



Danilo Alves de Sousa

O SUPREMO PROVIDOR

Uma análise dos argumentos utilizados em litígios de saúde

Monografia apresentada a Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação de Ivan Candido da Silva de Franco.

SÃO PAULO

2014

Resumo: Esta monografia procura analisar os argumentos levados ao STF em questões de Direito à saúde, mais especificamente no caso de solicitação de medicamentos e tratamentos de forma qualitativa. Por se tratar de um tema delicado esperara-se que o mínimo de diálogo entre a Corte e as partes, porém, não é isso o que ocorre. Com um universo praticamente sempre favorável ao impetrante em decisões unânimes percebe-se que a Corte não está aberta a novos argumentos e que este isolamento está causando problemas sérios.

Casos citados: AI-AgR 550530, AI-AgR 553712, AI-AgR 597182, AI-AgR 693564, AI-AgR 734487, AI-AgR 822882, AI-AgR 842740, AI-AgR-ED 734689, AI-ED 824946, ARE 661288, ARE-AgR 738729, ARE-AgR 740800, ARE-AgR 741566, ARE-AgR 743841, ARE-AgR 746378, ARE-AgR 746380, ARE-AgR 801676, ARE-AgR 803274, ARE-AgR 812424, ARE-AgR 814541, ARE-ED 800051, ARE-ED 802085, RE 226835, RE 255086, RE 261268, RE 368564, RE 429903, RE-AgR 255627, RE-AgR 259508, RE-AgR 271286, RE-AgR 393175, RE-AgR 516671, RE-AgR 534908, RE-AgR 581352, RE-AgR 599529, RE-AgR 607381, RE-AgR 626328, RE-AgR 626382, RE-AgR 635363, RE-AgR 642536, RE-AgR 648410, RE-AgR 665764, RE-AgR 668724, RE-AgR 716777, RE-AgR 717290, RE-AgR 724292, RE-AgR 724293, RE-AgR 726446, RE-AgR 756149, RE-AgR 762242, RE-AgR 810603, RE-AgR 812748, RE-AgR 814197, RE-AgR 818572, RE-AgR 820910, SL-AgR 47, STA-AgR 175, STA-AgR 223.

Palavras Chaves: Supremo Tribunal Federal; Direito à saúde; políticas públicas; medicamentos; tratamentos; jurisprudência.

“Adoramos a perfeição, porque não a podemos ter; repugná-la-íamos se a tivéssemos. O perfeito é o desumano porque o humano é imperfeito.”

Fernando Pessoa

Agradecimentos

É difícil definir em palavras o que foi esse ano. Não é exagero dizer que a minha vida mudou muito e para melhor, nada disso seria possível sem a ajuda algumas pessoas que eu aqui gostaria de agradecer.

Primeiramente gostaria de agradecer a minha família, em especial aos meus pais e minha avó, que me acompanharam durante esse ano de grandes desafios me apoiando em tudo. Desde uma ajuda para comprar livros até o importantíssimo café nas noites de pesquisa.

Segundo gostaria de agradecer aos Professores Frederico de Almeida e José Eduardo Faria por serem aqueles que despertaram o espírito pesquisador em mim, por meio de suas fantásticas aulas, e me apoiaram logo no início desta empreitada.

A Roberta Sunfeld por ter acreditado em mim. E a Roberta Densa por sempre me dar bons conselhos.

E ao Professor Daniel Wang, por ter me inspirado, com sua aula e seus textos, a seguir por esta linha de pesquisa. Além de ter sido incrivelmente gentil por ter respondido todos os e-mails deste estudante perdido.

Terceiro, aos meus amigos da Escola de Formação, tanto alunos quanto funcionários. Seria impossível ter superado as dificuldades que esse ano maravilhoso trouxe sem a ajuda, as conversas, as piadas, os desabafos e a companhia nas longas noites de pesquisa. Além de terem sido parte essencial na conclusão desta monografia.

Não quero ser injusto com ninguém mas quero especialmente agradecer a Gabriel Fernandes, por ter se mostrado um grande amigo, um companheiro de estudos na biblioteca e um professor fantástico. Além de ter me apoiado em diversas escolhas difíceis que tive de tomar neste ano.

E a Cristiano Dias por ter escutado longos desabafos e por ter sido o suporte, sem o qual, minha vida universitária teria ruído. E por ser um amigo que me ajudou muito mais do que eu pude, até o momento, retribuir.

Por fim ao meu orientador, Ivan de Franco, pelas dicas que moldaram este trabalho e a Bruna Pretzel, André Rosilho e Beatriz Alencar por terem proporcionado uma grande experiência que pretendo levar para a vida.

Obrigado a todos.

Sumário

<u>1</u>	<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>6</u>
<u>2</u>	<u>O CONTEXTO DO DEBATE SOBRE SAÚDE.</u>	<u>10</u>
2.1	A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA	11
2.2	A INTERPRETAÇÃO EXPANSIVA	16
<u>3</u>	<u>METODOLOGIA</u>	<u>20</u>
<u>4</u>	<u>A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</u>	<u>25</u>
4.1	DAS DECISÕES ENCONTRADAS	26
4.2	OS "DEBATES" NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	28
4.3	AS CONTRADIÇÕES NO ARGUMENTO FRENTE AO TEMPO	32
4.4	A AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	38
4.5	A TENTATIVA DE SE CRIAR UMA METODOLOGIA	40
<u>5</u>	<u>CONCLUSÃO</u>	<u>44</u>
<u>6</u>	<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>48</u>

1 Introdução

Esta monografia tem a finalidade de analisar os argumentos utilizados em questões que versem sobre o Direito à saúde na jurisprudência Supremo Tribunal Federal brasileiro, especificamente, nas disputas por medicamentos e tratamentos nas quais o Estado é solicitado para custear.

Trabalho aqui com o período de outubro de 1988 a outubro de 2014. A escolha por este período se deve à implementação da atual Carta Magna, também conhecida como a “Constituição Cidadã” por possuir grande participação de diversos setores da sociedade. Desta reunião de interesses surgiram diversos direitos como ensina Gilmar Mendes:

“A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação de dignidade de todos”¹

Desse modo meu foco estará naqueles direitos instituídos e/ou ampliados com a participação popular pois existem críticas ao excesso de garantias constitucionais que foram obtidas. Argumenta-se principalmente que não há como positivizar tantas demandas sociais de modo eficaz, e que portanto, a litigância tenderia a aumentar em busca destes direitos por via judicial gerando mais problemas do que benefícios uma vez que o número limitado de recursos impossibilitaria tal implementação². É dentro deste macro contexto que esta monografia se insere. Pretendo trazer um pouco mais de luz na questão específica de litigância em busca de medicamentos e tratamentos, pois estes compõem o eixo central das demandas em relação ao Direito à Saúde.

¹ MENDES, Gilmar; Branco, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Edição. Editora Saraiva, 2013 – pág.102

² É claro que não se pretende criticar aqui os direitos sociais mas apenas sua aplicação individualizada por via judicial que pode, como pretendemos demonstrar, causar distorções.

Uma vez que as decisões proferidas pelo STF terão impactos diretos nos recursos públicos, busca-se aqui analisar a abertura argumentativa dos ministros do STF nesse tipo de questão. Ao se acionar o Judiciário por uma eventual omissão e/ou má aplicação de um recurso público para a obtenção de uma efetivação do suposto direito social requerido pelo impetrante sua eventual positivação será custeada pelos mesmos recursos disponíveis para a implementação da política como um todo³.

Deixando em termos mais claros, uma cultura "garantista"⁴ afeta diretamente as políticas públicas quando os recursos não são destinados para a regular consecução da política em questão mas sim para o atendimento de necessidades individuais. Por se tratar de uma administração de recursos limitados em essência, ao se garantir determinado medicamento e/ou tratamento para um indivíduo específico, os recursos destinados para atender a essa demanda são retirados do mesmo fundo que é responsável por atender a uma grande quantidade de pessoas.

Dessa forma o STF tem que estar aberto para novas informações em prol de não afetar com suas decisões o bom andamento de todo o sistema de administração de recursos das políticas públicas de saúde. É claro, não podemos esquecer que em contrapartida temos os direitos dos indivíduos em jogo, e que uma eventual negativa na pretensão destas pessoas pode resultar em consequências severas para sua saúde e dependendo do caso, pode inclusive resultar na morte do requerente.

Debater se o STF (e o Judiciário como um todo) seria o lugar ideal para esse tipo de embate é uma questão separada do corpo desta monografia. Efetivamente o que ocorre é a ampla utilização deste meio para a tentativa de satisfação de demandas. A importância efetiva do tribunal na vida das pessoas é crescente e neste ponto aproveito-me da lição de Oscar Vilhena:

³WANG, D. W. L. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV, 2013.

⁴ Por *garantista* considero uma atuação que prime pela positivação, sempre que possível, de direitos e princípios fundamentais em prol daqueles que se apresentem em situação hipossuficiente.

