



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

MAXILANIA LEITE TENÓRIO

**O DIREITO A SAÚDE PÚBLICA E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO: A TEORIA DOS JOGOS COMO UMA ALTERNATIVA DE PONDERAÇÃO**

**CAMPINA GRANDE  
2017**

**MAXILANIA LEITE TENÓRIO**

**O DIREITO A SAÚDE PÚBLICA E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO: A TEORIA DOS JOGOS COMO UMA ALTERNATIVA DE PONDERAÇÃO**

Trabalho monográfico de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante. Área de concentração: Direito Sociais.

Orientadora: Prof. Msc. Melanie Claire Mendoza

**CAMPINA GRANDE**  
**2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da Monografia.

T289d Tenório, Maxilania Leite.

O direito à saúde pública e a atuação do magistrado:  
[manuscrito] : a teoria dos jogos como uma alternativa de  
ponderação / Maxilania Leite Tenório. - 2017  
54 p. : il. colorido.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-  
Graduação e Pesquisa, 2017.

"Orientação : Prof. Me. Melanie Claire Mendoza,  
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Constitucionalismo. 2. Judicialização da Saúde. 3.  
Sistema Único de Saúde. 4. Atuação dos Magistrados.

21. ed. CDD 342.02

**MAXILANIA LEITE TENÓRIO**

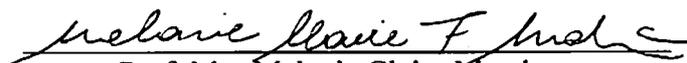
**O DIREITO A SAÚDE PÚBLICA E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO: A  
TEORIA DOS JOGOS COMO UMA ALTERNATIVA DE PONDERAÇÃO**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, em convênio com a Escola Superior da Magistratura, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

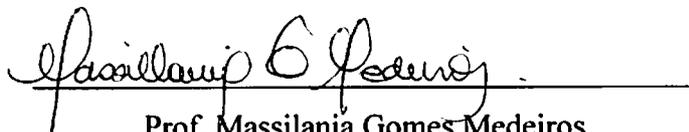
Área de concentração: Direitos Sociais.

Aprovada em: 31 / 10 / 2017.

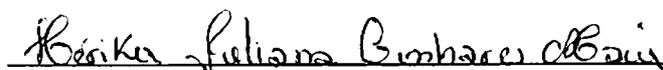
**BANCA EXAMINADORA**



Prof. Msa Melanie Claire Mendoza  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Massilania Gomes Medeiros  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dra. Hérika Juliana Linhares Maia  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha família, minha base, DEDICO.

## AGRADECIMENTOS

A Deus toda Glória!

À Ana Penazzi, coordenadora do curso de Especialização, por seu empenho.

À professora Melanie pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação e pela dedicação, professora você é 1.000!

A minha mãe, Margarida, minha flor de lis.

Ao meu pai Maximiano, ao meu “VôAnízio”, minha inspiração, e aos meus irmãos. Amo vocês!

Ao meu esposo, Macio e aos meus filhos Hellen, Axel e Márcio Júnior, pela compreensão por minha ausência.

Aos professores do Curso de Especialização da ESMA/UEPB, que contribuíram ao longo dezoito meses, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento deste trabalho.

Às servidoras da ESMA, Vera e Ana, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio, que turma excepcional!

“Sem um fim social, o saber será a maior das futilidades.”

Gilberto Freire

## RESUMO

O Direito fundamental à saúde está resguardado constitucionalmente na legislação brasileira. Por essa razão se enquadra nas hipóteses de ações afirmativas do Estado para sua consecução, sendo direito garantido de forma gratuita a todos que estiverem no território brasileiro. Serviço disponível através do Sistema Único de Saúde, Órgão estatal criado em 1990, para atender de forma suficiente aos usuários do SUS. Acontece que com a ineficiência de gestão, somada a escassez e a má alocação de recursos disponíveis, e ainda, pelas dimensões continentais em que se encerra o Estado brasileiro, o serviço público de saúde não atinge seu objetivo, acarretando, com isso, o surgimento de demandas judiciais para real efetivação do direito fundamental do cidadão, dando origem ao fenômeno vivenciado pela judicialização da saúde, e que em decorrência disso, desencadeia os problemas de acúmulo de demandas, politização do Poder Judiciário e o ativismo Judicial, tornando a questão ainda mais complexa e de difícil resolução, pois o magistrado não pode olvidar o direito à saúde pública, assim como não pode ignorar o reflexo da decisão judicial no contexto social. Desta forma, o presente trabalho aborda o direito constitucional à saúde como garantia fundamental do cidadão, através da exposição dos conceitos e fases do constitucionalismo, tomando como base para a fundamentação teórica e empírica as estratégias metodológicas apresentadas na Teoria dos Jogos para o auxílio da tomada de decisão, através de possíveis hipóteses de solução de um de caso concreto. Para tanto, utilizamos o método indutivo de observação descendendo à prática cotidiana para contextualizarmos a atuação dos magistrados diante da (in)acessibilidade ao direito a saúde.

