

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTOSENSU EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL:
DO VIÉS INDIVIDUALISTA AO PATAMAR DE BEM COLETIVO**

RONEI DANIELLI

Itajaí (SC), agosto de 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTOSENSU EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL:
DO VIÉS INDIVIDUALISTA AO PATAMAR DE BEM COLETIVO**

RONEI DANIELLI

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, com dupla titulação pela Universidade de Alicante – UA/Espanha – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Itajaí (SC), agosto de 2016

Saúde Pública?
Em conta-gotas anda a Saúde Pública?
Em conta-gotas d'Água...
Em conta-gotas de Sangue ...
Em conta-gotas de Lágrimas.”
(NELSON MARTINS)

À Alexandra, à Rafaela e ao Mateus pela parceria, inspiração e compreensão durante a jornada acadêmica, combustível imprescindível ao resultado alcançado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientar, Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, por sua dedicação e empenho em aprimorar os meus esforços, na pessoa de quem homenageio todo o corpo docente da Univali/SC pelo exercício do verdadeiro sacerdócio que é o magistério.

Agradeço especialmente aos membros da banca de defesa deste trabalho, cujas sugestões agora integram o texto final, tornando-o certamente mais harmônico e melhor.

Registro, ainda, os agradecimentos aos professores da Universidade de Alicante pela calorosa acolhida e pelas preciosas lições de Direito, transformando minha breve estadia em uma experiência acadêmica memorável.

Agradeço ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina pelo incentivo, fundamental para a realização dessa pesquisa, com a qual pretendo humildemente retribuir a aposta em mim depositada.

Sou grato a todos os amigos que gentilmente comigo travaram debates sobre o tema, enriquecendo sempre o teor da investigação científica, deixando de citá-los nominalmente por receio de pecar pela memória.

Consigno, também, os agradecimentos à equipe do Gabinete pela prévia e atenta leitura do trabalho, seguida de considerações relevantes a sua redação final, em especial à Renata Raupp Gomes pelas sugestões de bibliografia e conselhos acadêmicos no tocante ao desenvolvimento do tema.

Agradeço, por último e sempre, à minha família extensa, especialmente meus pais e irmãs, pelo feliz convívio e aprendizado recíproco.

RESUMO

Em razão de ter como preocupação central da investigação o crescente número de demandas judiciais na área da Saúde pública, fenômeno descrito como “judicialização da saúde”, o presente trabalho procura traçar um diagnóstico da situação atual para, em seguida, debater acerca dos eventuais limites da atuação judicial na matéria, bem como buscar construir parâmetros para o desempenho da jurisdição, propondo, ao final, algumas soluções ao problema levantado. Para tanto, analisa-se de início o direito à saúde sob o ponto de vista de seu regime jurídico-constitucional, delineando seu enquadramento normativo, distinguindo-se entre regras e princípios e, conseqüentemente, entre as diferentes repercussões hermenêuticas na sua aplicação, ou seja, buscando delimitar a atuação do Judiciário, observado o primado do equilíbrio e a cooperação entre os Poderes como essencial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Pretendendo uma abordagem propositiva, sugere-se uma preliminar distinção entre mínimo existencial e máximo desejável, entendida a saúde no primeiro caso como a garantia das condições básicas de vida digna ao ser humano, enquanto, na segunda definição, se estaria diante de políticas públicas voltadas à efetivação progressiva e proporcional ao crescimento e às riquezas do país em matéria de prevenção e de promoção da saúde da população em geral, resgatando-se a teoria da reserva do possível do direito alemão, como sendo o que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado. Nesses termos, defende-se que há um direito subjetivo de exigir prestações positivas do Estado à efetivação do mínimo existencial (via demanda individual), não se configurando óbice oponível a essa obrigação a cláusula ou teoria da reserva do possível, destinada apenas a modular políticas públicas na concretização do máximo prometido. Ainda tratando do máximo desejável ou prometido, conclui-se tratar de discussão concernente ao bem coletivo e, nessa esfera, insuscetível de análise particularizada, pois, seja para reclamar a ausência de política pública específica ou a necessidade de alteração ou ampliação da existente, o debate deve ser democratizado, não podendo se restringir a uma pretensão individual. Alinhava-se, por fim, diversos instrumentos jurídicos capazes de conformar a tutela e o exercício dos direitos coletivos, destacando-se entre eles a Audiência Pública como forma de participação popular por excelência.

Palavras-chave: Saúde pública. Sistema Único de Saúde. Judicialização da saúde. Mínimo existencial. Máximo desejável.