*"Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com a sua atuação passada."*⁵

Seguindo a linha de resultado de diversos estudos⁶ é possível aferir uma porcentagem de vitória para a parte requerente de cerca de 90%, um número extremamente alto e que suscita alguns questionamentos acerca da eficácia argumentativa da parte impetrada. Em uma questão tão séria, estaria a Corte desprezando alguns argumentos? Ou talvez a estrutura argumentativa não foi a mais adequada para a obtenção da vitória? Ainda, é possível que os casos não aceitos são semelhantes e o determinante não sejam os argumentos utilizados pelas partes, mas, sim, a causa em discussão?

Sempre lembrando que um alto índice de vitória do requerente não é necessariamente benéfico para o todo. Há uma tendência de se enxergar uma decisão que beneficia a parte requerente e hipossuficiente como boa, mas se as consequências do julgamento forem mais problemas de racionalidade no uso dos recursos para a implementação das políticas públicas de saúde, será que o resultado não seria uma subversão das políticas de Estado? Será que isso não faria com que o mais hipossuficiente acabe por ter ainda menos recursos, via política de saúde, e precise litigar mais? Ou, pior, que não litigue e fique sem o medicamento ou tratamento antes previsto nas políticas de saúde?

Ressalto, contudo que minha finalidade não é a análise do sistema de litígio em questões de saúde, mas sim do diálogo presente que deveria

⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, vol. 4, nº 2, 2008: pp. 441 e ss.

⁶ WANG, Daniel. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, 2013.

acontecer entre os argumentos das partes e as decisões preferidas pelos juízes.

Entendo ser válido admitir que os Ministros estão minimamente vinculados a suas decisões de modo que devem julgá-las levando em conta os argumentos necessários e ao menos respondendo os questionamentos e pedidos das partes.

Portanto, por meio de uma divisão temática entre medicamentos e tratamentos e pela similaridade que os casos possuem, busco averiguar uma lógica argumentativa nos casos que pode ser classificada. É nisto que reside o escopo desta monografia, a análise qualitativa de argumentos dos requerentes e da Corte a fim de se averiguar quais são mais eficazes no litígio e seus desdobramentos.

2 O contexto do debate sobre saúde.

O debate sobre direito à saúde é consideravelmente complexo, mas pode ser dividido em duas correntes majoritárias com algumas questões adicionais. Partiremos aqui do pressuposto de que o Judiciário pode ser acionado por omissão dos outros entes para analisar se sua conduta está de acordo com a vontade constitucional, ainda que para não conceder o pedido feito. Isso é avaliável em diversas formas até mesmo pela existência de mecanismos específicos como o Mandato de Injunção⁷.

Ainda que tal justificativa se mostre insuficiente em termos jurídicos o que ocorre *de facto* é a ampla judicialização desta área, vide o número de casos selecionados e o já disposto na introdução, de forma que o pressuposto, se mostra sólido.

Primeiramente, por direito à saúde estamos discutindo o direito constitucional à saúde que é positivado na Constituição em diversos momentos, sendo notório seu art. 196, cujo conteúdo é o seguinte:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Parte da doutrina considera tal direito como regra de caráter programático. Tais regras, como ensina Gilmar Mendes, *“traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico”*⁸. A partir desse artigo da Constituição temos o primeiro ponto de choque entre as correntes que serão chamadas de **restritiva** e **expansiva** para efeitos puramente didáticos.

⁷ “Processo que pede a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não o fizeram. O pedido é feito para garantir o direito de alguém prejudicado pela omissão.” - <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=M&id=188>

⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Edição. Editora Saraiva, 2013 – pág.63

2.1 A interpretação restritiva

A corrente restritiva argumenta que o artigo 196 da Constituição Federal não vincula o Estado a uma obrigação específica mas, sim, com o todo do sistema de saúde. Portanto o Estado teria “apenas” a obrigação de fornecer um serviço de saúde de modo isonômico e competente dentro dos recursos por ele possuídos. Para ilustrar, caso alguém se sentisse lesado por não obter certo tipo de tratamento ou medicamento específico e eventualmente acionasse o estado, esta corrente defenderia que o pedido não poderia ser provido ainda que fosse possível fazê-lo.

Desse modo entende-se que qualquer decisão contrária ao pensamento restritivo tem consequências severas, como salienta Daniel Wang:

“Eu argumento que os litígios de saúde no Brasil estão tornando o sistema público de saúde menos justo e racional. As Cortes estão criando um sistema de saúde de duas vias – uma para aqueles que tem acesso a qualquer tratamento independentemente do custo, e outro para o resto da população que têm um acesso restrito a saúde – e obrigam o fornecimento de medicamentos baseando-se em pobres evidências e sem considerar o custo-benefício ou as políticas públicas⁹”
(Tradução própria¹⁰)

O trecho de Wang expõe parte da argumentação dos restritivos, o fato de que apenas uma minoria poderia ter acesso a esse tipo de tratamento diferenciado, seja pela falta de informação de como obtê-los, pela impossibilidade de se acessar o Judiciário ou mesmo por uma questão de

⁹ Original: “I argue that health care litigation in Brazil is making the public health system less fair and rational. Courts are creating a two-tier public health system – one for those who can litigate and have access to any treatment irrespective of cost, and the other for the rest of the population who has access to restricted care – and compels the provision of drugs based on poor evidence and without considering cost-effectiveness or public health priorities.” - WANG, Daniel. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV, 2013

¹⁰ Qualquer erro cometido na tradução deste e de outras citações é de total responsabilidade minha.

viabilidade orçamentária do estado. Dessa forma estar-se-ia desequilibrando o princípio da isonomia.

Mesmo tratando a questão de modo puramente interpretativo quanto a norma em si a crítica dogmática restritiva é direta em afirmar que o Judiciário está se excedendo ao tomar este tipo de decisão, quanto a isso ensina José Reinaldo Lopes:

*"(...) o art. 196 da CF é sempre citado apenas na sua primeira parte. Omitem-se da citação todos os outros termos do artigo, que na sua versão integral diz: 'A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação'. Como se vê, uma leitura completa mostra que a garantia do 'direito à saúde' prevista na Constituição é feita mediante 'políticas' que têm dois objetivos: redução do risco (ou seja, diminuição estatística) e acesso universal. Pode-se, portanto entender que o dever do Estado consiste em realizar e executar programas (ações coordenadas, integradas e de resultados mensuráveis) limitados pelo objetivo do acesso universal. O problema do acesso universal nunca é discutido pelos tribunais nos casos dramáticos e urgentes de pedidos individuais de medicamentos. Deste modo permanece a tensão entre a necessidade individual de um cidadão em particular, que não se pode negar, e o dever do Estado de provê-lo daquele tratamento específico. Para que a necessidade individual se convertesse em direito, na forma do art. 196 da Constituição, parece-me que seria necessário fazer o pedido em termos universais ou seja para que o Tribunal se dispusesse a conceder o tratamento em termos de direito, não em termos de **misericórdia ou***

caridade, seria preciso que fosse filtrado pelo princípio da universalidade(...)”¹¹ (grifo nosso)

Ao se positivar o direito litigado as Cortes estariam afetando o direito de uma maioria anônima que teria os seus recursos realocados de modo não limitado (vide a possibilidade de se conceder medicamentos de alto custo a qual tratarei a no Capítulo 4.3) para indivíduos que motivaram a máquina judicial mas que de modo algum poderiam ter sua pretensão colocada acima das demais. Mesmo levando para o extremo, quando o objeto em questão é a própria vida, não há como afirmar que a necessidade individual seja superior à necessidade de outros, o fato de uma pessoa solicitar uma cirurgia de alto custo e não coberta pelo SUS no Judiciário não garantirá que outras pessoas em similar condição *a priori* possam ser beneficiadas desta decisão. Portanto, argumenta-se, faltam critérios para a aplicação destas decisões.

Ainda, continuando a interpretação acima citada, uma vez que o Estado possui recursos limitados, estes precisam ser relocados de modo a cumprir da melhor maneira possível suas funções, as políticas públicas são formuladas de modo a se avaliar o melhor custo-benefício. No caso das políticas de saúde isso seria o resultado do melhor tratamento possível para a totalidade das pessoas, pois do contrário não seria justo apresentar um serviço de altíssima qualidade para um grupo limitado de pessoas devido princípio da isonomia¹² que seria novamente ferido.

As decisões que eventualmente dessem provimento os pedidos estariam agindo de modo a acentuar as desigualdades, e seriam focadas na situação crítica dos indivíduos em detrimento do eventual direito que eles possam. Ou seja argumenta-se também que os julgadores (juízes, desembargadores e até ministros) são direcionados mais pelas suas emoções do que pelos direitos constituídos.

¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os Tribunais e os Direitos Sociais no Brasil. In: *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. São Paulo. 2006, pp. 250-251

¹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” – Constituição Federal do Brasil

Desse modo, qualquer provimento judicial contribuiria para a desregulação de todo o sistema formulado pelas políticas públicas, os recursos que o Estado aplica em uma área em prol da população seriam usados para quitar os provimentos judiciais de forma que o montante de recursos destinado à política seria reduzido. Tal lógica se mostra sólida pois mesmo que o Estado utilize recursos de outra área o efeito ainda seria o mesmo apenas realocando o problema de lugar em um jogo de soma zero.

