um âmbito internacional de discussão.

As experiências do Brasil, Colômbia e África do Sul, parecem adequadas para comparação. Os três países, como visto, se identificam por históricos autoritários, de acentuada discriminação e desigualdade socioeconômica. De modo que a experiência de exploração e desigualdade social e os seus resultados possam ser consideradas similares.

Os níveis que envolvem as heranças histórias de desigualdade parecem mais enraizados (ou pelo menos mais visíveis) e com maiores dificuldades de superação nos dois últimos casos. A extrema e brutal violência do caso da Colômbia e o *Apartheid* na África do Sul, semelham ter sido extremamente significativos nos cenários dos países ao longo dos anos (COOVADIA; JEWKES; BARRON; SANDERS; MCINTYRE, 2009; GIOVANELLA; ALMEIDA; ROMERO; OLIVEIRA; SILVA, 2015; BARBOSA FILHO, 2016; SOUZA; ARAÚJO, 2020).

Some-se a marginalização das parcelas menos abastadas e todas as deficiências na concessão de moradia, saneamento básico, água tratada, violência, e tenha como resultado – dentre outros – doenças transmissíveis ou não e infecções parasitárias e endêmicas, que colocam em cheque a saúde. Essa conjuntura faz com sejam enormes os desafios em matéria de saúde nos países. Principalmente porque grandes parcelas da

população são severamente desfavorecidas em termos de saúde e de acesso aos serviços de saúde. Nesse contexto, os pobres são os que dependem dos sistemas integralmente públicos, subfinanciados ou subsidiados no caso dos sistemas com menor cobertura de serviços.

A análise comparatista envolveu, sobretudo, avaliação constitucional e jurisprudencial. Não se ignora que a forma pela qual as decisões repercutiram nos cenários dos países foi de acordo com contextos próprios, sistemas jurídicos e de saúde, próprios. O que afeta, obviamente, custos e benefícios. Cada uma das jurisculturas possui as suas particularidades.

Mesmo diante dos aspectos e contextos diferenciadores (que também se traduzem na estrutura constitucional), apresentados de forma coadjuvante no estudo, nota-se que a política constitucional de saúde dos países, de uma forma geral, pauta-se pela universalidade⁷⁴ e integralidade. Entretanto, pelo exposto no capítulo próprio destinado à avaliação de cada um dos países, verificou-se que nenhum deles parece ter alcançado de forma plena tais objetivos.

A semelhança na articulação formal do direito à saúde nos três documentos constitucionais, enquanto um direito da população e dever do Estado, decorre, em primeiro lugar, das influências que sofreram a promulgação das suas constituições vigentes, entre os séculos XX e XXI. Além disso, todos os países são signatários da DUDH (1948) e do PIDESC (1966)⁷⁵, documentos internacionais em matéria de saúde que foram aqui analisados⁷⁶.

Esses documentos, conforme exposto, tem como foco a dignidade humana e sua previsão engloba a proteção à vida e a garantia ao direito à saúde (artigos 3º e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e artigos 11, §1º e 12, §1º do PIDESC. Além disso, impõem aos atores estatais a adoção de ações positivas, necessárias para assegurar o pleno exercício destes direitos (PIDESC). A DUDH tem como previsão expressiva a

⁷⁴ Essa afirmação é realizada sem se ignorar a substancial variação religiosa, econômica, social e política, que envolve os três países.

⁷⁵ Brasil e Colômbia são países signatários do Pacto desde sua entrada em vigor (1976) e promoveram sua ratificação. A África do Sul, por sua vez, se tornou um país signatário do Pacto apenas em 3 de outubro de 1994, tendo-o ratificado em 12 de janeiro de 2015. No caso sul-africano há coincidência entre o ano em que se tornou signatário e o período do início do regime democrático no país, colocou fim ao regime separatista do *apartheid*.

⁷⁶ A opção pela exclusiva análise destes dois documentos internacionais não desconsidera outras importantes Convenções e Tratados que poderiam ser mencionados. Assim, a análise exclusiva trata-se apenas, de uma opção neste estudo.

adoção de “medidas progressivas” a fim de se assegurar a observância universal de tais direitos. (DUDH)

Além disso, os três países são democracias recentes, cuja preferência de regime se deu em oposição ao autoritarismo (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019; RAMIREZ, 2013; COOVADIA; JEWKS; BARRON; SANDERS; MCINTYRE, 2009). As necessidades de revitalização dos regimes políticos até então adotados e reestruturação do sistema jurídico-constitucional, no objetivo principal de fazer as pazes com o passado e recobrar a confiança da população, também parecem ter influenciado.

O período democrático no Brasil tem início com a promulgação da Constituição Federal de 1988; na Colômbia com a Constituição de 1991; e na África do Sul com a Constituição Provisória de 1994, posteriormente substituída pela Constituição definitiva de 1996. Suas Constituições, que passaram a existir alguns anos uma após a outra, foram consideradas constituições de “povos”. A elaboração das Constituições contou com reivindicações de direitos de diversos setores da sociedade, mas, especialmente, pretendiam trazer transformação simbólica e substantiva e promover democracias estáveis e inclusivas⁷⁷. Ao menos formalmente. (LIEBENBERG, 2009; LIEBENBERG, 2017; RAMIREZ, 2013; RAEFRAY, 2005; ROSEVAR, 2018).

Uma análise textual do preâmbulo das Constituições fornece indicativos destes aspectos. As Constituições do Brasil, Colômbia e África do Sul dispõem, respectivamente: “Nós, representantes do povo brasileiro [...]” (BRASIL, 1988); “O povo da Colômbia [...]” (COLÔMBIA, 1991); “Nós, o povo da África do Sul [...]” (ÁFRICA DO SUL, 2012). O texto preambular das três constituições remete ao desejo da superação de passado (não tão distante), em tom de reconciliação com a sociedade (ARANGO; RAMIREZ, 2013; NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019). No preâmbulo das duas últimas constituições isso parece bem claro, mas na constituição brasileira, se evidencia de forma mais sutil. Embora não mencione ou faça referência as atrocidades cometidas durante o Regime Militar, expressa como norte a busca de uma “harmonia social” (BRASIL, 1988).

A promulgação das Constituições foram fatos políticos que notadamente representaram simbolicamente o fim de um período obscuro de restrição de direitos e garantias, importante na transição democrática. Todavia, isso não implicou necessariamente um processo de ruptura com as ordens constitucionais anteriores

⁷⁷ Essa afirmação é realizada sem se ignorar a substancial variação religiosa, econômica, social e política, que envolve os três países.

(RAEFRAY, 2005), mas, sobretudo, de mudança, com a abertura do debate para setores da sociedade e diversas pautas (LIEBENBERG, 2017; RAMIREZ, 2013).

De acordo com Silva (2005, p. 548) os direitos socioeconômicos, considerados como segunda “geração” de direitos fundamentais, como é o caso da saúde, para além de ser resultado de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas “[...] surgem, sobretudo, por causa da pressão dos movimentos sociais (e socialistas), que sustentavam, em linhas gerais, que as liberdades públicas não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto” (SILVA, 2005, p. 548).

De outro modo, a adoção de novos modelos constitucionais também reflete uma readequação diante da ascensão do capitalismo. E, assim, uma conciliação com os termos de interesses neoliberais e do interesse de alguns setores específicos da sociedade, sobretudo, os setores privados (RAEFRAY, 2005; BERCOVICI, 2013)⁷⁸. No caso brasileiro e colombiano, seguindo a tendência de reforma neoliberal dos anos 1980 e 1990, identificada em toda a América do Sul (GIOVANELLA; ALMEIDA; ROMERO; OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 306).

Feitas essas considerações, passa-se à análise das experiências estrangeiras, para então, avaliar como estas podem contribuir com o Brasil. Como foi possível perceber, ainda que o texto constitucional dos três países indique pistas, não há em nenhuma das três Constituições uma definição clara sobre a abrangência do direito à saúde. Nesse sentido, a primeira constatação a ser feita é que a CCC e a CCSA, ao interpretarem o direito à saúde constitucionalmente estabelecido, consideram que este direito em menor ou maior medida é *passível de restrições*. A perspectiva de “restrições” da CCC é questionável, mas esse ponto será melhor trabalhado adiante. No caso brasileiro, por outro lado, nas três decisões do STF analisadas, a Corte considera o direito à saúde *absoluto* e, nas palavras de Rosevear (2019, p. 153) “(quase) imediatamente realizável”.

Brasil, Colômbia e África do Sul possuem algumas semelhanças, mas quando se analisa a ótica de atuação de suas Cortes com relação aos direitos socioeconômicos e, especialmente o direito à saúde, nota-se que a América-Latina e a África do Sul, ao longo dos anos, trilharam caminhos diferentes na prática de litigiosidade e “justiciabilidade” do direito à saúde (BRINKS; GAURI, 2008). Os dois primeiros países latino-americanos se

⁷⁸ Com relação à saúde, no caso brasileiro, por exemplo, a aprovação do primeiro anteprojeto da CF/88 foi controvérsia (RAEFRAY, 2005, p. 273) e o resultado das controvérsias culminou em um “acordo” entre setores público e privado (RAEFRAY, 2005, p. 274), que refletia a pressão exercida por esses setores que buscavam introduzir no texto normas que atendessem os seus interesses.

destacam pelo alto volume contencioso de demandas *individuais* em saúde e o último apresenta um cenário bastante diferente, com um número muito reduzido de ações judiciais, em sua maioria, ações coletivas (MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011). Isso faz com os três países tenham “experiências de justiciabilidade” diferentes (YOUNG; LEMAITRE, 2013).

No caso brasileiro, a crítica mais usual que se faz à justiciabilidade dos direitos sociais, já algum tempo, é que a sua justicibilidade “ultrapassa os limites institucionais democráticos e constitucionais” (MACHADO, 2012; VALLE, 2009; SOUZA NETO, 2010). Não obstante, mesmo diante de todas as críticas, ao longo dos anos, o STF “[...] se tornou um ator incontornável na formulação e execução de políticas públicas” (VASCONSELOS, 2020, p. 83).

Os precedentes do STF vêm afirmando a possibilidade de um amplo controle das políticas públicas, sobretudo na área da saúde, especialmente quando a omissão ou a deficiência no agir do Estado compromete a eficácia do direito fundamental discutido.

De acordo com Valle (2013, p. 396) a reiteração do comportamento judicial interventivo estendendo-se a políticas públicas nos mais diversos campos tem evidenciado fragilidades que podem se manifestar em detrimento do objetivo formalmente enunciado, que é aquele do empoderamento dos direitos sociais.

No campo onde o traçado das próprias políticas públicas em execução é ainda insuficientemente denso ou por vezes sequer existe, a margem de alternativas postas ao controle jurisdicional aumenta, já que ausente o critério de racionalidade formal emanado da lei. Essa a razão para advertir-se quanto aos riscos de regressão decorrentes do favorecimento ao controle judicial de políticas públicas, ao menos no modelo substitutivo desenvolvido ordinariamente na crônica da jurisprudência nacional (VALLE, 2013, p. 396).

Há que defenda que no modelo de estado social brasileiro inserido pela CF/88, a alegada violação do preceito democrático não seria suficiente para deslegitimar a atuação do judiciário com relação às garantias fundamentais sociais (COSTA, 2015, p. 62), na perspectiva de que “[...] a alocação dos direitos sociais como direitos fundamentais expressos na Constituição, e seu conteúdo substancial, é resultado de uma *decisão do constituinte*” (COSTA, 2015, p. 64, grifo nosso). Todavia, da análise da tese desenvolvida Silva (2008, p. 593), concluiu-se que a busca pela vontade do legislador, ou seja, daquilo que o legislador pretendia proteger e o tratamento dos direitos sociais como se tivessem

a mesma estrutura dos chamados direitos individuais, não conduzem a interpretação mais adequada da CF/88.

Para explicar isso melhor, é preciso retomar a uma das perguntas realizadas na seção 3.1 e que não foi totalmente resolvida. Mencionou-se que o texto constitucional brasileiro não determina a abrangência do direito à saúde e, portanto, essa definição ficaria a cargo do intérprete. Essa afirmação poderia indicar, à primeira vista, que *qualquer* tipo de interpretação é capaz de ser aceita. Todavia, este não é o caso. Pensando nisso, é que serão adiante analisados os posicionamentos dos autores citados no primeiro capítulo, buscando estabelecer qual deles é o que melhor apresenta uma definição da abrangência do direito à saúde na CF/88 e se essa definição está em consonância com a postura adotada pelo STF.