RESUMEN

El creciente número de demandas judiciales en el área de la Salud Pública, fenómeno descrito como “judicialización de la salud”, es la preocupación central de esta investigación. El presente trabajo intenta trazar un diagnóstico de la situación actual debatiendo, a continuación, los eventuales límites de la actuación judicial en la materia; asimismo, busca construir parámetros para el desempeño de la jurisdicción proponiendo, al final, algunas soluciones al problema planteado. Para ello, inicialmente se analiza el derecho a la salud desde el punto de vista de su régimen jurídico constitucional, delineando su encuadramiento normativo, distinguiendo entre reglas y principios y consecuentemente, entre las diferentes repercusiones hermenéuticas en su aplicación, es decir, buscando delimitar la actuación judicial, observado el primado del equilibrio y la cooperación entre los Poderes como esencial al buen funcionamiento del Estado Democrático de Derecho. Con el propósito de realizar un abordaje propositivo, se sugiere una distinción preliminar entre mínimo existencial y máximo deseable. En el primer caso se entiende la salud como la garantía de las condiciones básicas de vida digna al ser humano, mientras que, en la segunda definición, se estaría delante de políticas públicas dirigidas a la realización progresiva y proporcional al crecimiento y a las riquezas del país en materia de prevención y promoción de la salud de la población en general, rescatándose la teoría de la reserva de lo posible del derecho alemán, como lo que el individuo puede esperar razonablemente del Estado. En esos términos se defiende que hay un derecho subjetivo de exigir prestaciones positivas del Estado a la ejecución de lo mínimo existencial (vía demanda individual), sin que se configure óbice oponible a esa obligación la cláusula o teoría de la reserva de lo posible, destinada solamente a modular políticas públicas en la concretización de lo máximo prometido. Todavía tratando de lo máximo deseable o prometido, se concluye que se trata de una discusión concerniente al bien colectivo, y en esa esfera, no susceptible a un análisis particular, pues ya sea para reclamar acerca de la ausencia de una política pública específica o de la necesidad de alteración o ampliación de la existente, el debate debe ser democrático y no se puede restringir a una pretensión individual. Se enumeran, por último, diversos instrumentos jurídicos capaces de formar la tutela y el ejercicio de los derechos colectivos, destacándose entre ellos la Audiencia Pública como forma de participación popular por excelencia.

Palabras clave: Salud pública. Sistema Único de Salud. Judicialización de la salud. Mínimo existencial. Máximo deseable.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E SEU REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO LIBERALISMO AO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL	15
2.2 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	20
2.3 O ENQUADRAMENTO NORMATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO REGRAS OU PRINCÍPIOS.....	22
2.3.1 Distinção entre regras e princípios e possíveis consequências hermenêuticas	23
2.3.2 Distinção entre regras e princípios e entre os tipos de princípios proposta por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero	30
2.4 A PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO SEGUNDO LUIGI FERRAJOLI	34
2.5 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL E SUA ESTRUTURA NORMATIVA	36
3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA CARACTERIZAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO E RETROSPECTIVA JURISPRUDENCIAL	40
3.1 DIREITO SUBJETIVO E SISTEMA DE POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS	40
3.1.1 Direitos a algo.....	41
3.1.1.1 Direitos a prestações estatais negativas ou direitos de defesa.....	43
3.1.1.2 Direitos a prestações estatais positivas ou direitos prestacionais	44
3.1.2 Liberdades	45
3.1.3 Competências.....	46
3.2 A TRAJETÓRIA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DO DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A SÍNDROME DA IMONODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (SIDA OU AIDS)	51

4 OS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE – CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DO MÁXIMO POSSÍVEL	65
4.1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E DEMOCRACIA: A TENSÃO ENTRE OS PODERES EXECUTIVO	67
4.2 A IMPORTÂNCIA DAS NOÇÕES DE MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE E IGUALDADE	74
5 A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS NA ÁREA DA SAÚDE EM PROL DA IMPLEMENTAÇÃO DO MÁXIMO POSSÍVEL: DO PARADIGMA DEFENSIVO (DA TUTELA) AO DO EXERCÍCIO COLETIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL	88
5.1. O DIREITO À SAÚDE E SUA DIMENSÃO COLETIVA: EM PROL DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO	93
5.2 INSTRUMENTOS TENDENTES À COLETIVIZAÇÃO DE CERTAS DEMANDAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PRÓS E CONTRAS NO CASO ESPECÍFICO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE	97
5.2.1 A previsão do artigo vetado que possibilitava a coletivização da demanda individual no Novo Código de Processo Civil	98
5.2.2 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	101
5.3 PARAMETRIZANDO A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ÁREA DA SAÚDE	104
5.3.1 Ações individuais	104
5.3.2 Ações coletivas	105
5.4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO FORMA DE POLITIZAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO DA TEMÁTICA NAS TRÊS ESFERAS DE PODER	110
5.5 CONCILIANDO O NEOCONSTITUCIONALISMO (OU CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA) E O GARANTISMO NA ATUAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA.....	113
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120