Colocando em números o valor gasto em litigâncias subiu em todas as esferas de governamentais. Em nível federal, por exemplo, o valor gasto com decisões judiciais em política públicas subiu, de R\$2,5 milhões em 2005 para R\$266 milhões em 2010¹³. Isto só reafirma o argumento de que o impacto nas contas públicas é sim significativo e tem um impacto considerável no andamento das mesmas.

Com isso, argumentam os defensores dessa corrente, esse montante seria melhor utilizado se aplicado de forma que beneficiasse a coletividade e não somente alguns poucos com acesso aos meios necessários, sendo que isto afetaria o limite da *reserva do possível* como argumenta novamente Daniel Wang¹⁴:

"Robert Alexy (2001) define esse termo como 'aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade'. Para esse autor, isso não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar esse direito. Significa que direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável a todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto"

¹³ WANG. *ibid*

¹⁴ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Rev. direito GV* [online]. 2008, vol.4, n.2

Assim estar-se-ia ultrapassando a capacidade máxima de atendimento de demandas que o Estado possuiria em prol de um direito que, até poderia se considerar devido, mas que de modo concreto seria impraticável, restando a sua aplicação de modo diluído, por meio de políticas públicas constituídas na medida do possível, de forma a abarcar o maior número de beneficiários como já exposto.

Critica-se ainda se o Judiciário teria capacidade técnica para determinar quem deveria ser beneficiado pelas políticas por não poder avaliar se o medicamento pretendido é o melhor.

Outro ponto muito debatido pelos restritivos é que as decisões judiciais estariam afetando o Princípio da Separação de poderes em duas vertentes sendo que a primeira é justificada por uma interpretação artigo é o art. 198, cujo conteúdo é:

*Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma **rede regionalizada e hierarquizada** e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes*

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (grifo nosso)

Entende-se que uma vez que cada região deve manter um sistema de saúde próprio com uma direção independente e descentralizada. Logo, no limite, seria possível que a demanda fosse aceita pelo Judiciário mas apenas o ente responsável¹⁵, pela administração que "feriu" o direito pleiteado. Porém não é isso o que ocorre, o Judiciário tem um entendimento consolidado no sentido de que os órgãos são solidários entre si.

Ainda há outra discussão sobre o mesmo tema. A questão (já mencionada) sobre se o STF e os demais órgãos do Judiciário são capazes e/ou legítimos para tomar tais decisões. Argumenta-se que os Ministros (por consequência juízes e desembargadores também) deveriam se manter isentos desse tipo de questão. Isto não significa que esse tipo de demanda

¹⁵ Município, Estado ou a própria federação.

ficaria negligenciada mas sim que seria resolvida no âmbito legislativo, por meio da implementação e regulação das políticas públicas. Coloca-se que o Judiciário não é um órgão eleito e portanto não possui legitimidade para tomar esse tipo de decisão que seria de cerne político.

Desse modo além das razões acima dispostas estar-se-ia criando uma situação de interferência direta na gestão dos entes federativas de modo a restringir a atuação destes para os limites considerados adequados pelo poder Judiciário.

2.2 A interpretação expansiva

Em contrapartida ao que foi exposto temos a interpretação expansiva. Esta é a uma posição que sofre críticas constantes de grande parte da doutrina (como demonstrado anteriormente) mas de modo surpreendente é o tipo de ponto de vista que impera no Judiciário brasileiro, como demonstrado por Daniel Wang. A expressiva margem¹⁶ de vitórias presente em diversas instancias sendo que a marca gira em torno de 90% se considerarmos apenas o Supremo Tribunal Federal.

Além deste contraste, diversas outras causas secundárias são colocadas. Reitero não ser o objetivo aqui proposto argumentar exaustivamente sobre cada uma delas, portanto, serão citadas a fim de elucidar a discussão.

Voltando ao art. 196 da Constituição, aqueles que seguem essa corrente defendem que tal artigo apresenta uma obrigação fática e direta de efetivação tanto de políticas de saúde quanto de auxílio direto a qualquer um que não possua condições para obter auxílio médico de outra forma.

Desenvolvendo essa argumentação, tem-se que o Direito à saúde é um direito inviolável e que o fato de que alguns indivíduos precisam chegar ao ponto de utilizar o Judiciário por não terem suas demandas atendidas já demonstra uma omissão intolerável do Estado pois esta pode custar a vida dos requerentes.

¹⁶ WANG, Daniel. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV, 2013. Pág. 23

Argumentam ainda que não seria possível justificar a limitação pelo princípio da reserva do possível pois o direito à saúde perderia seu caráter inviolável sendo que este princípio, a reserva do possível, poderia ser usado como uma “desculpa”¹⁷ para a ineficiência do Estado pois nunca seria possível haver recursos suficientes para atender todas as demandas e desse modo colocar que os recursos não poderiam ser utilizados por haver condições gerais a serem cumpridas (o atendimento universal) levaria a um quadro no qual os direitos fundamentais perderiam sua efetividade.

Desse modo, colocam que se a reserva do possível for efetivada ao limite, sempre que alguém se visse em condições gravíssimas e seu quadro não fosse contemplado pelas políticas públicas vigentes suas alternativas seriam ou procurar auxílio com recursos próprios ou o mero conformismo atenuado. Nesse sentido valho-me da lição de Paulo Gustavo Gonet Branco:

“O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo”¹⁸

Porém não é possível dizer que os defensores desta corrente não veem limites para o uso de recursos. Na verdade o princípio da reserva do possível só pode ser contestado quando a partir de sua efetivação os outros princípios percam sua função e/ou efetividade. Desse modo é necessário avaliar quais circunstâncias do caso.

No que tange à crítica feita sobre a ofensa a separação de poderes defende-se que esta não ocorre. Pois se analisarmos o art. 196 em sua primeira parte observa-se o seguinte trecho; “A saúde é direito de todos e dever do **Estado**(...)” (grifo nosso). Portanto, não se vê nenhuma condição que anule o requerimento para qualquer um dos membros, uma vez que o Constituinte Originário optou por assim fazê-lo. Caso houvesse uma cláusula especificando a competência de um ente da administração pública esta

¹⁷ Expressão empregada pelo Ministro Marco Aurélio nos debates do Recurso Extraordinário 368564, pág. 24

¹⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª Edição. Editora Saraiva, 2013 – pág.102

deveria ter sido especificada nos artigos correspondentes à competência dos membros do Estado de modo individual e não coletivo.

Portanto concluem-se duas coisas: primeiramente, que os Entes Federativos estão solidariamente sujeitos a sofrerem esse tipo de “interferência” e que, como disposto no início deste capítulo, não havendo outra justificativa que anule a possibilidade de supervisão judicial não existe ofensa ao princípio da separação de poderes.

Há ainda outra crítica, a de que o art. 196 tem caráter programático, de modo que o Estado só estaria vinculado à aplicação de políticas públicas que deveriam ser determinadas por normas infraconstitucionais. Os seguidores da corrente extensiva descaracterizam tal argumento colocando que um direito tão fundamental não pode ser restrito por meio de condições impostas pelo legislador, e que embora as políticas públicas que sejam os meios mais eficientes para positivar este direito ele não fica restrito a este tipo de atuação, nesse sentido novamente Paulo Gustavo Gonet Branco:

“O direito à vida não pode ter seu núcleo essencial apequenado pelo legislador infraconstitucional – e é essa consequência constitucionalmente inadequada que se produziria se se partisse para interpretar a Constituição segundo a legislação ordinária, máxime quando esta não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito à vida.”

Defensores desta corrente argumentarão que quaisquer tentativas de limitar os meios de se obter o direito à saúde em que o objeto em questão for a própria vida são incabíveis.

Ainda é possível ver outra forma de defender esse ponto de vista. Mesmo quando não houver um risco direto à vida do requerente, é possível que o pedido seja feito com base no princípio da dignidade humana, pois os meios para a obtenção do pleno gozo dos outros direitos estariam também sendo limitados. Desse modo estar-se-ia dando aplicação parcial ao direito à vida pela via do direito à saúde.

Outro ponto levantado e talvez o mais polêmico é o dos direitos individuais. Não se pode desprezar o direito individual em que a consequência por tal negação seja a perda de seu bem mais precioso, ou seja, a vida. A questão levanta pontos tanto jurídicos quanto morais pois além do direito efetivo estar sendo desrespeitado, estar-se-ia atribuindo ao juiz a colossal decisão de “carrasco” pois ele seria, em última análise, aquele que determinaria quem receberia os necessários recursos e de que modo isso seria feito. Tal consideração impõe um peso considerável na decisão do juiz que torna, quaisquer decisões contrárias à posituação deste direito, impensáveis.

Por fim talvez a maior crítica possível seria a de que a intensa judicialização tornaria a escolha racional de política pública difícil ou mesmo impossível. No cenário de um Judiciário que prova tal número de demandas o planejamento público perderia o sentido sendo reduzido a mero cenário onde a atuação judicial se compõe.

Porém, responde-se que o Judiciário não determina políticas públicas mas somente age na sua omissão segundo os preceitos constitucionais. Portanto não há o que se falar de anulação da a escolha racional de política pública, pois esta estaria sendo ineficiente se não estivesse conseguindo atender a população de modo minimamente satisfatório.

Expostas ambas as correntes passo a expor o modelo metodológico utilizado nesta pesquisa.