**Palavras-Chave:** Constitucionalismo. Judicialização da Saúde. Sistema Único de Saúde. Atuação dos Magistrados.

## ABSTRACT

The fundamental right to health is protected constitutionally in Brazilian legislation. For this reason, it falls within the assumptions of affirmative action of the State for its attainment, being a right guaranteed free of charge to all who are in the Brazilian territory. Service available through the Unified Health System (*Sistema Único de Saúde*), a state agency created in 1990, to adequately serve SUS users. However, with the inefficiency of management, coupled with the scarcity and poor allocation of available resources, and also, due to the continental dimensions in which the Brazilian State ends, the public health service does not reach its goal, thereby causing the emergence of judicial demands for the effective realization of the fundamental right of the citizen, giving rise to the phenomenon experienced by the judicialization of health, and that, as a result, triggers the problems of accumulation of demands, politicization of the Judiciary Power and Judicial activism, making the question even more complex and difficult to solve, because the magistrate can not forget the right to public health, just as he can not ignore the reflection of the judicial decision in the social context. In this way, the present work approaches the constitutional right to health as a fundamental guarantee of the citizen, through the exposition of concepts and phases of constitutionalism, taking as basis for the theoretical and empirical foundation the methodological strategies presented in Theory of Games for the aid of the taking decision-making process, through possible hypothesis of solution of a concrete case. To do so, we use the inductive method of observation descending to the daily practice to contextualize the action of the magistrates before the (in) accessibility to the right to health.

**Keywords:** Constitutionalism. Judicialization of Health. Sistema Único de Saúde (Unified Health System). The performance of judges.

## LISTA DE QUADROS

<b>1</b>	<b>QUADRO 1</b> .....	<b>42</b>
<b>2</b>	<b>QUADRO 2</b> .....	<b>43</b>
<b>3</b>	<b>QUADRO 3</b> .....	<b>44</b>

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>O CONSTITUCIONALISMO: CONCEITO E IMPORTÂNCIA.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1</b>	<b>Fases do constitucionalismo: o constitucionalismo antigo, moderno, neo- constitucionalismo e o transconstitucionalismo.....</b>	<b>15</b>
<b>2.2</b>	<b>Os direitos e garantias fundamentais um passeio pelo o individual e o co- letivo.....</b>	<b>18</b>
<b>2.3</b>	<b>A Judicialização dos direitos e garantias individuais .....</b>	<b>23</b>
<b>3</b>	<b>O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEUS DILEMAS.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1</b>	<b>O Sistema Único de Saúde: um olhar interdisciplinar.....</b>	<b>28</b>
<b>4</b>	<b>A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO CONTEXTO DO DIREITO À SAÚDE</b>	<b>32</b>
<b>4.1</b>	<b>A Teoria dos Jogos uma forma estratégica de pensar.....</b>	<b>34</b>
<b>5</b>	<b>METODOLOGIA.....</b>	<b>39</b>
<b>6</b>	<b>A ANÁLISE DO CASO.....</b>	<b>40</b>
<b>7</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>48</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>50</b>
	<b>APÊNDICE I.....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil trilhou uma grande jornada para atingir o estado atual de democracia. A Constituição Federal Brasileira de 1988 traduz um sentimento de conquista e de lutas de um povo ansioso por justiça social e tratamento isonômico entre os seus concidadãos. Destaca-se nesse contexto a busca pela concretização dos direitos fundamentais do homem, e o direito à saúde, objeto do presente estudo, notabiliza-se por ser um direito intrinsecamente ligado ao direito à vida.

Nessa conjuntura, surge o Sistema Único de Saúde - SUS, instrumento governamental de acesso à saúde para todos que necessitarem de serviço médico público no território brasileiro. Ocorre que desde sua criação o número de atendimentos realizados apresenta-se numa escala geométrica, e que tal crescimento se mostra como um dos entraves para efetivação do direito à saúde pelos serviços públicos.

Embora o direito à saúde esteja resguardado no texto constitucional como um direito fundamental protegido e amplamente difundido em nosso Estado, na prática nos deparamos com situações que ilustram a não efetivação desse direito. Infelizmente, mesmo diante a positivação deste direito, a prestação do serviço de saúde pública, ainda está longe de alcançar os níveis desejados, seja pelo atendimento preventivo, no atendimento clínico ou nos serviços de saúde de urgência e emergência. Nesta perspectiva, a judicialização representa uma via para efetivação desse direito. Se de um lado se tem um contingente de saúde que pleiteia a concessão de serviços no âmbito do Poder Judiciário; por outro lado, se tem uma sobrecarga de ações nas varas judiciárias, e a invasão da política na esfera judiciária, colorem este cenário.

É neste cenário que apresentamos nossa proposta de investigação, com o intuito de transpor à teoria, ao instrumentalizar no caso concreto os conceitos estudados no decorrer do trabalho, desde a descrição do processo de efetivação do constitucionalismo, através da evolução dos conceitos e fases históricas do direito, até chegar a atual conjuntura de reconhecimento de direitos fundamentais, assinalando o fenômeno de Judicialização da saúde, bem como suas nuances, apontando os aspectos positivos e negativos gerados. Servir-se-á de um caso concreto de repercussão geral, onde será aplicada a referida teoria no auxílio da tomada de decisão.