No primeiro capítulo citou-se diversos autores que consideram o direito à saúde passível de limitações (RAEFRAY, 2005; SARLET; FIGUEIREDO, 2013). Apesar disso, suas definições de qual seriam esses “limites” ou da definição de abrangência deste direito não é clara. Para Raeffray (2005, p. 301) a visão nacional de saúde é reducionista, pois voltada para aquela noção meramente curativa de atenção médica e hospitalar, o que remonta ao antigo modelo do Seguro Social. De acordo com a autora, o SUS teria uma viabilização mais célere e efetiva se fosse corretamente dimensionada a garantia de saúde com o direcionamento para as chamadas “medidas de atenção primária” relativas às políticas de saneamento básico nas cidades, controle ambiental e educação para a saúde, além de outras medidas de sustentabilidade social. Essas medidas de prevenção e voltadas para a saúde coletivamente considerada contribuiriam para “desafogar” o SUS.

Nesse sentido, sustenta que a saúde não deve ser individualmente considerada. Porque não existiria “[...] um quinhão de saúde para cada indivíduo, [mas] o uso coletivo de um sistema que é construído e se desenvolve com o esforço de todos, dentro do conceito de comunidade” (RAEFRAY, 2005, p. 302). Essa interpretação, todavia, não é capaz de definir a abrangência constitucional do direito à saúde.

Em primeiro lugar porque ao se desviar da noção individual do direito à saúde, a autora acaba por desconsiderar este aspecto que é constitucionalmente estabelecido, diante da sua fundamentalidade e centralidade na proteção da pessoa. Em segundo lugar, apesar de Raeffray apresentar importantes contribuições com relação à necessidade de ampliação da noção de saúde e o fortalecimento de políticas de saneamento básico nas cidades, controle ambiental e educação para a saúde, a autora sequer indica indícios de

como isso seria implementado. Possivelmente porque essa tarefa, analisada apenas sob a ótica da saúde, seja muito difícil (para não dizer utópica) no Brasil.

A proposta de solução apresentada por Raefray demandaria um complexo de ações coordenadas, que dependem da atuação do Estado. Esta é indispensável “[...] para promover as modificações estruturais necessárias para a superação do desenvolvimento” (BERCOVICI, 2013, ano), já que a “[...] falta de integração social, econômica e política continua exigindo uma decisiva atuação do Estado” (BERCOVICI, 2013, p. 301). Isso tudo se torna ainda mais complicado em um país que ainda tem muitos problemas a resolver. A exemplo, discriminações racial, geográfica e de gênero que repercutem em tantos outros indicadores.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, nos anos de 2018 e 2019 a extrema pobreza no Brasil se manteve em 6,5% da população, afetando *mais da metade dos nordestinos e 39,8% das mulheres pretas ou pardas* (IBGE, 2019, grifo nosso)⁷⁹. Questiona-se, inicialmente, como o fortalecimento de políticas *exclusivamente* em saúde poderiam resolver este problema? O ponto a que se quer chegar é que sustentar um posicionamento como o de Raefray é julgar uma resposta relativamente “simples” ou “generalizada” que envolve uma série de fatores e atores para um problema extremamente complexo.⁸⁰

Figueiredo (2010, p. 224) vai um pouco além ao sustentar que a tutela do direito à saúde é um direito *individual e coletivo*, mas cuja proteção “[...] não se circunscreve às pessoas em si mesmas, mas abrangem a comunidade em que vivem, isto é, a sociedade em seu conjunto”. A autora aponta a necessidade de políticas coletivas voltadas para a proteção da população como um todo e mesmo das *futuras gerações*. Essas ideias de “sustentabilidade” e de tutela das “futuras gerações” do direito ambiental. (FIGUEIREDO, 2010, p. 224).

⁷⁹ Os dados do IBGE também chamam a atenção a um outro ponto. Se, pela conjunção de fatores socioeconômicos, tanto no Brasil quanto Colômbia e África do Sul é aceitável que a população pobre é a que mais prejudicada em termos de saúde e de acesso aos serviços de saúde, como se explica, em nível nacional que a maior parcela dos litígios não se concentra nas regiões com o maior índice de pobreza e desigualdade social? Mesmo que não se possa afirmar uma “judicialização das elites” no Brasil – segundo mencionado no capítulo anterior –, pesquisas (FERRAZ, 2019; INSPER, 2019) revelam que a judicialização no Brasil é muito menor, em níveis de litigância per capita nas regiões norte e nordeste. De acordo com Ferraz (2019, p. 6) “[...] apesar de se espalhar por todas as regiões do país, a judicialização concentra-se em alguns estados, municípios e até mesmo bairros. É nos estados da região Sul e Sudeste que os níveis de litigância per capita são mais expressivos”. Nitidamente essas informações contrastam com os indicadores anteriormente mencionados. Esse é um ponto que não se pretende explorar, mas é relevante de ser ressaltado.

Ainda que esse discurso siga em consonância com as articulações que são desenvolvidas a nível internacional por meio da OMS, assim como Raeffray, a autora não vai além. E, por isso, não define, afinal, a abrangência do direito à saúde na CF/88. As conclusões dos estudos desenvolvidos por Sarlet (2008; 2013) e Sarmento (2009) são no mesmo sentido.

Em matéria de saúde, há uma certa ambiguidade na produção acadêmica até então citada quando se fala em estabelecer a abrangência deste direito. Há praticamente um consenso entre os autores citados de que o texto constitucional não oferece essa resposta, afirma-se que a promoção e proteção da saúde deve ser em seu mais alto grau. Por outro lado, admite-se que existem limitações.

Com base essencialmente no texto constitucional, a universalidade do SUS ainda está relacionada à “integralidade” no atendimento. A CF/88 não estabelece eventuais “limites” para as prestações de saúde e, portanto, não estabelece o seu grau de proteção. Assim, Sarlet e Figueiredo (2013, p. 123), sustentam que a garantia constitucional compreende a *maior amplitude possível*, mas isso não afasta a existência de certos limites, especialmente técnicos (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 123). Quais são esses limites? Raeffray, Figueiredo, Sarlet e Sarmento não dão conta de estabelecê-los de forma clara. Essa é uma das dificuldades que se pretende enfrentar.

A produção acadêmica objeto de análise, desenvolvida por Raeffray, Sarlet, Figueiredo e Sarmento, também não dar conta de definir, objetivamente, qual seria a abrangência do direito à saúde na CF/88. A análise do direito à saúde com base na produção desenvolvida pelos autores fez com se concluísse, em um primeiro momento, que o direito à saúde é protegido em seu “grau máximo” (RAEFFRAY, 2005; SARLET, 2009; SARMENTO, 2009) e percebida tanto como um direito *individual* e quanto *coletivo* na ordem constitucional brasileira. Há um consenso entre os autores, de que o direito à saúde, sobretudo diante da universalidade conferida pelo texto constitucional, deve ser tanto *individual* quanto *coletivamente* considerado, mas ainda assim, não se define, especificamente, a abrangência deste direito nos termos da CF/88.

A tese desenvolvida por Silva (2005), por outro lado, vai além. O autor considera que a *interpretação* é a solução para a definição de um conteúdo essencial de cada direito e, assim, determinar a sua abrangência. Entretanto, não se trata de *qualquer* interpretação, porém, notadamente, daquela que inclui no processo de ponderação e da aplicação da proporcionalidade, *interesses coletivos* não protegidos diretamente por direitos. Silva considera que o direito à saúde é um direito individual, mas contrariamente aos demais

autores analisados, o autor afirma que o que existe, de outra ponta, não é um direito coletivo e sim um *interesse coletivo*.

O autor compreende os direitos fundamentais e socioeconômico enquanto *direitos individuais* ao acatar o enfoque *subjetivo* dos direitos fundamentais (SILVA, 2010). Assim, julga que estes direitos devem garantidos em sua *máxima amplitude possível* (SILVA, 2010). Isso não significa, segundo o autor, que essa amplitude deixa de esbarrar em limitações fáticas e jurídicas. Este é o ponto que, segundo o autor, parece haver maior distorção na interpretação da norma constitucional por parte do STF.

Isso porque os direitos fundamentais e sociais *não são absolutos*. Estes direitos possuem um “conteúdo essencial”, sendo passíveis de *restrições*. Deste modo, sempre que há uma colisão entre regras e princípios, não há uma “colisão propriamente dita”, mas uma relação de *restrição* (SILVA, 2010, p. 52). A solução para colisão, em casos simples, quando suscita dúvidas sobre a constitucionalidade, não gera maiores problemas. Todavia, em casos complexos e problemáticos – como o da saúde – é que decorrem as maiores dificuldades (SILVA, 2010, p. 55-72).

A teoria desenvolvida pelo autor, frente à sua considerada relevância para este estudo, porque tese desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva é capaz de definir a abrangência do direito à saúde na ordem constitucional brasileira. Ao falar em “conteúdo essencial” de direitos fundamentais e sociais, não se pretende trabalhar a ideia isolada de “mínimo existencial”, por vezes, avaliada de forma rasa – inclusive pela jurisprudência do STF ao admitir “limites”, mas considera-los “secundários” (STF, 1997), por exemplo – mas toma-lo nos termos da interlocução realizada por Silva.

O autor desenvolveu a sua tese a partir da necessidade de definir um “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais em geral, mencionado nos estudos de Carlos Ari Sundfeld e Daniel Sarmento, como “conteúdo mínimo” ou “essencial” e do designado “mínimo existencial”, comumente referenciado na jurisprudência do STF (SILVA, 2010, p. 23), segundo ele, de forma equivocada e com incoerências técnicas.

Silva parte do pressuposto de que a análise do texto constitucional, por si só, não é suficiente para a definição do “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 25-28). Com relação ao direito à saúde também chegou-se a essa conclusão, variável que permite se utilizar da teoria de Silva, na tentativa de encontrar uma solução para a questão.

Da conclusão que os direitos fundamentais teriam um conteúdo essencial e, portanto, seriam passíveis de restrições (aparentemente simples), decorrem questões

extremamente complexas e que geram “problemas inter-relacionados”. São eles: “(a) a definição daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) a relação entre aquilo que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições. [...] (SILVA, 2006, p. 24).

A construção da tese de Silva, acata o enfoque subjetivo⁸¹ dos direitos fundamentais e considera que os direitos sociais devem ser garantidos em sua *máxima amplitude possível* (SILVA, 2010), mas não ignora que essa amplitude esbarra em limitações fáticas e jurídicas ao admitir, nesses casos, a aplicação da *teoria externa* de direitos fundamentais. A tese desenvolvida pelo autor vai além e coloca esse problema às claras ao tomar como ponto de partida a restringibilidade dos direitos fundamentais e sociais, para, a partir de então, apresentar uma possível solução.

De acordo com Silva (2010, p. 126) a aceitação de que existem colisões entre direitos e que restrições são necessárias em algumas situações é o resultado de um modelo que *amplia o âmbito de proteção dos direitos fundamentais* e, ao mesmo tempo, o conceito de intervenção estatal (SILVA, 2006, p. 35). Diante disso, após realizar a distinção entre princípios e regras, o autor aceita um *suporte fático amplo* dos direitos fundamentais.

Quando se pensa na colisão entre regras e princípios, não haveria uma “colisão propriamente dita”, mas uma relação de *restrição* (SILVA, 2010, p. 52). Em casos simples, quando suscita-se dúvidas sobre a constitucionalidade, isso não gera maiores problemas. Todavia, dos complexos e problemáticos, é que decorrem as maiores dificuldades.

Casos difíceis (problemáticos) aqueles em que a aplicação da regra por subsunção, em determinado caso concreto, levaria a situações consideradas incompatíveis com algum princípio constitucional decisivo para o caso concreto, sem que, no entanto, essa incompatibilidade seja algo verificável em abstrato e, portanto, sem que haja razões para considerar a regra inconstitucional (SILVA, 2010, p. 53).

A questão que envolve o direito à saúde, segundo mencionado, é justamente, um destes casos difíceis ou problemáticos. Alguns autores ao enfrentar essa questão limitam-se a afirmar que o direito à saúde deve ser tutelado na maior amplitude possível e a análise da jurisprudência do STF no capítulo anterior revela esse mesmo desfecho. Mas, afinal de contas, essa interpretação significa que o direito à saúde é isento de qualquer limitação?

⁸¹ Para realizar essa opção, Silva analisa as dicotomias existentes entre os enfoques subjetivo e objetivo e as teorias absoluta e relativa de direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 26).

A interpretação (mais coerente) da CF/88 sugere que essa resposta não é afirmativa. Como determinar, então, em que casos esses direitos podem sofrer restrições? Da análise da tese desenvolvida por Silva, a resposta depende da solução de outra questão: qual é o âmbito de proteção do direito à saúde? Ou, melhor, qual é o “conteúdo essencial” do direito à saúde?

De acordo com Silva (2010, p. 72) “[...] a definição do âmbito de proteção de determinado direito fundamental responde a pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito”. Pode parecer, a primeira vista, que essa seja uma tarefa simples, mas não é. Então, qual seria o problema? O problema é justamente definir, forma correta, o que é tutelado no âmbito fático. Com relação aos direitos sociais *prestacionais*, como é o caso do direito à saúde, recaem dificuldades ainda maiores em se definir o que faz parte do âmbito de proteção deste direito. Nesse sentido, uma pergunta se impõe: o que é protegido pelo direito à saúde?