3 Metodologia

Começo justificando meu descarte de decisões monocráticas. Como já dito na introdução minha intenção é a avaliação argumentativa, portanto, é indispensável a existência de debate das questões isso é possível nas decisões coletivas, como justificativa legal utilizo do artigo 557 do C.P.C em minha defesa:

*Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com **jurisprudência dominante** do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (grifo nosso)*

§ 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)

Como visto qualquer argumento que seja contrário à jurisprudência do STF deve ser negado, caso entre em confronto com a jurisprudência dominante do tribunal, porém eventual recurso da decisão negada pode ser apreciado pelas turmas ou pelo pleno. Desse modo, uma vez que as decisões em embates com relação a direito à saúde serão primeiramente apreciadas pelo relator de forma monocrática e somente *a posteriori* encaminhadas para as turmas ou pleno (em caso de recurso) não faz sentido examinar as decisões monocráticas pois justamente as divergências argumentativas que são o escopo desta pesquisa não serão contempladas. Portanto somente as decisões proferidas pelo pleno, primeira e segunda turmas seriam aceitas.

A única exceção seleção será feita no *gráfico 2* (Capítulo 4.3) pois, de modo a dar mais força aos argumentos, vi necessidade de completar o banco de dados existente com as decisões monocráticas de modo a demonstrar sua variação ao longo do tempo.

Para selecionar as decisões monocráticas fiz uma pesquisa no site do STF com o verbete “*direito adj5 saúde prox10 (medicamento\$ ou tratamento\$)*”.

Superada esta questão, de modo a trabalhar com uma linguagem clara, é necessário definir brevemente um conceito. Por Estado, considero qualquer ente que componha a estrutura política do Brasil independentemente da hierarquia. Deve-se ter isto claro pois muitos argumentos utilizados vão justamente criticar este ponto e de modo a evitar confusões trataremos genericamente deste termo.

Sobre os argumentos, pretende-se fazer uma análise qualitativa sobre que tipo de fundamentos tanto as partes quanto o STF usam nesse tipo de questão. De modo a buscar se é efetivamente constituído um diálogo ou se o fato de que a Corte já possui jurisprudência¹⁹ a respeito do tema anula a possibilidade de acepção de novos fatos. Portanto são aqui analisados tanto as estruturas argumentativas presentes nas petições iniciais que serão usadas para averiguar os pontos levantados pelo impetrante quanto as decisões efetivas e suas colocações que representaram o argumento da Corte.

Quanto ao período trabalhado, mesmo levando em conta dados de pesquisas anteriores²⁰ afirmavam que o primeiro caso relacionado ao tema foi julgado em 1997, tomei a precaução de incluir a totalidade do período contemplado pela nova Carta Magna, pois, o banco de dados poderia ter sido atualizado.

Quanto à data final, trata-se de uma mera questão de disponibilidade de tempo, pois sendo este um estudo de curto prazo tomei preferência por encerrar o recorte no dia 13/09/2014, para assim ter um espaço considerável para o estudo dos casos.

¹⁹ WANG, Daniel. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV, 2013.

²⁰ WANG, D. W. L. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV, 2013.

Vale aqui notar um ponto importante. Primeiramente não há uma certeza absoluta do total de casos julgados uma vez que não temos uma base sólida de julgados, como já trabalhado por diversos autores mas perfeitamente ilustrado no artigo citado abaixo:

*"Além das dificuldades no uso das ferramentas de busca, os autores também perceberam que os bancos de dados online de jurisprudência não continham todos os julgados. Portanto, os julgados disponíveis ao público para acesso por meio da Internet consistiam em apenas uma amostra do total de casos decididos pelos tribunais – uma amostra cujos critérios de escolha não estavam explícitos e que, portanto, não garantiam ao usuário que o resultado de sua pesquisa online representasse fidedignamente a posição dos tribunais sobre o tema pesquisado."*²¹

Não pretendo com isso inutilizar o esforço argumentativo deste trabalho mas apenas admitir uma fragilidade do banco de dados existente. Uma vez que não pretendo realizar uma pesquisa exaustiva, creio que o grupo de ações selecionadas será mais do que suficiente para trabalhar a questão.

Resolvida este impasse, sigo para o método de seleção dos acórdãos. Para determinar o escopo de decisões que seriam usadas neste trabalho, restringi minha fonte de buscas à pesquisa de jurisprudência no site do STF²² na seção de jurisprudência. Por meio dos verbetes: "direito adj5 saúde prox10 (medicamento\$ ou tratamento\$)", "direito adj5 saúde e tratamento\$", "direito adj5 saúde e medicamento\$" e "direito adj5 saúde" obtivemos diversas decisões como explicitado na tabela abaixo

²¹ VELHOÇO e col. *A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça*. Revista de Estudos Empíricos em Direito, 2014.

²² <http://www.stf.jus.br/>

Verbetes	Resultados
<i>direito adj5 saúde prox10 (medicamento\$ ou tratamento\$)</i>	18
<i>direito adj5 saúde e tratamento\$</i>	31
<i>direito adj5 saúde e medicamento\$</i>	26
<i>direito adj5 saúde</i>	97

Após excluir as decisões que apareciam repetidas nas diversas buscas e analisar o conteúdo das mesmas, restaram 58 decisões aproveitáveis. Para delimitar quais decisões seriam usadas buscou-se somente aquelas que tratavam de pedidos de tratamentos ou medicamentos em que o impetrado ou o impetrante contra decisão sofrida fosse o Estado.

Após as seleções de casos utilizou-se da ementa para descobrir a função da ação e em caso de dúvidas o inteiro teor. Os verbetes mais genéricos foram utilizados a fim de se evitar a perda de decisões por problemas de classificação que são infelizmente recorrentes na busca de jurisprudência no STF. Ainda assim ressalto não ser possível assegurar que a totalidade de casos foi atingida (e nem é essa a intenção desta monografia) mas isso não anula o fato de que o obtido é suficiente para uma amostra demonstrativa dos argumentos²³. Deste modo ao “bater” as listas foi possível um maior controle e uma subsequente maior segurança de dados.

Após essa triagem inicial, as decisões foram submetidas a uma análise qualitativa por meio do inteiro teor dos acórdãos. Desse modo foi possível determinar os principais argumentos questionados. A partir daí buscou-se dividir os argumentos das sentenças em grupos: **separação de poderes** e **solidariedade em membros federativos**. Utilizou-se estas duas

²³ Até a data do último recorte da presente monografia (13/09/2014) estas decisões eram tudo o que havia disponível no banco de dados do STF.

classificações pois após a leitura do inteiro teor, foi possível averiguar que estes eram os pontos mais frequentemente utilizados nos casos selecionados.

Eventualmente algum argumento externo era utilizado e nestes casos o critério **outros** foi criado onde na possibilidade de argumentação divergente, o exposto era transcrito e classificado.

4 A posição do Supremo Tribunal Federal

Após a análise das decisões, algumas conclusões foram realizadas. Serão brevemente citadas e depois trabalhadas em sub-tópicos específicos.

Primeiramente, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência forte e consolidada em prol de requerente que pleiteiam medicamentos e/ou tratamentos junto ao governo. Como já dito no capítulo 2, o STF tem uma visão claramente expansiva.

Um dos temas utilizados na análise foi a presença do argumento de que os entes federativos possuem solidariedade entre si, o que foi plenamente respaldado pelos dados obtidos. Não só tal o argumento foi utilizado pelos ministros como a diversidade de esferas que aparecem como parte sustentam tal posição.

Outro ponto interessante é a impressionante falta de deliberação, a questão praticamente não é debatida profundamente e não é possível enxergar uma análise argumentativa profunda dos ministros, por outro lado as questões suscitadas também não contribuem para o melhor andamento do debate.