O presente trabalho se embasou numa revisão crítica da literatura como método de pesquisa, bem como se apoiou na jurisprudência para descender à prática cotidiana.

## 2 O CONSTITUCIONALISMO CONCEITO E IMPORTÂNCIA

Antes mesmo de iniciar os comentários acerca do núcleo duro do trabalho, qual seja a análise da decisão judicial em um caso concreto, a luz da Teoria dos Jogos, faz-se necessário tecer alguns comentários prévios que deram as bases do pensamento.

Neste sentido, aborda-se o constitucionalismo com o objetivo de fundamentar os direcionamentos do direito posto, bem como contextualizar as perspectivas das decisões judiciais, o papel da magistratura na atualidade e os seus limites de atuação, proporcionando um apanhado histórico e filosófico dos conceitos apresentados.

Inicialmente apresenta-se para fins deste estudo, o constitucionalismo como um movimento político e jurídico que objetiva submeter o governo às constituições escritas, de modo a evitar que os governantes se valham de seus interesses pessoais sobre os interesses da sociedade.

Com o objetivo de traçar as bases desse movimento, pode-se afirmar que ele surgiu em “decorrência negativa causada pelo próprio sistema de exploração do capital e dos meios de produção.” (BARRETO, 2015, p.277)

Com isso, para melhor compreensão do constitucionalismo, observa-se o pensamento jusfilosófico dos fundamentos do direito, como bases para a formação do conceito, implementação e importância da Constituição na atualidade, pois, tais conceitos alicerçam o movimento denominado de constitucionalista. Faz-se necessário, entretanto, relatar como se deu a origem desse fenômeno jurídico, através dos momentos históricos entendendo o papel da Constituição nas sociedades, “uma visão histórica do constitucionalismo socorrerá o intento de fixar em que consiste, afinal, a constituição e qual seu sentido.” (MENDES, 2012, p. 42).

O constitucionalismo adquire historicamente contornos próprios, passando por diversas fases, variando de acordo com as conjunturas sociais e políticas de cada país, bem como o momento histórico vivenciado. Assim, podem-se elencar tais fases de modo cronológico apontando-se suas principais características, quais sejam: Idade Antiga, Média, Moderna e Contemporânea.

Mesmo não sendo denominado de Constitucionalismo, na antiguidade já se concebia a ideia de um Estado Constitucional. Destacam-se como principais características deste período a “inexistência de constituições escritas; a prevalência da supremacia do parlamento; os atos legislativos ordinários poderiam mudar as proclamações constitucionais sem exigências for-

mais e os detentores do poder não estavam compelidos a seguir qualquer regra.”( BULOS, 2011 p.69)

Nasce também nesse período o pensamento jusnaturalista através da concepção que existia uma razão universal, ou seja, uma única verdade, válida para todos os povos, e com isso, se forma uma corrente ideológica que propõe um direito universal para todos, baseado na natureza humana, “único, imutável e atemporal.”( BARRETO, 2015, p.57)

Tal posicionamento se estendeu por toda a Idade Média, quando todas as leis escritas eram subordinadas às leis ditas naturais e estas, às leis divinas. O jusnaturalismo foi absolutamente predominante durante toda a Idade Média ou, como se convencionou chamar, a idade das trevas (período compreendido entre os anos 476-1453), momento histórico profundamente marcado pela supremacia do pensamento teológico cristão e pela repulsa à ciência e à filosofia. (IDEM, 2015, p 57)

Nomes como os de Hugo Grócio, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau, denominados de contratualistas superaram a ideologia de um jusnaturalismo fundado no teocentrismo e passaram a vislumbrar um jusnaturalismo baseado no próprio homem, propagando uma consensualização dos interesses do Estado e do indivíduo, fazendo com que a lei pudesse exprimir a vontade geral do povo.

Adota-se, a partir de então, neste período a visão dualista do direito, subdividindo-se o fenômeno jurídico em positivo (quando é posto pelo Estado) e o direito natural (emanado das necessidades mais sublimes do homem). Desta forma se destacam as seguintes afirmações em relação a este período:

- A compreensão de que os chamados “direitos naturais” decorrem de entidades divinas (jusnaturalismo teocêntrico ou medieval) ou da razão universal e da própria natureza humana (jusnaturalismo racional, clássico ou antropocêntrico);
- A afirmação que esses ditos direitos são eternos, imutáveis e universais;
- A busca pelo ideal de justiça, como fator imanente ao Direito.  
(BARRETO, 2015, P. 58)

Este movimento é suprimido após a chegada do período moderno, quando a ideologia jusnaturalista e a concepção contratualista receberam duras críticas por Hegel(1770-1831) e Karl Marx (1818-1883), que defendiam que os direitos naturais estavam fundamentados apenas em conceitos vagos e puramente metafísicos e a partir da exploração econômica dos menos favorecidos pelo individualismo burguês. Essas ideais propiciaram uma compreensão contemporânea, “que o Direito é um produto cultural e histórico, cujo conteúdo é variável e

comporta os valores humanos próprios de cada época vivenciada pelos diversos povos.” (BARRETO, 2015, p. 59)

A superação da fase jusnaturalista e suas convenções antagônicas deram espaço ao positivismo com suas raízes fincadas por August Comte (1798-1857), com a pretensão de formar o conhecimento a partir de dados concretos, ou seja, testados. De modo a afastar a metafísica, ou a teologia do domínio do conhecimento e para que a fase da ciência pudesse realmente verificar dados e fatos de maneira imparcial, mediante da razão.