Por ser o direito à saúde individual e haver um interesse coletivo, Silva sugere ser equivocada a análise desses direitos quando lhes é importado o “suporte fático” dos direitos de defesa⁸². Para o autor, “os problemas relacionados a direitos sociais são justamente a falta de realização destes direitos que decorre de uma omissão estatal ou de uma ação ineficiente” (SILVA, 2010, p. 77).

Diante disso, o conceito do que é protegido e de intervenção precisam ser alterados (SILVA, 2010, p. 77) para que se leve em consideração *ações*, já que no caso dos direitos prestacionais se está diante de *liberdades negativas*, onde a “intervenção” estatal é um *não agir ou um agir de forma insuficiente*.

O autor sustenta a ideia de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais. Alarga o âmbito de proteção destes direitos ao máximo e considera toda e qualquer regulamentação como potencial ou real restrição, impondo o *onus argumentativo ao responsável pela restrição*, o que não está presente em outros modelos. Para o autor, “[...] definir o conteúdo daquilo que é protegido por cada direito fundamental é definir seus limites” (SILVA, 2010, p. 86).

A pergunta é: como delimitar o âmbito de proteção? De acordo com Silva, cabe à interpretação constitucional definir o que faz parte da essência de cada direito

⁸²Que exigem uma abstenção estatal, uma não interferência do Estado para que possam ser livremente exercidos.

fundamental (SILVA, 2010, p. 77-83). No caso dos direitos sociais, a definição de um “conteúdo essencial”, depende da definição do *suporte fático* destes direitos.

[...] é somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no *conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu *exercício*, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie* (SILVA, 2006, p. 39).

A teoria externa pressupõe a distinção entre o direito *prima facie* e o *direito definitivo*. Nos termos defendidos por essa teoria “somente nos casos concretos, após o sopesamento, ou, se for o caso de aplicação da regra da proporcionalidade [restrição adequada, necessária e proporcional em sentido estrito], é possível definir o que definitivamente vale” (SILVA, 2006, p. 40). De modo que, para os adeptos dessa teoria, o conteúdo essencial de um direito é *variável de acordo com as situações concretas* (SILVA, 2006, p. 42). Silva, defende um modelo de restrição incompatível com as teorias tradicionais acerca da eficácia das normas constitucionais que sem a eleição de uma ou outra teoria, com base na teoria externa (SILVA, 2006, p. 46).

Com relação aos direitos sociais, tem-se situações em que o Estado, que deveria agir para realizar direitos, permanece inerte. Nesse caso, diante da ressalva já realizada no início deste tópico, importante compreender a relação entre “conteúdo essencial” e a ideia de “mínimo existencial”. A definição de “mínimo existencial”, por sua vez, deve considerar que diante de um suporte fático amplo destes direitos, reconhecido o seu viés subjetivo, ou seja, *considerando que estes direitos são individuais*, os direitos sociais devem ser realizados em sua maior amplitude, mas sem que sejam ignoradas as condições *fáticas e jurídicas*.

Assim, a ideia de “mínimo existencial”, portanto, somente faz sentido se considerada nestes termos. Silva chega a essa conclusão diante da contraposição de enfoques das teorias internas⁸³ e externa⁸⁴ (SILVA, 2006, p. 36) e analisa a principal forma de controle das restrições de direitos fundamentais: a proporcionalidade.

[...] O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como “mínimo existencial” e “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou, seja, mínimo existencial é

⁸³ De forma sintética, para a teoria interna a definição do conteúdo e extensão de um direito não estaria relacionada a outros fatores, mas intrinsecamente relacionada ao próprio direito. A teoria interna, não admite restrições aos direitos fundamentais, partindo de uma concepção absoluta destes direitos (SILVA, 2010, p. 130).

⁸⁴ A teoria externa, por sua vez, “[...] não somente aceita como também pressupõem – em quase todos os casos – a necessidade de restrição a direitos fundamentais” (silva, 2010, p. 131). Para essa teoria há o direito em si e suas restrições e essa diferença promove consequências práticas e teóricas significativas (SILVA, 2006, p. 38-39).

aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas de forma extremamente vaga, de reserva do possível (SILVA, 2010, p. 205).

Quanto ao direito à saúde, a realização deste direito social esbarra em uma série de fatores como, por exemplo, a evolução das tecnologias e, principalmente, a escassez de recursos. O segundo caso faz com que esse direito encontre-se no centro da “tensão entre interesses individuais e interesses coletivos” (SILVA, 2013, p. 735), que decorre tanto da universalidade do próprio direito, como de acesso ao SUS, conforme mencionado.

É justamente neste ponto que reside a conclusão do autor que afasta, inicialmente, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível (SILVA, 2006, p. 47). O autor sugere, deste modo, uma ampla abertura para restrições a direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 47).

Essa restringibilidade, ao contrário do que possa parecer, acompanhada de uma exigência de fundamentação constitucional – elemento que confere inovação à tese defendida pelo autor – para qualquer caso de restrição é responsável por elastecer a proteção destes direitos (SILVA, 2006, p. 48-49).

Dessa conclusão, ressalta Silva (2006, p. 50-51), a crença de que algumas normas têm eficácia limitada pode levar a duas posturas diferentes: com base em uma determinada concepção de separação de poderes, sugere-se que os juízes não têm possibilidade (e não podem) agir e devem esperar uma ação dos poderes políticos; por outro lado, argumenta-se que a tarefa do juiz é “[...] substituir os juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios” (SILVA, 2006, p. 51).

A tese desenvolvida pelo autor, todavia, reprovava essas convicções e sugere que a restringibilidade se dá por meio da *interpretação*. Que, por sua vez, como adverte o autor, deve ser racional. Mas não no sentido de excluir por completo qualquer objetividade na interpretação e na aplicação do direito (SILVA, 2010, p. 146-147), porque “exigir isso de qualquer teoria, é exigir algo impossível” (SILVA, 2010, p. 147).

O autor faz a ressalva de que, a decisão do juiz não é a única, nem a melhor, mas por razões de competência, aquela que vinculará aqueles ligados à decisão (SILVA, 2010). O que se pode exigir de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito como sopesamento, é a fixação de alguns *parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo*, ou

seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação. (SILVA, 2010, p. 148).

A tese do autor sustenta, assim, que a postura mais adequada parece ser aquela que se desenvolva “[...] a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade” (SILVA, 2006, p. 51). Não obstante, com relação às demandas de medicamentos, segundo sugere-se no capítulo anterior – especialmente na última parte –, a atuação do STF parece estar na contramão. A Corte ignora as análises e decisões do órgão administrativamente competente para decidir sobre a inclusão ou não de um medicamento na política do SUS (CONITEC), assim como aparenta desconsiderar a produção acadêmica desenvolvida que vem indicando fortes indícios de comprometimento orçamentário caso as concessões judiciais não sejam freadas.

Diante disso, como determinar o que compreende a abrangência do direito à saúde na CF/88? A partir da teoria de Silva, conclui-se que os direitos sociais não podem ser considerados como se tivessem a mesma estrutura de direitos individuais (SILVA, 2008, p. 587), ou seja, os *interesses coletivos* não protegidos diretamente por direitos, devem ser levados em consideração.

No caso da saúde, políticas públicas são destinadas para a concretização destes direitos no plano fático e dependem de disponibilidade orçamentária para tanto. Mesmo assim, a saúde em seu aspecto coletivo faz parte do que se pode denominar de limbo jurídico com embate pouco explorado. Para Silva, “[...] juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas concedendo de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde [...] a todo aquele que recorrer ao judiciário” (SILVA, 2008, p. 588).

Isso permite avançar na temática e sustentar que no caso da concessão de medicamentos, aqueles que esbarrarem em *interesses coletivos*, não integram o âmbito de proteção do direito à saúde. A partir dessa constatação, o questionamento que se coloca é como a Corte poderia fazer isso de forma racional e estratégica? O posicionamento das Cortes estrangeiras e as suas repercussões nos cenários dos países podem apontar respostas prováveis.

Parte da interpretação do STF, como visto, pode decorrer de uma aplicação do texto constitucional brasileiro. Com relação esse ponto, possivelmente, a maior lição do caso *Soobramooney* e a posterior mudança no posicionamento da CCSA seja a indicação de que este não é o caminho mais adequado. Naquele julgamento a CCSA considerou

“aplicar as obrigações formuladas na Constituição e não fazer inferências” (CCC, 1997, p.). De acordo com Ngwena (2013, p. 78), “[...] a tarefa da Corte pareceu estar limitada a conduzir uma revisão judicial, no sentido tradicional, atendo-se mais à forma do que ao conteúdo da decisão”. De acordo com o autor “a justiciabilidade do direito à saúde deve ser compreendida como algo muito maior do que a simples inscrição deste direito na constituição”. (NGWENA, 2013, p. 84).

A interpretação por parte do STF do direito à saúde desde a primeira decisão analisada em 1997 é denominada como “jurisprudência do direito a tudo” (FERRAZ, 2019, p. 9). Ocorre, também, que diferente do que ocorre no cenário judicial onde a saúde é interpretada como “garantia absoluta”, a realidade fática é bem diferente. O direito à saúde não é incondicionalmente assegurado. Na prática, essa garantia defronta com limitações de diferentes ordens, sobretudo a de disponibilização de recursos – e não propriamente escassez de recursos. Assim, “[...] a interpretação extremamente expansiva conferida ao direito à saúde foi muito além do que a norma constitucional e a própria realidade autorizam”. (FERRAZ, 2019, p. 10).

A técnica até então utilizada pelo STF demonstra que a Corte está em cima do muro (BRUSTOLIN, 2020). Porque tem a judicialização sabidamente como um problema para o qual busca alternativas fora do espaço decisório (VASCONSELOS, 2020), sem antes rever sua própria atuação. Além disso, reconhece e por vezes até aplica - equivocadamente, segundo Silva (ANO) – a noção de “mínimo existencial”; mas, por outro lado segue fazendo concessões que efetivamente desconsideram quaisquer limitações ao direito à saúde. Isso porque tem considerado um “conteúdo mínimo” do direito à saúde – quando se leva em conta a escassez de recursos de forma meramente figurativa.

Mesmo com a guinada expressiva no número de demandas de saúde a partir de 2000 (FERRAZ, 2019, p. 8), ano da segunda decisão analisada, e todos os esforços para contenção da judicialização (notadamente aqueles concentrados nos anos de 2009, 2010 e 2011), em termos gerais, a Corte manteve a sistemática adotada ainda em 1997. Em contrapartida, vem articulando medidas por meio CNJ com a finalidade instruir instâncias inferiores na obstrução de demandas nessa natureza, de forma completamente contraditória. A Corte utiliza-se do CNJ, um órgão administrativo, em busca de soluções que não são de sua competência (VASCONSELOS, 2020).

Com o julgamento do “RE 657.718/2019 (MG)” em 2019 esperava-se que o STF apresentasse uma solução razoável para esse impasse. No entanto, novamente, o Tribunal

se esquivou e apresentou um posicionamento contraditório (VASCONSELOS, 2020). A Corte seguiu o padrão decisório anteriormente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸⁵, para o qual a concessão de medicamentos experimentais não pode ser judicialmente garantida, mas se o medicamento estiver registrado na ANVISA, é passível de execução judicial. O STF, Em sua decisão, pouco inovou. Mantendo este entendimento, fixou três critérios segundo os quais é possível a concessão judicial dos medicamentos (STF, 2019).

Ocorre que, como visto no capítulo anterior, em termos práticos, o posicionamento do STF está muito longe de resolver o problema. Isso porque a grande maioria dos medicamentos que tem potencial para gerar impactos orçamentários comprometedores possuem registro na ANVISA e os medicamentos com mais concessões são os que demandaram em maiores custos no ano de 2016. Fora isso, os custos foram despendidos a nível federal (FERRAZ, 2019).

Assim, ao estabelecer como critério de justiciabilidade que “2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial” (STF, 2019) e “4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União (STF, 2019)” a Corte não gera nenhum tipo de restrição ao direito à saúde e com isso segue a máxima do quanto mais direitos, melhor.

Silva (2010, p. 195) promove uma crítica de inerente à pesquisa ao afirmar que em alguns casos é equivocada a ideia que se tem sobre a tese do “quanto mais, melhor” com base no instituto da dignidade humana, que é utilizada como fundamento em grande parte das decisões judiciais. O autor (2010, p. 195), relata o uso indistinto do recurso da dignidade humana como um fenômeno não exclusivo do Brasil, mas que tem geralmente “[...] servido como um recurso universal para a solução de problemas que poderiam ser resolvido com recurso a outros direitos”. Especialmente no caso dos direitos sociais, a aplicação de outras técnicas, conforme anteriormente mencionado. Sobre esse ponto, não é de hoje que a utilização de uma linguagem e jurisprudência dos “direitos humanos” que embasam as demandas da saúde no Brasil são alvo de críticas (SILVA, 2010, p. 195; BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 183).