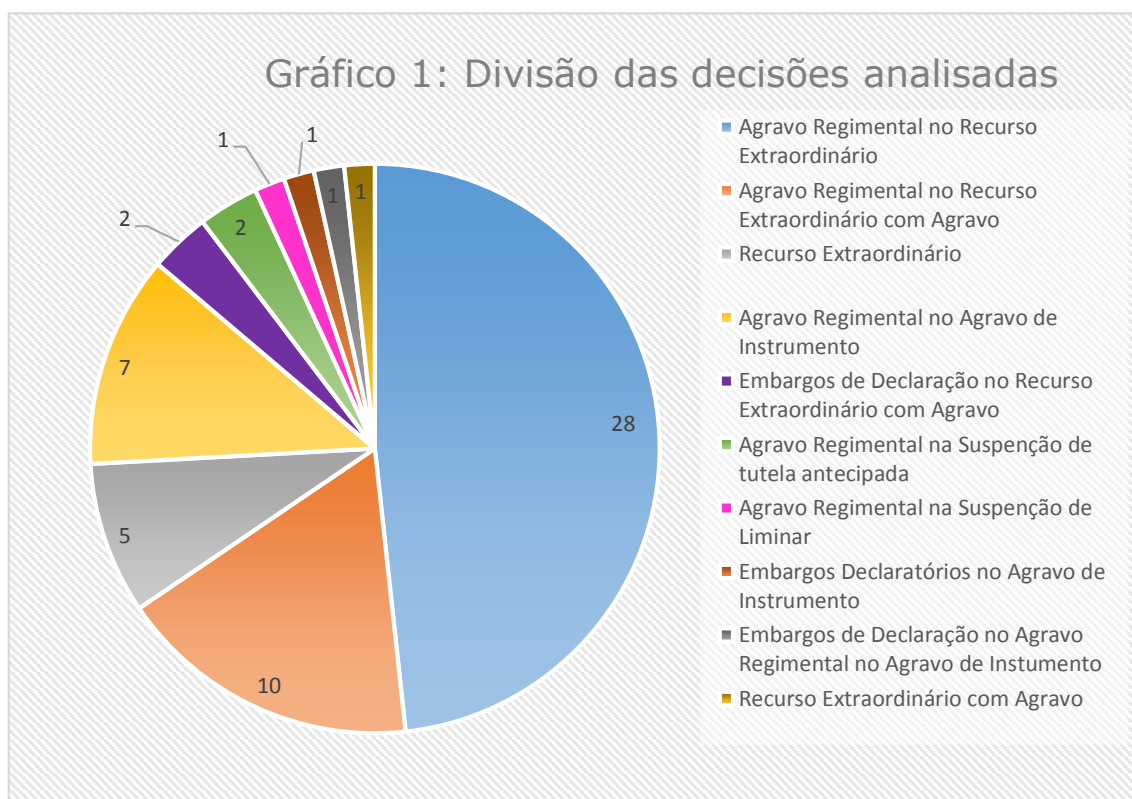
É interessante também ver a progressão argumentativa em transformação. E embora em um primeiro momento pareça que a jurisprudência consolidada é consistente e coerente, algumas brechas aparecem principalmente em questões que versam sobre limites da Corte. Como dito, tratarei com detalhes a frente.

Outro ponto a ser abordado é a interferência argumentativa da Audiência sobre a Judicialização do direito à saúde. Aparentemente o que deveria ter sido uma grande oportunidade para o desenvolvimento do debate no âmbito Judiciário foi mal aproveitada, a argumentação em litígios praticamente não sofreu mudanças e o ônus argumentativo de decisões não foi afetado de modo decisivo.

Assim os litígios em direito à saúde são múltiplos e requerem alguns conhecimentos prévios. Portanto a fim de clarear alguns pontos tratarei brevemente sobre o escopo de decisões e suas particularidades.

4.1 Das decisões encontradas

Como mencionado anteriormente, as decisões utilizaram os mais diversos instrumentos jurídicos. Para uma melhor visualização segue um gráfico mostrando a sua diversidade.



Elaboração própria; fonte STF

A diversidade de recursos demonstra o quão complexo é o tema. Para auxiliar no desenvolvimento dos próximos tópicos explicarei brevemente²⁴ como funcionam tais instrumentos processuais.

- Recurso Extraordinário²⁵: “*Recurso de caráter excepcional para o Supremo Tribunal Federal contra decisões de outros tribunais, em única ou última instância, quando houver ofensa a norma da Constituição Federal.*” Não há limitação quanto a quem pode propô-lo, porém dever estar esgotados todas as possibilidades de recursos em instâncias inferiores.

²⁴ As descrições a foram adaptadas de verbetes informativos encontrados no próprio site do STF na sessão “glossário” (<http://www.stf.jus.br/portal/glossario>). Para evitar notas excessivas apenas colarei o link do respectivo instrumento presente no site.

²⁵ Trechos retirados de <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=D&id=207>

- Agravo²⁶: *“Recurso contra uma decisão tomada por ministro durante um processo. É diferente da apelação contra a sentença ou decisão final do tribunal.”* Portanto sua argumentação deve ser diversa, ele pode ainda ser de alguns subtipos:
 - Agravo Regimental²⁷: *“Recurso ao plenário ou a uma turma contra despacho de ministro. Cabe quando a decisão do ministro negar um recurso apresentado.”*
 - Agravo de Instrumento²⁸: *“Recurso apresentado ao Supremo contra decisão de um presidente de órgão de instância inferior do Judiciário (tribunal estadual, tribunal regional, turma recursal de juizado especial, tribunal superior) que negar subida de recurso extraordinário ao STF. O AG é distribuído por sorteio a um relator, que decide se o recurso pode ou não ser examinado (pelo próprio relator, pela turma ou pelo plenário). Se o relator decidir que o recurso não deve ser examinado, o interessado pode ainda tentar um outro tipo de recurso, o Agravo regimental”*

- Embargos²⁹: *“São um tipo de recurso ordinário para contestar a decisão definitiva. Os mais comuns são os embargos declaratórios. No STF, também cabem os embargos de divergência e os embargos infringentes.”*
 - Embargos de Declaração³⁰: *“São embargos que pedem que se esclareça um ponto da decisão da turma ou do plenário (acórdão) considerado obscuro, contraditório, omissivo ou duvidoso. O prazo para interpor esse tipo de recurso é de cinco*

²⁶ Trechos retirados de <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=131>

²⁷ Trechos retirados de <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=133>

²⁸ Trechos retirados de <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=132>

²⁹ Trechos retirados de <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=146>

³⁰ Trechos retirados de <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=147>

dias. O pedido será dirigido ao relator, que o levará para julgamento na primeira sessão da turma ou do plenário.”

Como podemos observar a própria natureza dos recursos encontrados exigem um esforço argumentativo considerável para serem aceitas. Portanto isso, somado a seleção exclusiva das Cortes ou dos plenos deveria garantir uma argumentação consistente, porém não é isso que ocorre como veremos a seguir.

4.2 Os “debates” no supremo tribunal federal.

Embora o tema seja extremamente controverso e estimule debates profundos e os próprios requerimentos para a utilização dos recursos na Suprema Corte sejam propícios para se discutir questões específicas, observou-se uma verdadeira pobreza argumentativa em que os mesmos argumentos se repetiam diversas vezes independentemente das perguntas solicitadas.

Falando sobre as questões levadas à Corte, é também aqui que reside outro problema sério. Os pedidos levam temas repetidos ao excesso, porém vale ressaltar que devido à impossibilidade fática de se obter as petições iniciais³¹ a única forma de analisar esta parte do diálogo foi por meio do próprio voto dos ministros que por vezes citavam as petições ou ao menos as perguntas que elas traziam segundo sua interpretação. Portanto proponho apenas citar a avaliação retirada desta análise, admitindo *a priori* eventuais problemas que estas possam trazer.

Mesmo partindo do pressuposto de que a análise dos ministros foi perfeita e conseguiu extrair a essência das questões suscitadas, elas são lamentavelmente limitadas, repetindo argumentos já superados na Corte e praticando, por diversas vezes, o que foi classificado pelo Ministro Peluso em duas oportunidades³² como litigância de má fé.

³¹ É válido ressaltar a importância de tal informação, portanto em momento posterior seria extremamente enriquecedor para o próprio debate se um estudo fosse feito cobrindo esta questão.

³² AI-AgR 597182 e RE-AgR 534908

Nos casos julgados pelo Ministro Peluso os agravantes se limitaram a repetir os argumentos que já haviam sido usados na decisão agravada. Tal prática embora contestável não necessariamente implicaria em litigância de má fé, pois em casos como dos próprios embargos declaratórios a função do recurso é clarear o tópico obscuro, portanto os argumentos se “repetiriam”. Além de, mesmo em outros casos, ser uma prática recorrente no tribunal³³.

Indo aos dados, primeiramente é impressionante constatar a falta de dissidência nas decisões das 57 decisões analisadas 53 foram determinadas, em favor dos requerentes que buscavam medicamentos e/ou tratamentos no serviço público, por unanimidade e duas extinguiram o recurso sem resolução por alegação de violação da Súmula 279³⁴. Diante deste impressionante fato proponho duas explicações.

A Primeira é a de que como tal tema já sofreu as discussões aprofundadas anteriormente e como a Corte já se pronunciou de maneira determinante a respeito do tema. Para reforçar tal posição é válido lembrar que em diversos momentos os ministros reforçam tal argumento como por exemplo faz o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da AI-AgR 550530 de 26/06/2012.

“Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos.”

Em diversos outros casos os ministros citam a jurisprudência consolidada como argumento, portanto a questão estaria, de certo modo, resolvida e não demandaria uma grande discussão. O fato de não haver uma grande pluralidade argumentativa seria explicável por estas afirmações.

³³ Novamente, aqui me baseio nos argumentos levantados pelos juízes em comentários para o improvimento mas uma afirmação mais contundente (e empírica) carece de dados.

³⁴ A referida Súmula proíbe o reexame de prova em fase recursal.

Minha segunda hipótese, é a de que não há um debate propriamente dito, as questões levantadas são praticamente todas respondidas com as mesmas premissas e o Direito à Vida é considerado razão em si mesmo. Deste modo, a Corte entende que nenhum outro argumento tem força suficiente para desafiá-lo. Um voto bastante exemplificativo e relativamente recente foi feito pelo Ministro Celso de Mello.

*"Tal como pude enfatizarem decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196), 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: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas"³⁵ (grifo nosso)*

É possível extrair um posicionamento, como já dito, claramente expansivo do STF frente a estas questões. E encontramos para isso três premissas. A primeira, já citada, é que o direito à vida é inviolável e soberano.