Destaca-se, neste momento, a produção de Constituições escritas e com preceitos que são verificados nas Constituições atuais, elencando-se algumas das principais características:

- Pode-se verificar o surgimento do controle de constitucionalidade;
- Aparece a figura do poder constituinte originário, com isso o ato da formação da Constituição, passa a ser solene e distinto da criação de leis comuns;
- Constituição como fonte primária de toda produção normativa;
- limitação das funções estatais e
- primazia do princípio da separação dos poderes e a tutela reforçada dos direitos e garantias fundamentais. (BULOS, 2011, p, 74)

Hans Kelsen (1881-1973) aparece nesse cenário como o maior expoente da corrente positivista, pois construiu o maior e mais consistente sistema jusfilosófico do positivismo, tendo como marco a obra “Teoria Pura do Direito”. Objetivava dar autonomia científica ao Direito e afastar os mitos até então defendidos.

Para Kelsen “através da certeza e previsibilidade de uma norma jurídica sistematizada; através da segurança jurídica... alcançar-se-ão o fim maior do Direito: a paz.”(BARRETO, 2015, P.61)

Põem-se em relevo, então as fases do conhecimento até o final do século XX, marcando o constitucionalismo com momentos distintos e paradigmáticos. Porém, em síntese demonstra a evolução do pensamento do estudo do direito e seus reflexos diretos na sociedade. Apontando, através desta evolução a contribuições para os dias atuais. Barreto (2015, p. 60) indica esses momentos descrevendo-os da seguinte maneira:

- Teologia, fase em que fenômenos eram explicados a partir das divindades;
- Metafísica, quando os fatos passaram a ser justificados por meios vagos e elementos abstratos, assim idealizados pelo homem do período moderno;
- Positivismo, quando, finalmente, os fenômenos e acontecimentos são esclarecidos pela constatação científica da realidade, originando um conhecimento advindo da verificação analítica dos fatos concretos.

Mesmo no cenário proposto e o direito tendo caráter fático e testado, e devendo ser compreendido como um valor, para o positivismo de Kelsen o operador do direito não poderia se basear no que ele esperasse do direito, um caráter deontológico axiológico, e sim, na forma que ele estaria posto (ontologia empírica). Evitando assim, que o magistrado emitisse juízos morais ou sociais no processo de descobrir qual o direito existente. (BARRETO, 2015)

Contudo, segundo o positivismo Kelseniano, existe uma pluralidade de sentidos ao intérprete e aplicador do sistema, conferindo uma gama de opções para a tomada de decisões, de forma que não faça com que o magistrado seja apenas alguém que aplique a norma posta, mas que no caso concreto ele possa aplicar, de certa forma, uma “criatividade normativa”, sendo esta realçada no pensamento neopositivista do constitucionalismo, em que encontramos nos extremos: o ativismo judicial e a politização do Poder Judiciário. (BARRETO, 2015)

Com a constante evolução do pensamento, encontra-se no início do século uma nova concepção filosófica que conferiu novos contornos ao positivismo, avaliando-se os fatos históricos; as lutas pela igualdade, fraternidade e liberdade; bem como, o cenário mundial, principalmente no pós-segunda guerra, quando o mundo abriu os olhos para as atrocidades vivenciadas neste período. Nasce então o Neopositivismo, corrente filosófica que procura reaproximar o Direito da moral. Apresenta as seguintes fundamentações:

- a) não comprometer a pureza científica formalista do Direito com a vagueza abstrata da metafísica, a exemplo do idealismo acerca da “justiça”;
- b) definir e incorporar, no rigor da linguagem normativa, os valores morais e sociais máximos a serem buscados pelo Direito no momento de sua interpretação e concreção técnica. (BARRETO, 2015, p. 66)

Destaca-se após as explicitações que os modelos adotados no passado não atendem a necessidade atual do homem, e que, se faziam necessárias as adaptações e inovações na forma de pensar o direito e seu objeto de estudo: a norma. Assim:

O Estado de direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social. Deu-se conta, ainda, de que a sociedade se tornou acentuatamente plúrima, em termos de concepção de vida e de interesses essenciais, e de que a todos os membros da comunidade é devida a consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica. (MENDES, 2012, P.62)

Com isso, verifica-se que na atualidade a Constituição representa o que há de mais relevante na ordem jurídica, conferindo a tutela de direitos e a segurança jurídica necessária ao bom desempenho do Estado Democrático de Direito.