Da atuação da CCC, CCSA e do STF percebe-se que o posicionamento predominante é de que o direito à saúde guarda relação íntima com outros direitos,

⁸⁵ Ver REsp 1657156 RJ/STJ.

especialmente, a vida e a dignidade humana. Não obstante, nas decisões que exploraram essa fundamentação, a técnica utilizada pelas duas primeiras Cortes, especialmente a segunda, tem uma robustez muito mais profunda, do que no caso brasileiro.

Com base na exclusiva análise textual das decisões estudadas não é possível assegurar, que as Cortes privilegiam a saúde curativa ou preventiva, bem como se consideram o interesse coletivo. Não obstante, é possível tecer algumas considerações neste sentido. Das três decisões colombianas analisadas, todas referiam-se a ações de tutela individuais. A “*Sentencia T-760*” foi uma reunião de tutelas individuais. Por outro lado, no caso sul-africano, apenas uma das decisões avaliadas era individual (caso *Soobramoney*) e as outras duas, coletivas. Além disso, a CCSA parece ter sido a única Corte que efetivamente levou em conta o interesse coletivo em suas decisões.

O STF parece ignorar todos os problemas que refletem do seu comportamento e ainda não foi capaz de determinar a abrangência do direito à saúde e isso gera inúmeras preocupações⁸⁶, especialmente em termos orçamentários. É neste sentido que a interpretação da Corte é questionável quando comparada com as experiências estrangeiras. Foi possível perceber, ao menos em termos de definição das limitações do direito constitucionalmente estabelecido, que as Cortes da Colômbia e da África do Sul adotaram um posicionamento que definiu de forma te clara qual a abrangência e os limites do direito à saúde com base nas suas Constituições.

Na Colômbia, isso ocorreu de forma tardia, comparado ao caso da África do Sul. Enquanto na África do Sul a atuação da CCSA, desde a sua primeira atuação foi pautada por muita cautela, mesmo sendo perceptível nas passagens das duas primeiras decisões colombianas avaliadas que a Corte compreendia o direito à saúde como passível de restrições, é apenas na “*Sentencia T-760*”, em 2008, e após o crescimento expressivo de litígios individuais por meio de tutela, que a CCC definiu e, inclusive, exemplificou as limitações de justiciabilidade do direito. Ainda assim, essas “limitações” são questionáveis, consoante as ponderações colocadas no primeiro capítulo.

A parte das críticas que poderiam ser tecidas, a decisão foi considerada um modelo mundial em atuação progressiva (YEPES, 2007; YOUNG; LEMAITRE, 2013), diante das mudanças estruturais que a Corte determinou em termos de políticas públicas. Ocorre que, na prática, essa decisão não surtiu o efeito esperado, tanto em termos de

⁸⁶ Além daquela que se refere ao jogo democrático (MACHADO, 2012).

implementação por parte do Estado, quanto não foi capaz de frear o ajuizamento de tutelas individuais que cresceram principalmente em 2008 e nos anos que seguiram.

De acordo com Young e Lemaitre (2013, p. 192, tradução nossa) o período entre 2009-2010 foi marcado por protestos e crises no país. Isso porque, em resposta à decisão do Tribunal, o governo adotou dez decretos que reformaram o sistema de saúde em janeiro de 2010 com medidas de austeridade com relação à política orçamentária que revelaram um cenário em que “empresas sem escrúpulos manipularam reembolsos e direitos financeiros complexos sob o regime de seguro. Juntos, esses fatores provocaram crises e protestos fiscais” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa).

Prada e Chaves (2018, p. 8), dentre outras conclusões, apontam que a interferência do judiciário no espaço social forçou ajustes regulatórios do poder público. De acordo com Young e Lemaitre, todos os problemas que foram anteriormente elencados decorreram, justamente, da atuação do judiciário, que despertou um senso de direito à saúde na população (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa).

Para Young e Lemaitre (2013, p. 183), muitos problemas que decorreram da atuação do judiciário colombiano e, especialmente, da postura adotada pela CCC. Para as autoras, a experiência que decorre da atuação da Corte, atrelada à privatização da saúde na Colômbia e à má administração do governo “[...] resultaram em um sistema que incentivava o aumento das despesas governamentais, que nem sempre se refletiam na melhoria da prestação de serviços de saúde.” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa).

Não é demais reforçar que o contexto onde se insere a busca pelo judiciário para resolver questões de saúde na Colômbia, é marcado por alta conflituosidade. Prada e Chaves (2018, p. 8, tradução nossa) revelam que na Colômbia, “[...] cada ação de saúde está vinculada ao custo econômico e tem um comprador e vendedor”. A pesquisa realizada pelos autores indica que empresas de suprimentos médicos, *especialmente empresas farmacêuticas*, acumularam capital e poder durante o período compreendido entre 1990 e 2013, enquanto provedores públicos e privados” (PRADA; CHAVES, 2018, p. 8, tradução nossa, grifo nosso).

Young e Lemaitre (2013, p. 192) ao analisarem essa situação, concluem que a experiência judicialização colombiana e privatização da saúde, atrelada à má administração do governo “[...] resultaram em um sistema que incentivava o aumento das despesas governamentais, que nem sempre se refletiam na melhoria da prestação de serviços de saúde.” (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa). Talvez a

maior preocupação que decorreu disso é a falta de crescimento nos serviços preventivos de saúde (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183).

Além disso, no período posterior à “Decisão T-760”, a Colômbia, apesar de adotar a definição de saúde mundialmente estabelecida, assim como o Brasil, ainda estava atrelada a uma definição meramente curativa de saúde e se afastava de considerar o seu aspecto preventivo diante daquele cenário.

Diante disso, pelos estudos analisados, percebe-se que a CCC teve grande influência no caminho que seguiu a judicialização da saúde naquele país e que dessa postura decorreram inúmeros problemas. Atrelado a esse fator, não se pode ignorar o pano de fundo: a crescente expansão e consolidação do mercado de saúde, sobretudo o mercado farmacêutico.

Enquanto isso, a CCSA adotou nos casos “*Grootboom*” e “TAC” uma técnica que segue os parâmetros da tese proposta por Silva com a aplicação da ideia de “suporte fático”, pouco conhecida no direito constitucional e própria do direito administrativo (SILVA, 2010, p. 65-66; SUSTEIN, 2001, p. 12), o mesmo não ocorreu por parte da CCC e do STF. De acordo com Sustain (2001, p. 12) “o que o Tribunal Constitucional da África do Sul basicamente fez foi adotar um modelo de direito administrativo dos direitos socioeconômicos”.

O Tribunal exigiu que o governo desenvolvesse, e fundo, um programa pelo qual um grande número de pessoas pobres têm acesso a serviços de emergência habitação. O que o Tribunal pede é algum tipo de plano razoável, projetado para garantir que o alívio estará próximo a uma porcentagem significativa de pessoas pobres. Nesta visão, a constituição restringe o governo, não garantindo que todos recebam abrigo, mas exigindo que o governo dedique mais recursos do que faria para o problema de moradia insuficiente para os pobres. Mais particularmente, o Tribunal exige que o governo manter um plano de ajuda de emergência para aqueles que precisam. Esta é a lacuna particular considerado inaceitável no *Grootboom*. Em casos desse tipo, todos sabem que a agência enfrenta uma restrição de recursos e que, em face de um orçamento limitado, qualquer a definição de prioridades será válida e talvez até livre de revisão judicial. No mesmo tempo, deve haver um dever de razoabilidade na definição de prioridades e uma decisão da agência que rejeita um julgamento estatutário, ou que não considera os objetivos estatutários suficientemente sério, deve ser considerado inválido. No contexto constitucional, é isso que o Tribunal sul-africano decidiu em *Grootboom*. [...] Em *Grootboom*, o Tribunal Constitucional da África do Sul foi confrontado, para o pela primeira vez, com a questão de como, exatamente, os tribunais deveriam proteger os direitos socioeconômicos. A abordagem do Tribunal sugere, também pela primeira vez, a possibilidade de prever que proteção de uma forma que respeite as prerrogativas democráticas e o simples fato de orçamentos limitados. (SUSTEIN, 2001, p. 13).

De acordo com Sustain (2001, p. 12) a utilização desta técnica é uma alternativa diante das “[...] legislaturas dos países pobres e até menos pobres, que não pode facilmente garantir que todos vivam em condições decentes” (SUSTEIN, 2001, p. 12).

Isso porque não se pode desconsiderar que todos os direitos, fundamentais *positivos ou negativos*, ou seja, que requerem ação ou omissão estatal implicam em custos (SUSTEIN, 2001, p. 12; SILVA, 2008, p. 593), porque requerem uma dispensação orçamentária para tanto.

Nota-se que África do Sul, a postura da CCSA se mostrou muito mais cautelosa na interpretação da Constituição. As disposições da Constituição sul-africana com relação aos direitos socioeconômicos – ao estabelecer que o *Estado deve tomar medidas razoáveis, dentro dos recursos disponíveis* – “[...] não cria ou desabilita claramente a execução judicial”. (SUSTEIN, 2001, p. 5). Assim, de acordo com Sustain (2001, p. 6), o texto constitucional poderia sugerir duas interpretações: 1) a execução das medidas é reservada a atores não judiciais dentro do Estado; 2) quando o Estado não age, sendo capaz de fazer muito mais, financeiramente, parece violar a norma constitucional. A CCSA, nos casos analisados, no que se refere ao direito à saúde, resolveu a questão com base segunda premissa, concluindo que os direitos socioeconômicos no país “[...] são, pelo menos, em certa medida, justiciáveis” (SUSTEIN, 2001, p. 5). De acordo com Sustain (2001, p. 10), no caso “*Grootboom*” “[...] a abordagem da Constituição sul-africana Tribunal responde a uma série de perguntas sobre a relação adequada entre direitos econômicos, direito constitucional e deliberação democrática”.

A técnica utilizada pela CCSA é considerada inovadora e para Landau (2018) as repercussões do posicionamento da Corte e o baixo número de demandas individuais decorrem, principalmente, da técnica utilizada. Landau (2018) considera que “parte da fama dos casos sul-africanos decorre da abordagem distinta do Tribunal. O Tribunal combina um conjunto de recursos que, a meu conhecimento, não são encontrados em nenhum outro tribunal no mundo. (LANDAU, 2018, p. 406).

Mesmo no caso “Soobramooney”, onde a atuação da CCSA foi objeto de críticas (NGWEBA, 2013; SARMENTO, 2009). Young e Lemaitre (2013), consideram que a Corte adotou uma orientação utilitária, apesar de codificada com a linguagem de direitos, aceitando que a saúde pública deveria ser organizada para o bem-estar de todos, e não tendenciosa para aqueles cujas reivindicações haviam conseguido chegar aos tribunais. E que a CCSA ressaltou que a escassez de recursos e que o racionamento era uma realidade cotidiana, acolhendo o entendimento que a saúde pública deveria ser organizada para o bem-estar de todos, levando em conta o interesse coletivo.

Para Sustain (2001, p. 12), quando os casos vão a tribunal, os direitos convencionais são e podem ser totalmente protegidos no nível individual, e não apenas

através da criação de algum tipo de Sistema geral “razoável” para proteção por sua própria natureza, os direitos socioeconômicos são diferentes neste aspecto, certamente em à luz da cláusula de “realização progressiva”. Todavia, ninguém pensa que cada indivíduo tem o direito exequível à proteção total de os interesses em jogo. Nessas circunstâncias, é realmente difícil encontrar uma abordagem que evita dois cursos desagradáveis: a criação de direitos individuais totalmente executáveis ou uma conclusão de completa não justiciabilidade.

De acordo com o autor, a abordagem da CCSA no caso “*Grootboom*” deixa problemas sem solução⁸⁷ (SUSTEIN, 2001, p. 14). Apesar disso, “o que é mais importante, no entanto, é a adoção pelo Tribunal Constitucional de uma abordagem nova e altamente promissora para a proteção judicial dos direitos socioeconômicos” (SUSTEIN, 2001, p. 14-15). Para Ngwena (2013, p. 84), “o caso TAC mostra que os tribunais devem determinar o direito à saúde, mesmo com implicações orçamentárias. O fato de que os direitos socioeconômicos irão quase sempre apresentar essas implicações limita, mais do que impede a sua justiciabilidade”. Por outro lado, a atuação da Corte é também criticada como uma forma fraca de revisão no contexto da limitação de recursos (ROUX, 2002; DAVIS, 2006). Sustain argumenta que:

[...] ao exigir programas razoáveis, com atenção cuidadosa aos orçamentos limitados, o Tribunal sugeriu a possibilidade de avaliar reivindicações de violações constitucionais sem, ao mesmo tempo, exigir mais do que os recursos existentes permitirão. E, ao fazê-lo, o Tribunal forneceu o máximo refutação convincente ainda para aqueles que afirmaram, de forma bastante plausível, que a proteção judicial dos direitos socioeconômicos não poderia ser uma boa idéia. Nós agora temos motivos para acreditar que uma constituição democrática, mesmo em uma nação pobre, é capaz de proteger esses direitos e fazê-lo sem sobrecarregar indevidamente as capacidades judiciais (SUSTEIN, 2001, p. 14-15).