A segunda, que o Estado como um todo é vinculado a prover os meios necessários para a concretização deste direito, seja em âmbito individual (como nos casos dos acórdãos onde pessoas pediam para si) quanto na esfera global com políticas públicas voltadas para a saúde e o bem estar coletivo. Portanto os entes federativos apresentariam solidariedade entre si para responder as demandas sociais. Nesse sentido dois trechos do mesmo acórdão³⁶ decidido por unanimidade segundo o voto da ministra Rosa Weber são perfeitos para exemplificar.

³⁵ Trecho retirado do ARE-AgR 814541 de 24/06/2014

³⁶ Trechos retirados do acórdão AI-AgR 842740

"A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a saúde é direito de todos. É dever do Estado prestar assistência à saúde, conforme art. 196 da Constituição Federal, podendo o requerente pleitear de qualquer um dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios."

(...)

"O acórdão recorrido está ajustado à jurisprudência desta Corte no sentido de que a saúde é direito de todos, sendo dever do Estado prestá-la. Nesse contexto a responsabilidade pela viabilização do tratamento médico cabível é solidária, podendo o requerente pleiteá-lo de qualquer um dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, desde que demonstrada a sua necessidade e impossibilidade de custeá-lo com recursos próprios."

A terceira afirmação é a defesa do Judiciário para eventuais críticas relacionadas à interferência na separação dos poderes. Aqui afirma-se que não existe tal interferência pois o poder Judiciário só poderia atuar em eventual omissão dos demais poderes em prover condições propícias para resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos. Um caso que ilustrou bem essa premissa foi o RE 429903 de 25/06/2014 cuja problemática é definida pelo Ministro relator (e voto condutor por unanimidade) Ricardo Lewandowski

*"A controvérsia a ser decidida nos presentes autos, **portanto, é saber se a Administração Pública poderia ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário,** a manter estoque do referido medicamento, por um período de dois meses, no interesse de 36 pessoas que sofrem do mal no Estado do Rio de Janeiro, de modo a evitar novas interrupções no tratamento. (Grifo nosso)*

Completando a descrição do caso, um grupo de pessoas que sofriam de uma doença rara chamada “mal de Gaucher” processou o Estado por falhar em seu dever de manter o medicamento para o tratamento de sua doença em estoque. É válido dizer que o próprio órgão já reconhecia o uso do medicamento e portanto tratou-se de uma falha. Desse modo coloca o Ministro Lewandonski:

*“Com efeito, a decisão recorrida teve por pressuposto a falha do Estado em executar uma ação de saúde pública que ele mesmo se propôs a realizar. Essa ação se destina um grupo de portadores de doença rara e grave, o mal de Gaucher, que demanda tratamento contínuo. Aplica-se, assim, por analogia, o entendimento que esta Corte possui no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo **não viola o princípio da separação dos poderes**”* (grifo nosso)

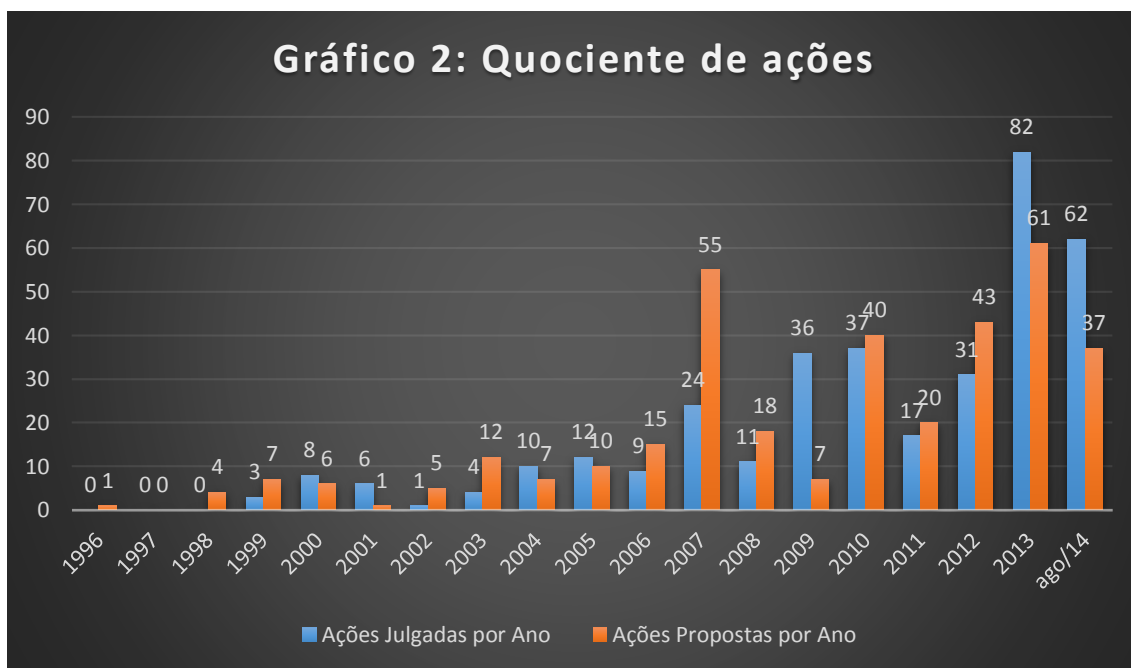
Por meio destes argumentos a Corte mantém certas barreiras que servem para contradizer opiniões contrárias de modo geral. Das decisões analisadas, todas utilizaram as premissas descritas para defender a posição da Corte contra eventuais críticas seja de modo total ou parcial (apenas uma ou duas premissas). E mesmo nos casos parciais não houve uma contestação a elas, apenas não foi necessário levantar utilizar essa tríade argumentativa para rebater as questões suscitadas.

Tal “solidez” argumentativa pode trazer uma falsa sensação de coerência mas após avaliar a ampliação dos limites da Corte no tempo, é possível detectar certas contradições.

4.3 As contradições no argumento frente ao tempo

As decisões da Corte, de modo geral, não perderam seu caráter “garantista” concedendo majoritariamente os tratamentos e medicamentos para os impetrantes, e embora a quantidade de ações julgadas tenha sido

gritantemente diferente ao longo do tempo³⁷, como podemos ver no gráfico³⁸ a seguir.



Elaboração Própria. Fonte STF

A principal informação que pode ser retirada do gráfico é a amplitude temporal, nesses 15 anos a Corte se manteve estável em seu ônus argumentativo porém a diversidade de temas foi muito ampliada e a participação do STF foi importante para delimitar esta expansão.

Primeiramente vamos tratar do caso da Repercussão Geral no RE 566471. Neste caso, do ano de 2007, ficou determinado a obrigatoriedade do poder público de prover medicamentos de alto custo para requerentes. Os impactos desta decisão foram diversos pois a partir daí não somente o respaldo para aqueles que pleiteavam tais recursos no Judiciário foi aumentado, como o limite do próprio em prover tais decisões também o foi.

Como justificativa para tal decisão foi argumentado que o direito à vida era inalienável e que eventuais críticas quanto a disponibilidade de recursos não seriam procedentes pois o Estado não poderia se furtar de seu dever com uma “mera” justificativa orçamentária, portanto, caso alguém em condições

³⁷ O Gráfico vai até o agosto de 2014.

³⁸ O presente gráfico considera as decisões monocráticas vide ressalva feita no capítulo 3.

gravíssimas estivesse necessitando de um medicamento ou tratamento que ultrapassasse o limite orçamentário do ente, este deveria encontrar uma maneira de suprir esta demanda pois entre o das ofensas constitucionais esta seria a menor e mais aceitável.

Desse modo a condição mais importante para que alguém se beneficiasse dessa decisão seria necessário que o indivíduo apresentasse um risco grave e imediato a vida, que indiscutivelmente só poderia ser solucionado com aquele medicamento pois somente assim seria possível justificar tamanha interferência no outro poder³⁹. Tal lógica estaria conforme outras decisões do tribunal em que a principal motivação para se conceder os medicamentos era o resguardo a vida do requerente.

No mesmo ano (2007) que esta decisão foi tomada⁴⁰ uma série de decisões foram tomadas acerca do requerimento de fraldas ocorrendo em maioria por decisões monocráticas mas em 2011 o tema chegou também à Corte por meio de um agravo.

A grande questão por detrás do fato específico não é o objeto em si, fraldas, mas a análise do contexto. Tal medicamento⁴¹ possui um baixo custo e por óbvio não tem como função o resguardo a vida. Portanto, levando em conta a jurisprudência anterior haveria duas possibilidades lógicas: ou se mudava o entendimento para uma versão ainda mais expansiva assumindo um ônus argumentativo novo, ou simplesmente tal medicamento não poderia ser provido.

O que ocorreu de fato foi uma nova expansão dos limites de atuação da Corte, não só foram concedidos os medicamentos como contraditoriamente

³⁹ Fato que, vale lembrar, não é negado pelos ministros em nenhum momento, mas é justificado como fator necessário para que seja possível resguardar os direitos fundamentais de eventuais ofensas.