## **2.1 Fases do constitucionalismo: o constitucionalismo antigo, moderno, neoconstitucionalismo e o transconstitucionalismo**

O constitucionalismo se relaciona diretamente com as digressões apresentadas no tópico anterior, pois cada uma das fases, mesmo que antagônicas transcendem valores importantes na construção do modelo constitucional atual, destaca-se como principal objetivo do movimento constitucionalista limitar órgãos do poder estatal com o reconhecimento dos direitos fundamentais.

O primeiro compêndio de normas que resguardam os direitos fundamentais surgiu na Idade Média, contudo, a grande predominância do absolutismo como forma de governo, apresentava a ação governamental como violenta e injusta contra a população. (BARRETO, 2015)

O constitucionalismo medieval já apresentava a necessidade de afirmar a igualdade dos cidadãos perante o Estado, através da reivindicação do primado da função judiciária, mesmo com o predomínio da concepção jusnaturalista de Constituição, já se consagrava a “existência de documentos garantidores de liberdades públicas, que funcionavam como constituições não escritas e o florescimento da ideia de que a autoridade dos governantes se fundava em um contrato com o súdito.” (BULOS, 2011, p.71)

Afirma-se que a maior contribuição da Idade Média quanto ao constitucionalismo foi mostrar que o poder político deve ser limitado de forma legítima para que não haja abuso de poder e o povo não seja prejudicado em seus direitos.

Até chegar ao modelo de *WelfareState*, ou modelo de bem estar social, o Estado Democrático de Direito, trilhou uma longa caminhada de lutas. A ideologia do Estado de bem estar social, apresenta algumas características que indicam a responsabilidade estatal de proporcionar ações positivas de políticas públicas para proteção e amparo do cidadão.

Bering (2011, p.94) aponta três características básicas deste período, são elas: “1 – A responsabilidade estatal na manutenção das condições de vida dos cidadãos; 2 - A universalidade dos serviços sociais, e 3 – A implementação de uma rede de segurança de serviços sociais.” A assistência prestada neste momento, no entanto, é tida como caridade, condição desfavorável ao cidadão, que ante a omissão do Estado, não tinha respaldo jurídico para pleitear em juízo o bem jurídico, objeto do presente estudo.

Depreende-se então a necessidade da mudança de entendimento sobre o que é o direito e a aplicação da norma maior de um Estado, a Constituição. Moraes, (2012, p.2) afirma que “a sociedade se forma em círculos cada vez mais largos e há cada vez mais a integração dos gru-

pos sociais,” fortalecendo o entendimento que a limitação do poder estatal se dá pelos direitos e garantias individuais.

As violações aos direitos fundamentais do homem vivenciados no contexto da Segunda Guerra fizeram com que florescesse no legislador constitucional a compreensão que os valores da dignidade da pessoa humana tivessem um patamar de superioridade em detrimento aos demais. Assim, “a dignidade da pessoa humana assume sua dimensão transcendental e normativa. A Constituição já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade.” (BARROSO, 2010 p. 78)

No Constitucionalismo Contemporâneo a sociedade mundial vivencia a concretização de seus ideais de lutas, vê-se de forma geral a implementação de conceitos de amplitudes de direitos, garantidos através de uma norma escrita e que as ações estatais devem se pautar pelos ditames ali descritos, conferindo limites ao gestor, e parâmetros para que se possa efetuar o controle de constitucionalidade da norma editada pelo legislador ordinário. Temos,

- Uma fase marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, consagrando uma espécie de totalitarismo constitucional, conseqüente à ideia de Constituição programática;
- Disseminação da ideia de Constituição dirigente que diverge daquela visão tradicional de Constituição, que a concebe como lei processual, definidora de competências e reguladora de processos;
- Advento de novos arquétipos de compreensão constitucional, que vieram a enriquecer a teoria geral das constituições e os
- destaques dos direitos e garantias fundamentais como resposta às aquiescência, angústias e brados por uma sociedade melhor, justa e igualitária. (BULOS, 2011, p.79)

O constitucionalismo contemporâneo rompe com as barreiras das garantias fundamentais limitadas pelos Estados Absolutistas e destrói paradigmas da soberania e supremacia das forças estatais, efetiva o ideal de justiça, de direito igualitário e organização da política governamental, limitando o Estado e descentralizando os Poderes executivo, legislativo e judiciário, pautando-os ainda em um documento soberano: a Constituição.

É importante ressaltar que essa nova fase do constitucionalismo tem como traço distintivo a valorização da dignidade da pessoa humana, “garantindo uma ‘super’ força a norma constitucional.” (BARROSO, 2010 p. 78)

O movimento constitucionalista na contemporaneidade "proclama a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação das consti-

tuições" (BULOS, 2011 p.86). Caracterizando o período neoconstitucionalista, momento em que a norma constitucional tem valor em si, e disciplina a limitação dos poderes. O neoconstitucionalismo é delineado por marcos teóricos essenciais: "a) mais constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação."(MENDES, 2008, p.127)

O constitucionalismo ainda não é tido como pronto e perfeito, pois está evoluindo constantemente, de acordo com as necessidades dos cidadãos. Ele só atingirá esse patamar quando se identificar com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização. (LENZA, 2012)

Neste sentido, com a evolução do sentido de eficácia da constituição, do cenário globalizado tem-se hoje, a divisão mundial "definida pela formação de blocos políticos e econômicos, pela perda de densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante da globalização,"(BARROSO, 2010, p.88).