Diante de posições divergentes, Cooper (2011, p. 223) considera que os Tribunais precisam desempenhar um papel dinâmico, transformador, mas equilibrado em relação a outros ramos do governo. Segundo os autores, no âmbito dos direitos de saúde, ao assumir uma postura excessivamente respeitosa em relação ao Executivo e ao Legislativo a Corte acaba minando o potencial transformador dos direitos e o resultado dessa deferência é negar aos pobres o acesso a bens e serviços básicos de saúde essenciais para uma existência saudável e digna. No caso “TAC”, os autores consideram que o Tribunal

⁸⁷ A decisão do Tribunal sugere que qualquer montante atribuído deve ser considerado "razoável"; mas o que são os padrões de resolução para uma disputa sobre esse problema? O problema mais profundo é que quaisquer alocações de recursos para fornecer abrigo evitarão que os recursos vão para outro lugar - por exemplo, para tratamento e prevenção da AIDS, para seguro-desemprego, para alimentação, para apoio à renda básica. A adoção pelo Tribunal Constitucional de uma abordagem nova e altamente promissora para a proteção judicial dos direitos socioeconômicos (SUSTEIN, 2001, p. 14).

adotou uma postura menos deferente em relação ao Poder Executivo, que se reflete nas ordens do Corte que exigiram mudanças políticas significativas. Por outro lado, em casos em que a ameaça à vida era menos imediata⁸⁸, a CCSA recuou para uma abordagem de razoabilidade orientada ao processo. (COOPER, 2011, p. 218).

Norghein e Gloppen (2011, p. 328) consideram a experiência sul-africana positiva e significativa em termos de saúde quando comparada com América Latina:

Os efeitos do contencioso dos direitos de saúde dependem de muitos fatores: o sistema de saúde, as iniquidades estruturais no bem-estar e a saúde, a natureza das instituições jurídicas e, claro, o que é litigado. Na América Latina, as reivindicações individuais de acesso a medicamentos dominam. Nossa análise preliminar dos casos de medicamentos indica que os recursos são frequentemente alocados para financiar tratamentos dispendiosos que fornecem apenas benefícios marginais à saúde para condições graves. As decisões como essas geralmente não tem efeito além do caso individual (mas os efeitos indiretos podem ser substanciais quando influenciam na política). Países de direito comum com regras de precedência e disposições para litígios de interesse público, como a África do Sul (e a Índia), têm mais reivindicações legais visando diretamente a mudança de política na prestação de tratamento. [argumenta-se] que, embora esses casos sejam poucos em número, eles podem ter efeitos positivos significativos em termos de justiça na saúde.

Rosevear (2018, p. 18), em uma análise comparatista entre a jurisprudência da CCSA e do STF, concluiu que, ao menos em relação ao HIV/AIDS, “a decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul pode ter efetuado uma mudança estrutural significativa, mas o contencioso individualizado sustentado do contexto brasileiro parece, pelo menos em sua face, ter se mostrado mais bem-sucedido em abordar a questão mais ampla da saúde pública”.

Biehel e Petryna (2016, p. 177) associam o “sucesso” nos indicadores apresentados por Rosevear (2018) ao resultado da formação de alianças sem precedentes entre ativistas, reformadores governamentais, órgãos multilaterais e a indústria farmacêutica, nos anos seguintes a 1996. Para os autores, foi assim que o país consolidou-se como líder no esforço global para universalizar o acesso ao tratamento da AIDS (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 177).

No caso do Brasil, o já citado RE 271.286/2000, para além do êxito dos chamados “ativistas da Aids” (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 177), representa uma dilatação da percepção constitucional de saúde com relação ao acesso a medicamentos, apesar de ser considerado um dos principais casos que envolvem o direito à saúde e sua matriz individual de atendimento, já foi objeto de análise de outros estudos que se debruçaram sobre os seus fundamentos e reflexos (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 177). Há “[...] vários elementos particularizadores que se punham, que com o seu evocar repetido, foram se perdendo, numa zona de nebulosidade que culminou por subverter seu real sentido”

⁸⁸ Os autores citaram o caso “Mazibuko”.

(VALLE, 2009, p. 135) e esse é praticamente um consenso nas pesquisas realizadas sobre o assunto que se reflete e gera uma preocupação consubstanciada em números.

De modo geral, considera-se que a atuação da CCSA é cautelosa e consciente de suas limitações em termos de competências constitucional e institucional (NGWENA, 2013, p. 85). Segundo Sustain (2001, p. 11) “[...] a abordagem da Constituição sul-africana pelo Tribunal responde a uma série de perguntas sobre a relação adequada entre direitos econômicos, direito constitucional e deliberação democrática”. Ngwena (2013, p. 84), apesar das críticas à atuação da CCSA no caso “*Soobramoney*”, considera que o caso “TAC” representa a capacidade da Corte em proporcionar “remédios tangíveis para as violações do direito à saúde mesmo quando há implicações orçamentárias”. Além disso, “[...] a Corte Constitucional sul-africana mantém a cautela e, mesmo quando encontra violações de direitos socioeconômicos, permanece consciente de suas limitações em termos de competências constitucional e institucional”. (SUSTEIN, 2001, página).

A CP/96, segundo foi mencionado no primeiro capítulo, integra o movimento das “Constituições Transformadoras”. Uma constituição transformadora parte de certas aspirações que são enfaticamente entendidas como um desafio a práticas de longa data (SUSTEIN, 2001, p. 4). A constituição sul-africana é apontada como o principal exemplo deste tipo de Constituição.

Grande parte do documento é um esforço para eliminar a "raiz e ramo" do *apartheid*. Constituições são frequentemente descritas como estratégias de pré-comprometimento, projetadas para garantir contra decisões míopes ou equivocadas em política comum. Se for capaz de descrever a Constituição da África do Sul nestes termos, isso ocorre porque o documento é projetado para garantir que os futuros governos não caiam presa de qualquer coisa como os males da era do *apartheid*. A criação de direitos socioeconômicos é melhor compreendida sob esta luz. (SUSTEIN, 2001, p. 4).

Afirma-se que a promulgação das Constituições do Brasil e Colômbia faz parte do movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano” ou “neoconstitucionalismo latino-americano” nos processos de consolidação da democracia na América Latina, com um número razoável de mudanças políticas de transição, resultando em novas constituições, que se identificam por traços comuns de historicidade e geografia (LOURENÇO, 2016, p. 7).

Bercovici (2013, p. 289) – segundo afirma, “desafiando esse entendimento esposado por outros autores” (BERCOVICI, 2013, p. 285) – sustenta que “novo constitucionalismo latino-americano” se insere em um movimento mais amplo, não específico da América Latina do final do século XX ou início do século XXI, o movimento das “constituições transformadoras”. Esse movimento, segundo o autor, se inicia no século XX com a Constituição da Índia em 1949 e se expande para países de

culturas distintas, como o caso do Brasil e África do Sul, que tem como característica comum a situação periférica na economia mundial.

O autor sustenta, especialmente que a CF/88 não inaugura propriamente o neoconstitucionalismo latino-americano diante das “especificidades do movimento de construção do Estado brasileiro⁸⁹” (BERCOVICI, 2013, p. 300) e do modelo constitucional adotado (Constituição Econômica Social do Estado Social Europeu) (BERCOVICI, 2013, p. 285). As contradições e limitações estruturais que envolvem a constituição do Estado brasileiro, como explica o autor, o colocam em uma posição de “Estado Social” “[...] sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais” (BERCOVICI, 2013, p. 301).

O novo constitucionalismo latino-americano, segundo o autor, se insere em uma “[...] realidade social e econômica mais complexa, marcada pelas relações centro-periferia, o que demanda do Estado uma atuação mais ampla e profunda” (BERCOVICI, 2013, p. 285). A Constituição Econômica deste movimento, portanto, busca “[...] vincular o legislador a um projeto constitucional, estabelecendo, assim, uma linha de atuação política que garanta a progressiva construção, através do Direito, de uma nova realidade social e econômica que permita a superação do subdesenvolvimento” (BERCOVICI, 2013), o que “demanda do Estado atuação mais ampla e profunda” (BERCOVICI, 2013, p. 285). Nesse caso, para Bercovici (2013, p. 302), a grande inovação e contribuição do constitucionalismo latino-americano talvez seja “[...] a constante pressão das forças políticas é fundamental para que o Estado possa atuar no sentido de levar a soberania popular às suas últimas consequências e superar a barreira do subdesenvolvimento”. Diante disso, percebe-se que o papel protagonista reserva-se ao Estado.

Não obstante, diante da omissão estatal o Poder Judiciário passou a ser demandado a decidir sobre a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das formas de expressão do poder estatal (MACHADO, 2012). E, assim, a desempenhar um importante papel político no desenho institucional. Esta se tornou uma das problemáticas a serem enfrentadas pelo constitucionalismo contemporâneo, especialmente, por seu impacto na formação de políticas públicas (SARMENTO, 2009, p. 99-100).

⁸⁹ Para o autor, o Estado brasileiro, constituído após a Revolução de 1930, “[...] ainda enfrenta problemas de definição de soberania e de construção de poder unificado até formas de enquadramento político-institucional do proletariado emergente, numa fase que é também a da constituição do ‘capitalismo industrial’. (BERCOVICI, 2013, p. 301).

A obrigação constitucional de um dever prestacional do Estado atrelado a esse cenário fez com que o Poder Judiciário fosse convertido em uma nova arena de reivindicação de direitos sociais, desempenhando um papel que tem interferido nas escolhas políticas, governamentais e técnicas que integram as políticas públicas (VALLE, 2009).

Apesar de parecer louvável a atuação do judiciário com relação ao fortalecimento dos direitos fundamentais sociais diante da abertura às demandas da sociedade, decorre uma complexa problemática que é uma preocupação tanto jurídica, quanto política e institucional: a judicialização.

De acordo com Barroso (2018, p. 45) “*judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2018, p. 45). Há, assim, uma atuação “protagonista”⁹⁰ do Poder Judiciário, que passa a resolver questões que originariamente seriam pertinentes ao Legislativo e ao Executivo. Segundo o autor, esse fenômeno representa a “[...] fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo” (BARROSO, 2018, p. 45).

Dessa afirmativa poderia-se questionar, afinal, quais seriam as causas da judicialização. Barroso (2018, p. 45-46) aponta, inicialmente, três fatores que “justificariam” essa transferência de poder para as instâncias decisórias: o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas; uma certa “desilusão com a política majoritária em razão de uma “crise de representatividade”; e, por fim, a preferência pelos atores políticos de que o judiciário decida sobre “questões polêmicas” (BARROSO, 2018, p. 45-46).

Todos esses fatores estão relacionadas a uma certa “desilusão” ou “perda de confiança” nas instâncias políticas democraticamente eleitas, em decorrência da qual todas as fichas são apostadas no Judiciário e também contribuem para a judicialização, mas, segundo o autor, especificamente no Brasil, a judicialização decorre essencialmente, de dois fatores específicos:

⁹⁰ A expressão é utilizada para destacar a tese de um “protagonismo judicial” trabalhada principalmente no direito Norte-Americano, não se pretende maior aprofundamento neste sentido, mas destaca-se que Lima (2013, p. 15) reconhece uma “espécie de consenso” na produção na produção literária de que o Poder Judiciário (e especificamente o seu órgão de cúpula, o STF) “[...] encaminha-se para um protagonismo frente aos poderes majoritários” (LIMA, 2013, p. 15).

[...] o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente [...], que combina a matriz americana – em que todo o juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. [...] Nesse contexto, a judicialização constitui *fato* inelutável decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juizes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão (BARROSO, 2018, p. 47).

Todavia, a judicialização enquanto um *fato constitucional* por assim dizer, não põe fim à questão. E nesse sentido, pode-se dizer que há um consenso de que a atual postura do judiciário e especificamente do STF, tem gerado repercussões nas relações sociais, sobretudo quanto aos dilemas existentes em relação à efetividade das políticas públicas.