⁴⁰ Para garantir que este argumento, realizei uma pequena pesquisa no site do STF em busca das primeiras decisões sobre o tema e cheguei na AI 588169, que por ser uma decisão monocrática não constou no escopo originário mas serviu apenas para determinar um ponto de mudança do entendimento. Por fim as palavras chaves utilizadas foram "fraldas (direito adj2 saúde)"

⁴¹ Convencionou-se chamar fraldas de medicamentos em diversas decisões como ARE 743841, ARE 746378, ARE 628328 entre outras.

a argumentação se manteve praticamente inalterada. É exemplificativo o voto do ministro Barroso no AI 822882 de 10/06/2041⁴²

"O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios."

(...)

*"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar **os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos**" (grifo nosso)*

(...)

"O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios."

Muito embora o ministro Barroso argumente que a jurisprudência da Corte garanta que o Estado deva suprir "*os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos*" não é exatamente isso que se vê. Na verdade, como já foi dito, o que se via era uma jurisprudência consolidada no sentido de resguardar o direito à vida em situações emergenciais e não utilizar dessa "ferramenta" ao bel prazer.

Tenho ciência da dificuldade enfrentada pelo magistrado. Ao se julgar casos que envolvam questões tão delicadas é difícil pensar em outra possibilidade que não a do provimento dos recursos necessários. O objetivo

⁴² No mesmo sentido ARE 743841, ARE 746378, ARE 628328, ARE 626382, ARE 635363, ARE 688724, ARE 724292, ARE724293, ARE 726446

é nobre, garantir ao indivíduo uma condição de vida melhor, porém ao tomar esse tipo de decisão se ignora diversos problemas.

Como não havia o que se argumentar quanto a necessidade de se resguardar o direito à vida os ministros foram para outro lado justificando sua ação por meio da necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana no gozo de seu direito à vida. Não fica claro o que tal argumento suscita e principalmente pelo fato de ser baseado em um princípio não se sabe ao certo quais são os novos limites (ou mesmo se existem limites) para o que pode agora ser pleiteado.

Como consequência uma contradição surge, se os medicamentos de alto custo só podem ser pleiteados por que o princípio do direito à vida é mais importante que a separação de poderes e eventuais ofensas ao planejamento das contas públicas e os medicamentos de baixo custo são defendidos com a premissa de "gozo" do direito à vida (ou seja, a qualidade de vida) surge uma falha.

A argumentação da corte até então reconhecia as críticas e se defendia pelo uso do princípio do direito à vida. Mas no caso dos medicamentos de baixo custo tal premissa não procede pois não há risco do direito à vida.

Desse modo seria o direito do "gozo do direito à saúde" que pode ser traduzido como o direito a dignidade da pessoa humana. Mas seria este suficiente para superar as críticas argumentativas da separação dos poderes e da interferência Judiciária?

Uma análise lógica concluiria que deve haver um princípio que seria preterido pois ambos estão sustentando argumentações que, embora apontem para o mesmo fim, se sustentam em bases opostas.

Tal pergunta não encontra resposta nas decisões e nem parece que os ministros buscam encontrar resposta para tanto. Basicamente a contradição não é vista como um grande problema muito embora ele afete diretamente o andamento de toda máquina estatal.

A preterir os princípios que regem a ordem institucional os ministros fazem uma escolha sopesando valores. Quando é decidido que os recursos

serão realocados para atender uma ordem judicial é preciso ter em mente que eles serão transferidos dos mesmos fundos responsáveis por sustentar toda a estrutura que garante o bom andamento da própria política pública de saúde, portanto novamente levanto a questão, será que os argumentos são fortes o suficiente para sustentar tão drástica posição?

Quanto ao caso dos medicamentos de alto custo, a justificativa é mais forte pois trata-se, majoritariamente, de casos extremos onde uma decisão contrária pode custar a vida de um impetrante, ainda é preciso avaliar que caso o objeto solicitado seja provido, o fato deste possuir alto custo, traria maior impacto para as contas públicas o que seria refletido em um escopo ainda maior de indivíduos que eventualmente não seriam mais beneficiados pela política pública afetada.

Agora no caso dos medicamentos de baixo custo, encabeçados pelos pedidos de fraldas, a argumentação é mais frágil. Seria justo afetar as contas públicas e retirar verbas que de outro modo poderiam ser destinadas para serviços essenciais somente para prover o “gozo do direito à saúde”?

Muito embora a qualidade de vida seja um fator essencial para todos, parece-me improprio coloca-la acima do próprio direito à vida. Quando se retira recursos da política pública ataca-se ela como um todo, por consequência eventuais recursos que seriam destinados para casos mais graves simplesmente deixariam de existir.

Porém pode-se argumentar que, como o medicamento possui um valor pequeno, o impacto nas contas públicas seria ínfimo. Tal afirmação carece de suporte fático e enfrenta fortes críticas de diversos estudos⁴³. Como já foi citado anteriormente a litigação em casos de direito à saúde sofre sequenciais altas ao longo dos anos e eventual insignificância de custo individual seria perdida caso o número de pedidos crescesse, como apontam os quadros citados.

⁴³ WANG, D. W. L. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV, 2013.

Portanto parece-me que o risco assumido é deveras superior a eventuais benefícios pontuais. Em ordem de se salvar alguns acaba-se por afetar todo um sistema orçamentário e administrativo além de eventuais prejuízos no que tange a própria capacidade do poder Judiciário de atender essas demandas, pois, se a universo de pedidos possíveis aumenta, é lógico pensar que as demandas também seguem mesmo caminho, pois se há um maior número de objetos aceitos como pedidos e a tendência é de que eles, em maioria, sejam atendidos parece-me mais que o viés Judiciário seria um caminho mais fácil.

4.4 A Audiência Pública sobre a Judicialização do direito à saúde

Cerca de dois anos depois das decisões tomadas que ampliaram a possibilidade de pedidos no STF, houve uma Audiência Pública solicitada pelo ministro Gilmar Mendes que teve como objetivo:

"O Presidente do STF (Gilmar Mendes) convocou a Audiência Pública, nos termos do art. 13, inciso XVII, do Regimento Interno, para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde.

Serão discutidos, entre outros, os seguintes pontos: a) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;

*e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; f) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.*⁴⁴

Está é a justificativo oficial presente no próprio site do STF para a solicitação da Audiência, como pode-se ver os temas em debate foram justamente outras aberturas que surgiram no contexto de litigância de saúde. Ao analisar o despacho de convocação da audiência pública, é possível ver que o próprio Ministro Gilmar Mendes admite o problema da grande quantidade de casos sobre o tema:

"Considerando os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito desta Presidência, os quais objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias;⁴⁵

Portanto o contexto do caso é preocupante, o número de casos vinha crescendo exponencialmente e para tentar resolver essa situação a Audiência foi solicitada.

Os argumentos utilizados nos debates foram os mais diversos e deste contexto o Ministro Gilmar Mendes retirou argumentos para resolver os casos que serviram de arcabouço para os casos SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355.

⁴⁴<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=perguntas>

⁴⁵http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf

4.5 A tentativa de se criar uma metodologia

Após a audiência houve uma nítida tentativa do ministro Gilmar Mendes de criar as bases de uma metodologia de forma a padronizar as situações em que seria aceitável prover os objetos litigados em questões de direito à saúde.

Nesse sentido é determinante a STA-AGR 175, que foi uma decisão onde, embora ela não apareça no rol de decisões vinculadas na solicitação da Audiência pública, são apresentadas diversas citações a respeito do tema como por exemplo:

*"Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde levando em conta, para tanto, as **experiências e os dados colhidos na Audiências Pública –Saúde realizada neste Tribunal...**"⁴⁶*

No caso, foi indeferido por unanimidade⁴⁷ o agravo regimental que fora interposto em uma Suspensão de tutela (também anteriormente indeferida). Para simplificar o, ambas as decisões indeferidas questionavam a possibilidade de um medicamento ser provido para uma paciente portadora de um transtorno mental grave.

O que faz este caso tão especial é o tratamento dado pelo ministro relator, tendo este sido o solicitante da Audiência Pública do tema o ministro reconhece em seu voto a existência de correntes contrárias a postura da Corte e vai inclusive além disso reconhecendo a importância destes atores no desenvolvimento dos julgamentos feitos pelo Judiciário.

Fato curioso é a posição apresentada no voto, em uma citação ao Professor Canotilho o ministro lembra que o Judiciário carece de competência técnica para avaliar diretamente certas questões complexas e portanto não consegue, em muitos casos ter uma visão macroestrutural, assim conclui:

⁴⁶ Ag. Rg. na S.L. n. 47 / PE. Min Rel. Gilmar Mendes, 2010: p. 1-2

⁴⁷ Embora, esta "unanimidade" seja pautada por acréscimos interessantes como o voto do ministro Celso de Melo que apesar de concordar com o relator utiliza quase a mesma quantidade de páginas para fazê-lo.

"Nessa linha de análise, argumenta-se que o poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo"⁴⁸

Tal declaração é louvável, pois ao menos reconhece que a atuação da Corte (e talvez do Judiciário) pode não ter sido a mais assertiva ao atuar de forma tão expansiva de direitos e por tanto tempo é também bom ressaltar, tal decisão foi tomada pelo pleno do tribunal e por unanimidade, portanto é minimamente possível interpretar isto como uma aceitação tácita ao que foi proposto pelo voto vencedor. Desse modo o ministro prepara terreno para colocar sua teoria metodológica em prática.