Questões como a soberania do Estado abrem espaço para a conveniência de uma aldeia global. Os impactos gerados por um Estado, podem interferir diretamente no outro. As barreiras comerciais são cada vez mais inconsistentes e lançam um olhar de nova quebra de paradigma para o constitucionalismo, perpassando através das barreiras geográficas de uma nação, decorrente "do caráter multicêntrico dos sistemas jurídicos mundiais onde a conversa e o diálogo desenvolvem-se em vários níveis que se integram, formando um bloco compacto de comunicação entre os atores do cenário estatal" ( BULOS, 2011, p 90)

Fala-se da concepção transconstitucionalista, evidenciada pela percepção ampla de Constituição e que "ordens jurídicas de um mesmo Estado, ou de Estados diferentes se entrelaçam para resolver problemas constitucionais." (BULOS, 2011 p.90)

Segundo, ainda Bulos (2011, p. 93), esse movimento é marcado pelas seguintes características:

- Exige que o estudioso abandone, por completo, aquela ideia, haurida do constitucionalismo moderno, de que o conceito de constituição liga-se, exclusivamente, a determinado Estado;
- Permite a externalização e a internalização de informes entre os Estados, órgãos e atividades complementares diferentes, pela troca de experiências, conhecimentos técnicos e etc.
- Duas ou mais ordens jurídicas de Estados distintos se entrelaçam, mantendo independência inerente a cada uma; e
- Fomenta a existência de pontes de transição entre ordens jurídicas, onde órgãos do poder de Estados diversos passam a se intercomunicar, sofisticando relacionamentos formais e informais.

Alinhado a perspectiva de transposição de barreiras e evolução dos conceitos constitucionalistas, depreende-se que a compreensão dos direitos fundamentais tutelados na Constituição irradia de forma difusa e abrangente. De maneira a alcançar todos os membros da sociedade mundial, fazendo com que o estudo do constitucionalismo e suas fases tragam significativo entendimento do direito posto e sua evolução até a formação da postura do tomador de decisão e como sua decisão deve ser coerente com os padrões de equidade na atualidade.

O direito constitucional passa de uma ferramenta de limitação e controle do Poder e adquire força normativa de imposição e coerção do próprio Estado - seja na prática de ações afirmativas, como é o caso do dever do Estado de assegurar ao cidadão o direito à saúde pública - objeto do presente estudo, ou na prática de ações negativas - como o caso do Estado abster-se na liberdade de ir e vir do cidadão.

Firmando a compreensão que o modelo constitucional que vivenciamos hoje é fruto das lutas das sociedades e a evolução dos conceitos estruturais do que são justiça e paz social.

O direito constitucional está sempre em evolução e abarca direitos transcendentais do homem com a finalidade da própria preservação da espécie humana.

Após estas considerações acerca do constitucionalismo e suas fases, passa-se a observar o lugar do indivíduo no padrão constitucionalista, partindo da fundamentalidade dos direitos e o enlace da figura do cidadão no contexto coletivo e no individual.

## **2.2 Os direitos e garantias fundamentais um passeio pelo individual e o coletivo**

Partindo do pressuposto que o cidadão é um donatário de direitos e garantias fundamentais, descritos num documento escrito, a Constituição, propaga-se a ideia do senso comum que o cidadão possui um determinado direito.

Em suma, temos uma consciência formada que "há uma ideia comum de que o indivíduo, o cidadão, o trabalhador, o administrador, gozam de direitos fundamentais, consagrados numa lei fundamental, numa Constituição." (CANOTILHO, 2003, p. 28)

Ao se conceituar direitos fundamentais, estes se destacam por sua capacidade de transcender direitos intrínsecos da natureza humana, e que por si são inerentes à soberania popular, para que se possa garantir a convivência pacífica e digna dos indivíduos, numa sociedade de vários credos, etnias e condições sociais ou econômicas. Os direitos fundamentais "são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente." (CANOTILHO, 2003, p. 393)

No Brasil, tem-se a Constituição Federal, promulgada no ano de 1988, que serve como marco histórico da nação brasileira, formatando uma nova forma de pensar, atravessando fronteiras de modo a balizar o objetivo do Estado-nação, Brasil, que se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, texto da própria Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Ao discutir-se acerca dos direitos fundamentais entende-se que tratam de direitos inerentes ao homem, existe, no entanto, uma diversidade de necessidades humanas, que são formadas a partir de anseios e especificidades de cada indivíduo. Tornando a questão complexa, pois tais direitos visam garantir de maneira individual as liberdades públicas e resguardar a sociedade de maneira coletiva de possíveis violações de tais direitos.

Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os tempos.”(MENDES, 2012, p.157)

Cada um dos Poderes do Estado, no âmbito de suas funções, compartilham o objetivo de tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal, bem como, o dever de observá-los, pois o “exercício das funções legislativas, executiva e jurisdicional, encontra-se vinculado à observância dos direitos e garantias fundamentais.” (BULOS, p. 528)

A atuação de cada poder é disciplinada pela própria Constituição Federal, atribuindo competências harmônicas para cada Poder. O Executivo atua nesse panorama agindo sob a égide do *jus imperium* das liberdades fundamentais do Estado, atuando como provedor do interesse público, que se caracteriza pelo bem comum da sociedade. No mesmo sentido, o trabalho do Poder Legislativo é de editar leis de modo a alcançar o maior número de pessoas, levando em consideração dados estatísticos, análises gerais e situações por vezes hipotéticas, para assim espelhar numa visão geral, a realidade genérica do cidadão, através de sua principal função precípua na partição dos Poderes, que é legislar positivando assim, o direito do cidadão. Já o Poder Judiciário atua diretamente na solução de litígios, casos concretos a ele submetidos diariamente, interpretando o texto legal e aplicando-o diretamente ao indivíduo.

De acordo com essa perspectiva permite-se inferir que a atuação dos três Poderes, está delineada com a finalidade de propiciar o bem estar social do Estado nação, levantando o questionamento sobre qual o lugar do homem, visto de forma individual na vida social, ante a responsabilidade estatal com esse indivíduo e suas necessidades peculiares.

Observar o lugar do homem indivíduo na vida social permite compreender o papel desempenhado pelos atores sociais e seus posicionamentos em relação ao próprio homem e seus dilemas sociais. Destaca-se, nesta ocasião o pensamento utilitarista de Jeremy Bentham, precursor do pensamento que perspectivou o indivíduo como parte do coletivo.

O Utilitarismo assegura que a melhor forma de resolver problemas sociopolíticos, é promover interesses da maioria dos membros da sociedade, e que os efeitos das ações em favor da sociedade teriam como base a utilidade, sendo o bom aquilo que traz prazer, e mau, o que causa dor.

A Justiça social seria proporcionada quando algo bom ou justo tendesse a aumentar a felicidade e algo mau ou injusto o que possa diminuí-la. E, quando da efetivação destes direitos, os prováveis conflitos de interesses surgidos, seriam solucionados através da perspectiva utilitarista que um membro detentor de maiores benefícios seja sacrificado em detrimento de uma maioria.

Contudo, os direitos fundamentais não buscam maximizar os interesses do maior número de indivíduos, e sim, preservar e promover os valores de dignidade da pessoa humana. Apesar desta afirmação a Constituição, a não ser em casos explícitos de prevalência, deve resolver conflitos ponderando proporcionalmente os interesses, sintetizando o interesse público. (BARROSO, 2010)

A norma constitucional especifica e fundamenta a restrição, e a medida desta restrição é dada por uma norma de proporção e preservação dos interesses em conflito coletivos ou individuais.

A “Constituição de 1988 consagra regras garantidoras da sociedade e corresponsabilidade entre as pessoas, os diversos grupos e camadas sócio econômicas,” consagrando o constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder.” Proporcionando um misto de racionalização e humanização.(MORAIS, 2012, P. 206)

A Constituição Federal possui uma carga valorativa, que ultrapassa fronteiras, denominando-se “constitucionalismo globalizado, que busca difundir a perspectiva de proteção dos direitos humanos e propagação para todas as nações,” passa a se mostrar como grande desafio da atualidade “encontrar mecanismos para sua efetiva concretização.”(LENZA, 2012, P. 56)

Cada indivíduo tem necessidades básicas a serem supridas, necessidades estas diferentes daquelas que podem se classificar como genéricas, pois a sociedade ante ao seu processo natural de evolução, apresenta o crescimento dos segmentos do que é básico e do que é fundamental.

Há consenso entre os doutrinadores do que é direito fundamental em incluir, “pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental, e, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.”(BARROSO, 2010, p.289)

Entretanto o problema do não cumprimento da obrigação por fatores alheios à dinâmica de gestão é constantemente baseado no princípio da reserva do possível, que seria o argumento de fundamentação na decisão em não conceder determinados pedidos, ressalta o ministro Barroso:

As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade. Aí estarão em cena conceitos como reserva do possível, princípios orçamentários, separação de Poderes, dentre outros.(BARROSO, 2010, p.256)

As limitações aos direitos fundamentais são observadas e sempre esbarram em algum dos empecilhos apresentados, e, como descrito, se destaca a teoria da reserva do possível, pois em tese, as prestações positivas fornecidas pelo Estado devem encontrar limites na riqueza nacional ou na situação econômica de um país.

Denominada limitação da limitação, a reserva do possível, quando relacionada a direitos fundamentais é condicionada. Pois atuação negativa do Estado em desfavor de um direito fundamental é muito complexa. Sobre isso, temos:

Hastaahora se ha hablado de restricciones de los derechos fundamentales. Del carácter de principio de las normas iusfundamentales resultó no sólo que, em vista de los principios opuestos, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles sino también que su restricción y restringibilidad son restringidas. Una restricción de los derechos fundamentales sólo admisible si em el caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental. (ALEXY, 1993, p. 286)

Assim sendo, a norma constitucional é norma de eficácia direta e de aplicação imediata, pois tem-se ali esculpida o patamar mínimo para o desfrute do indivíduo. E só no caso concreto poderá ser verificado, na medida em que os direitos fundamentais se colidirem para haver tal ponderação.