Cada vez mais, a visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais tem sido contestada pelas crescentes evidências de seu papel político e de seu impacto diário nas políticas públicas. Mas a despeito desses desenvolvimentos, o papel do Judiciário na arena das políticas públicas permanece nebuloso tanto no Brasil quanto no resto da América Latina (TAYLOR, 2007, p. 229).

A judicialização da saúde se tornou uma difícil questão que vem sendo trabalhada pela academia sob diferentes viéses. Esses estudos tem como centralidade desde a formulação e aplicação das políticas públicas (VALLE, 2009; DALLARI & BUCCI, 2017), até os limites institucionais democráticos e constitucionais (MACHADO, 2012; LIMA; FRANÇA, 2019) da atuação do judiciário. Apesar de todos estes pontos de integrarem quase de forma adjunta a discussão que se pretende estabelecer, o olhar lançado ao direito à saúde e, especificamente, à judicialização da saúde, se dá a partir da forma pela qual a Corte compreende institucionalmente o seu papel.

Perceba-se que no caso das Cortes que integram a América Latina (Brasil e Colômbia) a compreensão a própria Corte tem sobre o seu papel no desenho institucional foi completamente diferente. Enquanto a CCSA demonstrou-se consiente de todas as limitações constitucionais e institucionais, a CCC e o STF adotaram posturas notavelmente mais interventivas.

Rosevear (2018, p. 177-196), analisando o caso da África do Sul e do Brasil afirma que essa diferença se justica, fundamentalmente por três fatores específicos: 1) a cultura judiciária adotada; 2) As diferenças entre a natureza da educação jurídica nos dois países; 3) na natureza do julgamento como atividade profissional. Além disso, também são três os aspectos que contribuíram para a divergência em termos de desenho institucional: 1) o número real de juizes em cada jurisdição; 2) a doutrina do precedente; 3) a natureza dos tribunais de ponta. Com relação ao último aspecto, se destaca a quantidade de matérias

diferentes julgadas pelo STF diante da sua dupla competência para atuação, hora como Corte Constitucional e hora como Tribunal Superior.

Fica claro que aqui também não se pretende discutir a (i)legitimidade do judiciário na criação de políticas públicas, mas avaliar se a atuação judicial ainda que para complementação de políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo, da forma como vem sendo aplicada pelo STF é o melhor caminho a ser seguido.

O poder judiciário brasileiro, especificamente o STF, detém o poder de definir a abrangência do direito à saúde na fase interpretativa, diante da indefinição constitucional e, assim, ditar as regras do jogo do que é ou não tutelado. Nos casos de omissão ou deficiência no agir do Estado que comprometa a eficácia de direito fundamental, o artigo 5º, §1º, da CF/88 ao conferir aplicabilidade imediata a estes direitos possibilita eles sejam reclamados perante o judiciário. Essa tutela jurisdicional consensualmente designada nos trabalhos produzidos sobre o assunto como positiva, mas isso não a afasta dos problemas decorrentes.

No caso da saúde o texto constitucional ao garanti-lo em seu *grau máximo* e lhe conferir aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF/88) possibilita a *justiciabilidade* deste direito, este é um ponto que não parece ser discutível. Mas é justiciabilidade é livre de qualquer limitação? Com base na constituição brasileira, não é possível evitar que demandas sobre essa matéria cheguem ao judiciário. O que parece maleável, pelo que já foi trabalhado até aqui, é a *interpretação judicial*.

Da análise da tese desenvolvida Silva (2008, p. 593), a aplicação de uma teoria interna dos direitos fundamentais e a busca pela vontade do legislador, ou seja, daquilo que o legislador pretendia proteger e o tratamento dos direitos sociais, como se tivessem a mesma estrutura dos chamados direitos individuais, não conduzem para a solução mais adequada para melhor garantia do direito à saúde.

Em contrapartida as experiências estrangeiras foram capazes de demonstrar que o Brasil tem a aprender com a Colômbia e com a África do Sul. Dos posicionamentos da CCC e da CCSA e repercussões nos cenários dos países é possível extrair algumas lições. Em primeiro lugar que a percepção do direito à saúde por parte do STF provavelmente está equivocada. Em segundo, que a jurisprudência da Corte precisa ser reformulada e a Corte precisa estabelecer a abrangência do direito à saúde de forma clara e objetiva.

Com abordagem da CCC, que mais se aproxima da atuação do STF, verifica-se, pelas repercussões que seguiram que este provavelmente não seja o melhor caminho a ser trilhado no Brasil. Com posicionamento do CCSA, por outro lado, é possível perceber

que uma atuação mais racional do STF, limitando a justiciabilidade do direito à saúde, existe a probabilidade de se promover mudanças importantes em termos orçamentários e nos rumos da judicialização, apenas com a modificação da jurisprudência do STF.

Não é possível estimar e este nem consiste o propósito da dissertação, mas é certo que a judicialização implica na dispensação de recursos para além da saúde, impacta, também no orçamento judiciário. Do mesmo modo que a mobilização realizada por meio do CNJ em esforços empreendidos na busca de mecanismos para a conter a judicialização certamente também está implicando em (altos) custos para o Estado.

Ao se abster de definir uma limitação, a Corte deixa a cargo de magistrados de instâncias inferiores a deliberação sobre conceder ou não determinada medicação. Essa postura, conforme dados apresentados e estudos citados no capítulo anterior, acarreta em inflação judiciária. Então, muito provavelmente, a manutenção da postura adotada há cerca de vinte anos atrás por parte da Corte, não permite vislumbrar um futuro otimista em termos de serviços de saúde e de estabilidade do próprio SUS.

O STF – parecendo ignorar todos os problemas que refletem do seu comportamento – ainda não foi capaz de determinar a abrangência do direito à saúde e isso gera inúmeras preocupações⁹¹, especialmente em termos orçamentários. É neste sentido que a interpretação da Corte é questionável quando comparada com as experiências estrangeiras.

É claro que a atuação da Corte, por si só e de forma isolada não acarreta este resultado. Em primeiro lugar porque há um consenso de que a alavancada da indústria farmacêutica e o desenho institucional do sistema de saúde brasileiro incentivaram a crescente judicialização da saúde no Brasil (BIEHL, 2013; BIEHL; PETRYNA; GERTNER.; AMON; PICON, 2009; BIEHL; PETRYNA, 2016; FERRAZ, 2009). Em segundo, porque vive-se um período de políticas de austeridade que comprometem o orçamento de saúde no Brasil. Esse não é um fenômeno recente (BRAVO; PELAEZ; MENEZES, 2020), mas que sabidamente tem se acentuado nos últimos anos e isso é motivo de preocupação. Se iniciou no governo Temer, no qual se destaca a “Emenda do Teto de Gastos Públicos” (Emenda Constitucional 95/2016) que instituiu um novo regime fiscal no país e determinou “aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde” (BRASIL, 2016) no país. A ocupação do cargo de Presidência da República, seguida por

⁹¹ Além daquela que se refere ao jogo democrático (MACHADO, 2012).

Bolsonaro, em termos de política de saúde, é apontada como “questionável e preocupante” (BRAVO, PELAEZ; MENEZES, 2020, p. 205).

As autoras, ao fazerem uma análise do plano de governo e dos primeiros seis de Bolsonaro a frente da presidência, concluíram que a gestão se caracteriza por “medidas regressistas” em uma “conjuntura de barbárie social e retirada de direitos” (BRAVO; PELAEZ; MENEZES, 2020, p. 205). Ainda registra As autoras registram, por outro lado, avanços na convocação e organização da 16ª Conferência Nacional de Saúde, um espaço democrático de debate, e a participação da comunidade com diversos movimentos sociais e de sua autonomia frente ao governo. (BRAVO; PELAEZ; MENEZES, 2020, p. 205). Mas essa que seria uma “consequência positiva”, quando comparada ao que ocorreu na Colômbia, deve ser analisada com cautela.

Nos últimos anos, a África do Sul tem chamado a atenção de pesquisadores. O contraste em número de litígios envolvendo demandas de saúde, quando comparada com países da América Latina, como Colômbia e Brasil, por exemplo, é o que se destaca. No A África do Sul teve um número significativamente reduzido, quando comparado aos demais mencionados. Isso fez com que o país não fosse objeto de estudos mais densos durante anos e ainda hoje é pouco estudado (ANDIA; LAMPREA, 2019).

A partir dessa constatação, o questionamento parecer ser como o STF poderia adotar uma postura mais racional? Ao longo do texto foram apresentadas algumas pistas do que se entende pela resposta mais adequada no caso dos medicamentos: a abrangência do direito à saúde na CF/88 não compreende a justiciabilidade de medicamentos que se encontrem fora das listas dos SUS, quando já tiver sido realizada pesquisa de impacto orçamentário pelo órgão administrativo competente (CONITEC). Somente em casos de omissão estatal, quando ausente pesquisa de impacto orçamentário ou quando esta não for suficiente para comprovar que a implementação do medicamento em custo/efetividade é capaz de comprometer o orçamento, definidos os critérios para tanto é que se tem situação passível de execução judicial. O caminho que parece mais adequado constitucionalmente falando é a limitação da justiciabilidade do direito à saúde no âmbito de medicamentos, recorte a que se dedica exclusivamente essa pesquisa. Eventuais restrições a serviços e procedimentos ficam a cargos de novos estudos da comunidade científica.

CONCLUSÃO

A pesquisa partiu da análise de pesquisas que apontaram o próprio STF como ator principal da judicialização da saúde no Brasil. Corroborando esta conclusão, outros estudos citados ao longo do texto contribuem para a afirmação de que a repercussão do comportamento adotado pelo STF nas demandas de medicamentos provavelmente comprometerá o orçamento em saúde pública no Brasil.

A análise da jurisprudência do STF permitiu verificar que a Corte, ao decidir os casos avaliados, concebe o direito à saúde como um direito absoluto, desconsiderando fatores externos de eventual restrição. A Corte, em suas decisões, não leva em conta o interesse coletivo. Desconsidera ainda, decisões em âmbito administrativo por órgãos legalmente competentes para avaliar os impactos da incorporação de um novo medicamento no sistema de saúde brasileiro e o seu custo-efetividade. Além disso, apesar de reconhecer a judicialização como um grave problema, mesmo quando poderia buscar outras alternativas de técnicas decisórias, mantém o seu entendimento judicial. Por outro lado, busca outras formas de solução para a judicialização, como por exemplo, ações encabeçadas pelo CNJ, órgão que não detém competência para tanto, e ainda implica em mais custos para o Estado, não tendo sido objeto do estudo o levantamento e apuração, bem como eventuais impactos destes custos.

No ano de 2019, com o julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, esperava-se uma mudança na jurisprudência do STF. Mas ao invés de iluminar a solução para o problema, o STF não inovou no tratamento da questão. Seguiu o posicionamento anteriormente adotado pelo STJ e manteve a mesma técnica decisória – e praticamente os mesmos critérios – utilizados em casos anteriores. O único critério diferente estabelecido pela Corte recai sobre os medicamentos de caráter experimental, que não possuem nenhum tipo de registro, sendo vedada a sua concessão. Medicamentos sem registro na ANVISA, segundo a Corte, podem ser concedidos excepcionalmente. Todavia, como visto, quando confrontada com a realidade fática, consubstanciada em números e dados, a decisão é questionável em termos práticos.

Diante dos contrastes que se inserem, realizou-se uma análise comparatista entre as jurisprudências do Brasil, da Colômbia e da África do Sul, buscando responder ao problema de pesquisa proposto. O desenvolvimento do trabalho contribuiu para a confirmação da hipótese. Nos três casos analisados, os contextos socioeconômicos dos

países são marcados por elevada desigualdade e a promulgação de Constituições democráticas como marco (simbólico) de rompimento com períodos autoritários.

Essas iniquidades e os sistemas de saúde de cada um dos países refletiram se demandas judiciais de saúde, havendo variações tanto na postura adotada por cada uma das Cortes, quanto nas repercussões de suas decisões diante do posicionamento adotado.

O Brasil e a Colômbia possuem situações muito similares: as Cortes se destacam por uma atuação progressista em termos de saúde e concebem o direito à saúde de forma bastante similar e isso fomentou um alto índice de demandas judiciais em saúde. A diferença é que no ano de 2008 a CCC, tentando frear a avalanche de litígios individuais, proferiu importante decisão que avaliou e determinou mudanças diretamente nas políticas de saúde da Colômbia. Mesmo diante desta postura, a decisão não foi suficiente para frear a judicialização e, segundo apontam alguns estudos, provavelmente, tampouco para melhorar as prestações de saúde e a efetivação deste direito no país. O STF, por outro lado, até o ano de 2019 – ano em que foi proferida a última decisão analisada – sequer adotou uma postura decisória na tentativa de uma possível solução no Brasil.