O ministro argumenta que em um primeiro momento de seu voto a respeito da legitimidade da Corte de poder tratar do caso em questão, para tanto ele se vale de um arcabouço dogmático consistente mas que não será tratado aqui pois os principais tópicos já foram tratados na explicação da corrente expansiva (capítulo 2.2).

Completa com o contra-argumento de sua afirmação inicial sobre a relativa incapacidade do Judiciário de atuar e avaliar em macro escala as consequências de seus atos e argumenta que apesar das ressalvas feitas é dever do Judiciário atuar em pro de garantir o mínimo constitucionalmente garantido, nesse sentido é esclarecedora a passagem:

"Por outro lado, defensores da atuação do poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o "mínimo existencial" de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio

⁴⁸ Ag. Rg. na S.L. n. 47 / PE. Min Rel. Gilmar Mendes, 2010: p. 11.

*da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto da apreciação judicial*⁴⁹

E partir desta proposição, podemos retirar que ao menos *a priori* é admitido um certo risco por conta da atuação do Judiciário. Na segunda parte do voto do ministro é onde lastreado por sua base dogmática e principalmente pelos argumentos que, segundo ele, foram retirados da própria Audiência Pública, ele começa desenvolver os critérios que seriam necessários ao se avaliar as questões de direito à saúde.

Primeiramente ele parte do pressuposto a partir do contexto da Audiência a informação de que, majoritariamente, os casos decididos pelo Judiciário não são “interferências do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas”⁵⁰ mas sim apenas “determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”⁵¹. Com base nisso ele admite de forma direta sua intenção:

“Esse dado pode ser importante para a **construção de um critério ou parâmetro para a decisão**” (grifos no original)⁵²

A partir daí, sempre justificando pela Audiência Pública, ele passa a determinar seus critérios. Primeiramente, ele considera necessário avaliar “a existência, ou não de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”⁵³ pois assim, como já dito, só se estaria positivando direito por via já existente, evitando assim excessos.

Segundo caso a prestação não conste de política estatal existente é “imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”⁵⁴, portanto os

⁴⁹ Ibid. p.12

⁵⁰ Ibid. p. 17

⁵¹ Ibid. p.17

⁵² Ibid. p. 23

⁵³ Ibid. p. 23

⁵⁴ Ibid. p. 24

motivos para o não fornecimento devem ser justificados e é dever do juiz avalia-los e respeitar eventuais decisões motivadas pelo não provimento de certo tratamento desde que a justificativa se mostra razoável.

Os critérios se desenvolvem ainda por algumas outras especificações de cunho exemplificativo mas o cerne do quadro foi disposto acima. Assim é possível concluir que tanto a Corte admitiu que está diante de um problema, quanto ao excesso de demandas e a amplitude destas quanto que a Audiência, e por consequência esta decisão, tiveram como função criar limites para a atuação judiciária.

5 Conclusão

Em virtude dos argumentos apresentados proponho algumas conclusões. Primeiramente o Supremo Tribunal Federal tem uma tendência declarada a prover demandas em direito à saúde para partes que requerem medicamentos e tratamentos.

Para justificar tal demanda a corte entende que o direito À saúde é inviolável e que deve sobrepor outros direitos ou princípios, como os Princípios da Separação de Poderes, da Reserva do Possível e a própria questão de Solidariedade entre Membros Federativos

Pode-se dividir a Corte em 3 momentos quanto a litigância no direito à saúde. Em um primeiro momento a Corte agiu de modo a tentar ampliar a sua atuação de diversas maneiras buscando positivar os direitos sociais sem uma real preocupação a respeito de eventuais consequências de seus feitos. Isso culmina no ano de 2007 com a quebra do limite máximo e mínimo de custo de medicamentos e tratamentos que poderiam ser solicitados.

Durante esse período a houve, por consequência da posição da Corte, um aumento significativo do número de casos⁵⁵, levando à necessidade de se repensar o contexto do debate.

A Corte então passa por seu brevíssimo segundo momento, onde a Audiência Pública sobre a Judicialização do direito à saúde é convocada e um movimento encabeçado pelo ministro Gilmar Mendes tenta criar métodos para a aplicação de decisões judiciais nos casos de direito à saúde.

Depois da Audiência e das decisões que a sucederam de modo imediato, é possível notar uma queda no número de demandas e, como demonstrado nos casos analisados, a utilização dos métodos de análise criados por Gilmar Mendes

Porém, nos anos mais recentes, é possível ver um terceiro momento da Corte. Tragicamente, o que apontam os dados estudados é uma

⁵⁵ Vale lembrar, o aumento é confirmado pelos estudos já citados e de modo breve, também abordado pelos dados obtidos nesta monografia.

continuação do quadro apresentado no primeiro momento, o que pode nos levar a algumas conclusões.

Primeiro, podemos entender que o método proposto não se mostrou eficiente a longo termo e acabou sendo descartado, ou sua utilização não se mostrou adequada para a redução do número de casos pois mesmo com sua aplicação (que em última análise necessita da discricionariedade do juiz) a interpretação majoritária do provimento se mostra muito enraizada no Judiciário brasileiro e na própria Suprema Corte.

Desse modo a tentativa não surtiu o efeito desejado e também não houve uma redução da área de atuação da Corte, somando isto a continuidade na grande proporção de vitórias dos que pedem recursos ao Judiciário temos, na verdade, uma demanda maior do que nunca.

Assim, penso que a Corte não percebeu ou mesmo não tinha como perceber o problema que causava a si mesmo. Ao aumentar a sua área de atuação e tentar efetivar direitos fundamentais de indivíduos ela assumiu uma demanda muito grande.

Além do fato de que as decisões por ela proferidas causam impactos significativos nas contas públicas e no sistema de saúde, como um todo.

O Judiciário não soube aproveitar as chances que lhe foram dadas e agiu de modo a praticar a microjustiça de tal modo que acabou por afetar diversas outras áreas.

A tentativa do Ministro Gilmar Mendes por meio da Audiência Pública, não surtiu os efeitos desejados. E embora seus colegas tenham, ao menos tacitamente, concordado com sua metodologia (por terem seguido, por unanimidade, seu voto nos casos em que ele a aplicou sua ideia) não parecem ter levado tão a sério a necessidade de seu uso.

Não vejo, ao menos em um curto espaço de tempo, uma tendência de auto restrição da Corte, principalmente pela manutenção do quadro geral de provimento e pela dificuldade de se superar Jurisprudência tão consolidada.

Ainda, pode-se argumentar que novas Audiências podem surgir (como de fato estão) mas ainda, não há nada que diferencia as novas Audiências daquela ocorrida em 2009.

Portanto nada demonstra que uma mudança efetiva vá ocorrer, ao menos não antes de o impacto se tornar grande o suficiente para gerar uma situação de instabilidade.

Desse modo a atuação do Judiciário, em especial do STF tende, ao meu ver, a continuar afetando e em certa medida moldando a as políticas públicas e sua implementação.

Tal quadro é extremamente severo e deve ser evitado a todo custo e como as atuais medidas não estão se mostrando suficientes para controlar o quadro a tendência é seu agravamento.

Ainda pior é a falta de argumentos de ambos os lados. Não se debate soluções alternativas, não se debate positavações de direitos em prol da coletividade, ignoram-se maneiras alternativas de se pleitear que poderiam ser muito benéficas.

Enquanto continuarmos com esse quadro de pleitos individuais não só estaremos afetando a coletividade como estaremos deixando de exercer um poder fiscalizatório que seria muito eficiente.

Explico, se, ao invés de, pleitearmos políticas públicas privativamente cobrássemos soluções para a coletividade, seria possível atacar a raiz do problema e criar um meio de cobrança de melhorias de políticas públicas mais efetivo.

E embora a questão da omissão legislativa e/ou administrativa esteja em diversos votos, conluo que este argumento nada mais é do que uma retórica usada para justificar os desmandos da Corte.

Não nego que seja difícil pensar em coletividade estando em uma situação crítica, mas, a continuidade do quadro continuará a gerar pessoas nesta situação.

Termino com uma reflexão, como uma pergunta que tem um caráter mais ético do que jurídico, mas que é um dos grandes obstáculos para se discutir mudanças nesta área.

O que seria melhor? Ter sua demanda atendida fazendo com que outras pessoas paguem com isso, por vezes, com a própria vida ou atacar o problema de modo que, na medida do possível, consigamos ajudar ao maior número possível de pessoas?

Penso que em momentos drásticos, devemos ceder parte dos nossos direitos em prol de uma coletividade. Caso contrário, corremos o risco de condenar todos aos efeitos de decisões individuais.

6 Bibliografia

LOPES, José Reinaldo de Lima. Os Tribunais e os Direitos Sociais no Brasil. In: Direitos Sociais – Teoria e Prática. São Paulo. 2006.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Edição. Editora Saraiva, 2013

VELHOÇO e col. *A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça*. Revista de Estudos Empíricos em Direito, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, vol. 4, nº 2, 2008: pp. 441 e ss.

WANG, D. W. L. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV, 2013.

_____. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada a banca da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. Disponível em:

< http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf >

_____. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Rev. direito GV* [online]. 2008, vol.4, n.2