Em contraste ao que ocorreu no Brasil e na Colômbia, a experiência da África do Sul foi completamente oposta. Mesmo com um sistema de saúde pública que apenas é capaz de atender uma mínima parcela da população e com os problemas herdados pelo *apartheid*, houve uma baixa incidência de litígios individuais no país e prevalência de demandas coletivas, o que foi capaz de promover mudanças estruturais importantes no país. Há indícios de que isso se deve ao posicionamento da Corte e, mais especificamente, à técnica utilizada pela Corte. Além disso, nesse sentido, parece que a CCSA adotou a postura que democraticamente se considera a mais adequada. Ao restringir a justiciabilidade do direito à saúde, a Corte considerou as restrições externas no momento da ponderação. E, quando comprovada a ineficiência/deficiência na atuação do Estado, também determinou mudanças nas políticas públicas existentes, mantendo, assim, as regras do jogo democrático. Ainda que este não seja o propósito principal do trabalho, é importante mencionar para que estudos futuros que eventualmente problematizem a atuação judicial sua relação com a democracia, possam avançar com base em pesquisas que envolvam a experiência de outras jurisprudências, como, por exemplo, a África do Sul.

Considerando o exposto, a presente dissertação conduz à conclusão de que, possivelmente, a solução para o problema da judicialização esteja sob as togas do próprio STF. Há evidências, de que restringir a justiciabilidade de medicamentos com base em

critérios claros, racionais e específicos, é contribuir para a solução da judicialização da saúde, com base na experiência sul-africana.

REFERÊNCIAS

- ÁFRICA DO SUL, *The Constitution of the Republic of South Africa*, 1996. As adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly. África do Sul, 2012. Tradução livre. Disponível em: <https://www.cabrisbo.org/pt/documents/theconstitution-of-the-republic-of-south-africa-1996>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- ANDIA, T. S.; LAMPREA, E. Is the judicialization of health care bad for equity? A scoping review. *International Journal for Equity in Health*, 2019, p. 1-12, DOI: <https://doi.org/10.1186/s12939-019-0961-y>. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/333578203_Is_the_judicialization_of_health_care_bad_for_equity_A_scoping_review. Acesso em: 12 dez. 2020.
- ANVISA, AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Consulta medicamento Atalureno*, 2019. Disponível em: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/25351717381201767/?nomeProduto=Translarna>. Acesso em: 12 jan. 2021.
- ARANGO, R. *Justiciabilidad de Los Derechos Sociales Fundamentales en Colombia*. Aporte a La Construcción. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tradução livre. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/4.pdf>. Acesso em 02 jun. 2020.
- ATAGUBA, J. E.; MCINTYRE, D. Paying for and receiving benefits from health services in South Africa: is the health system equitable? *Health Policy and Planning*, v. 27, 2012, p. i35-i43, DOI: 10.1093/heapol/czs005. Disponível em: <http://heapol.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BARBOSA FILHO, E. A. *Rupturas E Continuidades No Sistema Nacional De Saúde Da África Do Sul Pós-Apartheid: Uma Análise Crítica Do Discurso Político*. Recife. 2016. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Programa de Pós-Graduação em Serviço Social do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/28237>. Acesso em 14 ago. 2020.
- BARBOSA, W. G. J. El derecho a la salud: una búsqueda inacabada para la sociedad colombiana. *Revista EAN* 67. set./dez. 2009. p. 107-122, Tradução livre. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01208160200900030. Acesso em 14 ago. 2020.
- BARROSO, L. R. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BERCOVICI, G. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latino-americano”. *Revista brasileira RBEC*. Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 285-305, mai/ago, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5537756/mod_resource/content/1/GB_RBEC_26.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais RENAME 2010. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/rename_2010.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 7.508, de 28 de Junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 95, De 15 De Dezembro De 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. *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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pet 1246 MC / SC - SANTA CATARINA MEDIDA CAUTELAR NA PETIÇÃO*. Decisão proferida pelo(a): Min. CELSO DE MELLO. Presidente: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 31/01/1997. Publicação: DJ 13/02/1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho83171/false>. Acesso em 25 fev. 2020.

BRAVO, M. I. S.; PELAEZ, E. J.; DE MENEZES, J. S. B. A Saúde nos governos Temer e Bolsonaro: Lutas e resistências. *SER Social*, v. 22, n. 46, p. 191-209, 2020. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/25630. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRAVO, M. I. S.; PELAEZ, E. J.; PINHEIRO, W. N. As contrarreformas na política saúde do governo Temer. *Argum. Vitória*, v. 10, n. 1, p. 9-23, jan./abr. 2018.

BRINKS, D. M.; GAURI, V. A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World. In: GAURI, V.; BRINKS, D. M. *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 303-353.

BRUSTOLIN, A. O Poder judiciário como ator principal da judicialização: uma análise sobre o comportamento do STF e suas repercussões no caso da saúde. In: NASCIMENTO, A. R.; VIEIRA, I. P. (Orgs.). *Democracia e Constituição: reflexões*

para o debate jurídico no século XXI. 1. ed. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 115-132.

BRUSTOLIN, A.; BUENO, M. P.; MACHADO, E. D. A justiciabilidade do direito à saúde na pandemia: o que a África do Sul tem a nos ensinar? In.: PRAZERES, P. J. (Org.). *Os desafios do direito em tempo de pandemia*. Editora IPANEC: Recife, 2020, p. 107-122.

BRYNER, G. C. *Organizações Públicas e Políticas Públicas*. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 315-333.

CADH, COMISSÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador"*. 1969. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em 07 fev. 2020.

CALDERON, C. A. A.; BOTERO, J. C.; BOLAÑOS, J. O.; MARTINEZ R. R., 2011. Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciênc. saúde coletiva v. 16, n. 6 Rio de Janeiro June 2011*, p. 2817-2828. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000600020 Acesso em 19 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia SU-039/98*. Tradução livre. Colômbia, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-236-98.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-013/98*. Tradução livre. Colômbia, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-013-98.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-204/00*. Tradução livre. Colômbia, 2000. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-204-00.htm#_ftn2. Acesso 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-227/03*. Tradução livre. Colômbia, 2003. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-236-98.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-236/98*. Tradução livre. Colômbia, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-236-98.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-286/98*. Tradução livre. Colômbia, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-286-98.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-328 de 1993*. Tradução livre. Colômbia, 1993. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-328-93.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-395/98*. Tradução livre. Colômbia, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-236-98.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-489/98*. Tradução livre. Colômbia, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-236-98.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-571/92*. Tradução livre. Colômbia, 1992. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-236-98.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-760/08*. Tradução livre. Colômbia, 2008. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCC, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-859/03*. Tradução livre. Colômbia, 2003. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-859-03.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CCSA, CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. “*Case CCT 32/97*” *Thiagraj Soobramoney x Minister of Health (Kwazulu-Natal)*. África do Sul, 1997. Disponível em: [https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/2038/Full%20journal%20\(260%20Kb\)-1617.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/2038/Full%20journal%20(260%20Kb)-1617.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 10 jul 2020.

CCSA, CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. “*Case CCT 8/02*” - *Minister Of Health And Others versus Treatment Action Campaign And Others*). África do Sul, 2002. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.pdf>. Acesso em 10 jul 2020.

CCSA, CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. “*Case CCT11/00*” – *The Government Of The Republic Of South Africa The Premier Of The Province Of The Western Cape Second Appellant Cape Metropolitan Council Third Appellant Oostenberg Municipality x Irene Grootboom And Others*. África do Sul, 2000.

Disponível em:

<https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/2107/Directions%20by%20the%20President%20of%20the%20Constitutional%20Court-2796.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 10 jul 2020.

CNJ, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema e-NatJus*, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/forum-da-saude-3/e-natjus/>. Acesso em 05 fev. 2021.

COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*, 1991. Atualizada con los Actos Legislativos a 2016, Edición especial preparada por la Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura Centro de Documentación Judicial– CENDOJ Biblioteca Enrique Low Murtra –BELM. Tradução livre. Colômbia, 2016. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

COLOMBIA. *Ley 10 de 1990*. 10 de enero de 1990. Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. Disponível em: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%200010%20DE%201990.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

COLOMBIA. *Ley 100 de 1993*. 23 de diciembre de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html. Acesso em: 10 jul. 2020.

COLOMBIA. *Ley 1122 de 2007*. 9 de enero de 2007. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html. Acesso em: 10 jul. 2020.

COLOMBIA. *Ley 1438 de 2011*. 19 de enero de 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html. Acesso em: 10 jul. 2020.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. *Laronidase como terapia de reposição enzimática na mucopolissacaridose tipo I.*, mai./2017. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2017/Relatorio_Laronidase_MucopolissacaridoseI_CP23_2017.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. *Nota de Esclarecimento à Interfarma*. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/pdf/Esclarecimentos_Interfarma.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. *Metreleptina para hipercolesterolemia familiar homozigótica*, 2020. Disponível em: <http://conitec.gov.br/perguntas-e-respostas>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. *Alfa-agalsidase e beta-agalsidase como terapia de reposição enzimática na doença de Fabry*, fev./2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_Agalsidase_DoencaFabry_CP13_2018.pdf. Acesso em 12 jan. 2021.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. *Idursulfase como terapia de reposição enzimática na mucopolissacaridose tipo II*, jul./2017. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2017/Relat%C3%B3rio_idursulfase_MPSII_CP.pdf. Acesso em: Acesso em 12 jan. 2021.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. *Alfaelosulfase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo IVa (Síndrome de Morquio A)*, ago./2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_Alfaelosulfase_MPS_IVa_CP51_2018.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. *Galsulfase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo VI*, ago./2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_Galsulfase_MPSVI_CP52_2018.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. *Eculizumabe para tratamento da Síndrome Hemolítica Urêmica Atípica*, nov./2019. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2019/Relatorio_Eculizumabe_SHUa.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

COOPER, C. Health Rights Litigation: Cautious Constitutionalism. In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*. Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, p. 190-230, *kindle*.

COOVADIA, H.; JEWKES, R.; BARRON, P.; SANDERS, D.; MCINTYRE, D. The health and health system of South Africa: historical roots of current public health challenges, *Lancet* 2009, August 25, 2009, DOI: 10.1016/S0140-736(09)60951-X. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19709728/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

COSTA, B. A. *Controle Judicial de Políticas Públicas e o Processo Constitucional: gestão processual, negociação e soluções*. Curitiba: Juruá, 2015.

DALLARI, M. P. D.; BUCCI, C. S. (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, *Kindle*.

DALLARI, S. G. O direito à saúde. *Rev. Saúde Públ. S. Paulo*, 22:57-63, 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

DAVIS, D. Adjudicating the Socioeconomic Rights in the South African Constitution: Towards 'Deference Lite'? *South African Journal on Human Rights*, v. 2, 2006, p. 301-327. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/19962126.2006.11864892>. Acesso em: 20 jul. 2020.

DHAI, A.; MAHOMED, S. Healthcare in crisis: A shameful disrespect of our Constitution. *S Afr J Bioethics Law*, v. 11, July 2018, p. 8-10, DOI: 10.7196/SAJBL.2018.v11i1.649. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326388102_Healthcare_in_Crisis_A_Shameful_Disrespect_of_our_Constitution. Acesso em: 10, jan. 2021.

DUDH, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo - USP, São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 25 nov. 2019.

FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1934. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Acesso em 05 mai. 2020.

FIGUEIREDO, M. F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. *BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)* vol.12 no.3 São Paulo, 2010, p. 220-226. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 02 fev. 2020.

FORMAN, L.; PILLAY, Y.; SAIT, L. Health Legislation 1994 – 2003. *South African Health Review*, v. 2003/2004, n.1, 2004, p. 13-28. Disponível em: <https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/EJC35420>. Acesso em: Acesso em: 20 jun. 2020.

FOSYGA, Fondo de Solidaridad y Garantía. *Todo al día*: Blog de trámites. 2020. Disponível em: <https://www.fosyga.in/fosyga/>. Acesso em: 06 mai. 2020.

FRANCO-GIRALDO, A. Referentes teóricos para el análisis de la reforma del sistema de salud colombiano. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, vol. 11, núm. 22, junio, 2012, p. 28-42, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgsp11-22.rtpa>. Disponível em: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/gerepolsal/article/view/3287>. Acesso em jul. 2020.

GIOVANELLA, L.; ALMEIDA, P. F.; ROMERO, R. V.; OLIVEIRA, S.; SILVA, H. T. Visão geral da atenção primária à saúde na América do Sul: concepções, componentes e

desafios Panorama da Atenção Primária à Saúde na América do Sul: concepções, componentes e desafios. *Saúde Debate*, v. 39, n. 105, Rio de Janeiro, 2015, p.300-322.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de Indicadores Sociais: em 2019, proporção de pobres cai para 24,7% e extrema pobreza se mantém em 6,5% da população, 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao#:~:text=De%202018%20para%202019%2C%20a,24%2C7%25%20das%20pessoas.&text=Entre%202018%20e%202019%2C%20a,27%2C5%25%20em%202019> Acesso em: 19 dez. 2020.

ICTQ, INSTITUTO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E QUALIDADE. *PESQUISA – AUTOMEDICAÇÃO NO BRASIL (2018)*, 2018. Disponível em: <https://www.ictq.com.br/pesquisa-do-ictq/871-pesquisa-automedicacao-no-brasil-2018>. Acesso em: 19 jul. 2020.

INSPER, INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (Coords.). Conselho Nacional de Justiça, 2019.

JÚNIOR, I. B.; PAVANI, M. R. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. *Revista Dir. Gar. Fund., Vitória*, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/263>. Acesso em 03 jun. 2020.

KORNEGAY, F. A África do Sul como potência emergente: dilemas especiais e dimensões de segurança. In.: VISENTINI, P. G. F.; PEREIRA, A. D. (Orgs.). *África do Sul: História, Estado e Sociedade*, 2010, p. 131-160. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/709-africa_do_Sul_-_Historia_Estado_e_Sociedade.pdf. Acesso em: 08 jan. 2021.

LANDAU, D. South African Social Rights Jurisprudence and the Global Canon: A Revisionist View. In: DIXON, R.; ROUX, T. (Eds.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments: A Critical Assessment of the 1996 South African Constitution's Local and International Influence* (pp. 406-428). Cambridge: Cambridge University Press, 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/constitutional-triumphs-constitutional-disappointments/south-african-social-rights-jurisprudence-and-the-global-canon-a-revisionist-view/CFA2443D465488FCF4DCA2809C6E7D53>. Acesso em: 20 set. 2019.

LEGRAND, P. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hache São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, *Kindle*.

LIEBENBERG, S. Direct Constitutional Protection of Economic, Social and Cultural Rights in South Africa. *The Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Africa International: Regional and National Perspectives*, Cambridge University Press, 2017, p. 307-337, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316780251.013>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/protection-of-economic-social-and-cultural->

rights-in-africa/direct-constitutional-protection-of-economic-social-and-cultural-rights-in-south-africa/70D2BF2FC79885EFB30495146644AEB9. Acesso em: 20 jun. 2020.

LIEBENBERG, S. South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights: na effective tool in challenging poverty? *Law, Democracy & Development*, Cambridge University Press, 2009, p. 159-191, DOI:

<https://doi.org/10.1017/CBO9780511815485.006>. Disponível em:

<https://www.cambridge.org/core/books/social-rights-jurisprudence/south-africa/22CC7A3D2A2046C7EEE252D7344FDB9D>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LIMA, F. D. S. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em: jun. 2018.

LIMA, F. D. S., FRANÇA, E. P. C. Ativismo dialógico X Bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 31, 2019, p. 209-243.

LOURENÇO, J. L. O Constitucionalismo e as experiências democratizantes na América Latina: um estudo comparativo entre as Constituições do Brasil, Colômbia e Equador. *Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina*, USP, 2016.

Disponível em: https://sites.usp.br/prolam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/Joyce_Lourenco_IISimposio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-America-Latina.pdf.

Acesso em: 15 mai. 2020.

LUHMANN, N. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, E. D. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MAESTAD, O.; RAKNER, L.; FERRAZ, O. L. M. Assessing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil Colombia, Costa Rica, India, and South Africa. In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*. Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, p. 273-371, *kindle*.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev. Saúde Pública [online]*. 2007, vol.41, n.1, p.101-107. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489102007000100014&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 abr. 2020.

MAYOSI, B. M.; LAWN, J. E.; NIEKERK, A.; BRADSHAW, D.; KARIN, S. A.; COOVADIA, H. M. Health in South Africa: changes and challenges since 2009. *Lancet* 2012, 2 November 30, 2012, p. 2029-2043 DOI: [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(12\)61814-5](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(12)61814-5). Disponível em:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140673612618145>. Acesso em: 15 mai. 2020.

MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I. V. D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciênc. saúde coletiva [online]*. 2013, vol.18, n.4, pp.1079-1088. Disponível em:

<https://www.scielo.br/pdf/csc/v18n4/22.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MELLACE, L.; ROMEO, A. As “desventuras” dos direitos sociais: entre dificuldades teóricas e crise econômica. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 27, p. 192-224, 2017. Disponível em:

<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/192>. Acesso em: 20 jul. 2020.

NAKAMURA, Fernanda de Castro; CAOBIANCO, Nathália Melazi. A judicialização do direito à saúde em uma perspectiva comparada: Brasil e Colômbia. *R. Dir. sanit.*, São Paulo v.20 n.1, p. 63-85, mar./jun. 2019. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164205/157583>. Acesso em: 07 fev. 2020.

NGWENA, C. Escopo e limite da judicialização do direito constitucional à saúde na África do Sul: avaliação de casos com referência específica à justiciabilidade da saúde. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 14, n. 2, jul./out. 2013, p. 43-87. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/63991/92855>. Acesso em 01 nov. 2020.

NORGHEIN, O. F.; GLOPPEN, S. Litigating for Medicines: How Can We Access Impacto in Health Outcomes? In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*. Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, p. 304-332, *kindle*.

NORONHA, J. C.; PEREIRA, T. R. Princípios do sistema de saúde brasileiro. In: GADELHA, P. (Coord.). *A saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde*. v. 3. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde, 2013, p. 17-32. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 02 mar. 2020.

OMS, ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Feito na cidade de Nova Iorque em 22 de Julho de 1946, num único exemplar, feito em língua chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa, sendo cada um dos textos igualmente autêntico. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-daSaude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 07 fev. 2020.

ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 07 fev. 2020.

PEPE, V. L. E.; VERAS, C. M. T. *A prescrição médica. Instituto de Medicina Social*. n. 111. Rio de Janeiro: UERJ/MS, 1995. Disponível em: <https://www.ims.uerj.br/wp-content/uploads/2017/05/SESC-111.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

PEREIRA, J. G.; PEPE, V. L. E. Acesso a medicamentos por via judicial no paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais. *R. Dir. sanit.*, São Paulo v.15 n.2, p. 30-45, jul./out., 2014, DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v15i2p30-45>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/88355>. Acesso em: 06 jul. 2020.

PIDESC, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assemblcia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992*. 1966. Disponível em: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/09/PIDESC.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2020.

PRADA, C.; CHAVES, S. *Health system structure and transformations in Colombia between 1990 and 2013: a sociohistorical study*. Tradução livre, Critical Public Health, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323887984_Health_system_structur_and_transformations_in_Colombia_between_1990_and_2013_a_socio-historical_study. Acesso em: 16 set. 2020.

RAEFRAY, A. P. O. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMIREZ, E. C. Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. *Revista de Derecho*, n. 40. Tradução livre. Disponível em: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/4855/3589>. Acesso em: 02 jun. 2020.

RESTREPO-ZEA, J. H.; CASAS-BUSTAMANTE, L. P.; ESPINAL-PIEDRAHITA, J. *J. Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: Qu ha pasado em Colombia después de diez años de la Sentencia T-760?* *Rev. Salud Pública*. 20 (6): 670-676, 2018, p. 670-676. Tradução livre. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rsap/v20n6/0124-0064-rsap-20-06-670.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

ROSEVEAR, E. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. *Revista de investigações constitucionais*. v. 5, n. 3, setembro/dezembro 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60968/37522>. Acesso em: 20 jun. 2020.

ROUX, T. Understanding Grootboom—A responseto Cass R.Sunstein. *Forum Constitutionnel*, n. 12, v. 2, 2002. Disponível em: https://journals.library.ualberta.ca/constitutional_forum/index.php/constitutional_forum/article/view/11071/8511 . Acesso em: 15 jan. 2021.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, I. W. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?* Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em 05 mar. 2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 02 fev. 2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RUGGERI RÉ, A. L. M. (Org.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. v. 1. 2. ed. Juspodivm, 2014. p. 111-146. Disponível em: http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11336/2/O_direito_fundamental_a_protecao_e_promocao_da_saude_no_Brasil_Principais_aspectos_e_problemas.pdf Acesso em 02 fev. 2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. *RIDB*, Ano 2 (2013), n. 4. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf. Acesso em 15 dez. 2019.

SARMENTO, D. A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2009. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em 19 nov. 2019.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. 2009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.p> Acesso em: 02 mar. 2020.

SCHEPPELE, K. L. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*. v. 1. n. 2. p. 296-324, 2003.

SEGRE, M.; FERRAZ, F. C. O conceito de saúde. *Rev. Saúde Pública*, 1997, p. 538-542. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v31n5/2334.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

SILVA, V. A. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6, 2005, p. 541-558. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wpcontent/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

SILVA, V. A. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. *Administração Pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570.

SILVA, V. A. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, F. D. et al. (Orgs.). *Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 735-747.

SILVA, V. A. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. *Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002307976>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, I; HUGHES, G. D.; B. E. WYK; V. MATHEWS; ARAÚJO, E. M. Comparative Analysis of the Constitution and Implementation of Race/Skin Color Field in Health Information Systems: Brazil and South Africa. *Journal of Racial and Ethnic Health Disparities*, 2020, DOI: <https://doi.org/10.1007/s40615-020-00789-5>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40615-020-00789-5>. Acesso em: 12 dez. 2020.

STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AGRG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 271.286-8. RIO GRANDE DO SUL*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=33553>. Acesso em: 19 jul. 2020.

STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 657718 MG - MINAS GERAIS*, Relator: Ministro Marco Aurelio. DJ: 03/06/2019. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 02 fev. 2020.

STJ, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *RECURSO ESPECIAL. REsp 1657156 RJ – RIO DE JANEIRO*, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Superior Tribunal de Justiça. Data de Publicação: DJe 04/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>. Acesso em: 02 fev. 2020.

SUNSTEIN, C. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. *John M. Olin Law & Economics Working*, Paper n. 124, University of Chicago Law School Chicago Unbound, 2001. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics. Acesso em: 12 dez. 2020.

TAYLOR, M. M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*. v. 50, n. 2. Rio de Janeiro, p. 229-257. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TIBURI, M. *Feminismo em comum: para todas, todes e todos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

TORRADO, M. L. R.; CRUZ, A. Claros y oscuros de los procesos administrativos sancionadores surtidos ante la Superintendencia Nacional de Salud. *Pensamiento Jurídico*, n. 49, jan./jun., Bogotá, 2018, p. 81-112. Tradução livre. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/70513>. Acesso em 02 jun. 2020.

UNITED NATIONS, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3; depositary notification C.N.781.2001.TREATIES-6 of 5 October 2001 [Proposal of correction to the original of the Covenant (Chinese authentic text) and C.N.7.2002.TREATIES-1 of 3 January 2002 [Rectification of the original of the Covenant (Chinese authentic text)], 2020. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en. Acesso em: 20 dez. 2020.

VALLE, V. R. L. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, julho/dezembro de 2013. Disponível em: [file:///C:/Users/HP/Desktop/Downloads/420-Texto%20do%20artigo-1102-1-10-20131209%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Desktop/Downloads/420-Texto%20do%20artigo-1102-1-10-20131209%20(1).pdf). Acesso em 02 fev. 2020.

VALLE, V. R. L. Decisão judicial em direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 67-102, maio / ago. 2014.

VALLE, V. R. L. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-134, maio/ago, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55250/35889>. Acesso em 15 ago. 2020.

VALLE, V. R. L. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

VASCONSELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

VEIGA, J. E. Revista “The Lancet” é a mais importante na área de ciências médicas. *Jornal da USP*. Universidade de São Paulo: São Paulo. Disponível <https://jornal.usp.br/atualidades/revista-the-lancet-e-a-mais-importante-na-area-de-ciencias-medicas/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

VILLEGAS, M. G. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en la América Latina. *Análisis Político*. v. 25. n. 75. p. 89-110, 2012.

WANG, D. W.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Rev. Adm. Pública*. Rio de Janeiro, set./out. 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

XAVIER, C. Judicialização da Saúde: Perspectiva Crítica sobre os Gastos da União para o Cumprimento das Ordens Judiciais. In: SANTOS, A. O.; LOPES, L. T. (Orgs.). *Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*. 1 ed. Brasília: CONASS, 2018, p. 52-61. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

YAMIN, A. E.; PARRA-VERA, O.; GIANELLA, C. Judicial Protection of the Right to Health: na Elusive Promise? In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*. Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, *kindle*.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento métodos*. Tradução: Cristhian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015, *kindle*.

YEPES, R. U. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *SUR - REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS*, n. 6, a. 4, 2007, p. 53-69. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/a04v4n6.pdf>. Acesso em 07 out. 2019.

YOUNG, K.; LEMAITRE R. J.; The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa. *Harvard Human Rights Journal*. Tradução livre. v. 26, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2920289. Acesso em: 10 set. 2019.