Nesta perspectiva aparece “o mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral.”(BARROSO, 2010, p. 256)

É um direito intrínseco ao homem e por sua vez deve ser garantido ao cidadão, de maneira que um patamar menor que o mínimo existencial, “ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.” (BARROSO, 2010, p.289)

Desta feita é cabível exigir a prestação positiva do Estado, quando da omissão do dever de fazer em casos específicos, e compelir o Ente a cumprir sua função precípua. Entendendo que o papel do Estado é promover o bem estar comum dos cidadãos, e efetivar pelo menos, as garantias fundamentais, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apresenta um conceito relevante de saúde para o presente estudo, senão vejamos:

Todos têm o direito a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem-estar individual e de sua família, incluindo alimentação, vestimenta, habitação e cuidado médico, além dos indispensáveis serviços sociais; e o direito à segurança no caso de desemprego, doença, incapacidade, viuvez, velhice ou outra carência dos meios de subsistência em circunstâncias que estejam além de seu controle.(ART.25, UNES-  
CO,1998)

O conceito de saúde, adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, amplia o sentido da palavra, que passa do simples bem estar físico e transcende aos limites individuais, alcançando um patamar bem mais abrangente. Este conceito foi recepcionado pela Constituição Brasileira, pois confere ao bem jurídico, saúde, a tutela e proteção, junto aos demais direitos sociais.

Direito relacionado à própria vida, o bem humano mais valioso, a saúde não pode se dissociar da visão individual do cidadão, pois quando este necessita de auxílio, existe consenso em reafirmar a importância do direito à saúde para a sociedade. Trata-se de “importância objetiva e não pode pertencer a uma vida humana sem que pertença, também a todas as outras, de modo que é impossível separar o respeito próprio do respeito pela importância da vida dos demais”(STRECK, 2017, P 74).

Nesta perspectiva, observa-se o cidadão como possuidor de direitos, e não apenas no contexto coletivo, mas também, como indivíduo. Demonstra-se, desta forma a legitimidade do indivíduo de acionar o Poder Judiciário, como uma importante ferramenta para efetivação das garantias constitucionais. Ante aos quadros de omissão do poder público em sanar a sua necessidade, cabe ao Poder Judiciário a função de proteger direitos violados, pois sua missão é “a implementação da efetividade das normas constitucionais.”(LENZA, 2012, p.84)

A procura individual do cidadão do direito à saúde através do Poder Judiciário é um fenômeno vivenciado na atualidade, a judicialização de direitos e garantias individuais tem se

mostrado como mais uma forma do cidadão pleitear o direito à saúde. Passa-se a discorrer sobre tal fenômeno.

### **2.3 A Judicialização dos direitos e garantias individuais**

No cenário apresentado na Constituição de 1988, o Poder Judiciário passa a ter um papel não vivenciado nas outras Constituições brasileiras, mesmo com antecedentes de proteção a direitos fundamentais. Foi a partir da Constituição atual que se conferiu ao cidadão a possibilidade de pleitear esses direitos judicialmente, ante a omissão do poder público.

A partir de então, o Poder Judiciário assume um papel de notoriedade perante os demais Poderes, pois este, passa a gozar de autonomia financeira e administrativa, bem como, alcança a concretização da autonomia funcional dos magistrados, “o princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção dos direitos” (MENDES, 2012, p. 998).

Essa evolução vivenciada na prática configura proteção judicial efetiva para o cidadão, pois o acesso às garantias constitucionais, caracterizada pela “atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados.”(MENDES, 2012, p. 998)

O controle judicial, neste sentido, “é o controle de legalidade (juricidade) da função administrativa realizado pelos órgãos que compõem o aparelhamento jurisdicional do Estado” logo se mostra como forma de coibir ou coagir excessos ou omissões do gestor público, se concretizando assim o “exercício dos direitos da cidadania... e conferindo ao indivíduo a faculdade de pleitear a desconstituição de atos ou o saneamento de omissões da administração”. (BARRETO b, 2015 p.532)

Apresenta-se, então, uma nova face da obtenção do direito a saúde, este fenômeno é chamado de Judicialização da Saúde, que ocorre quando o indivíduo procura o Judiciário para dirimir os litígios e garantir a prestação do serviço público de saúde.

O movimento de Judicialização da saúde iniciou-se timidamente nos primeiros dez anos da promulgação da Constituição cidadã, e em decorrência deste fenômeno houve um aumento alarmante no número de ações que visam proteger o direito a saúde, bem como problemas em consequência do aumento de concessões de liminares, causando um inchaço nas varas fazendárias.

Surgiram também questionamentos sobre os limites de atuação dos magistrados nas políticas públicas. Problemas como os entraves na gestão pública, o ativismo judicial, a politização da justiça são temas amplamente difundidos na atualidade.

Sabe-se que é dever do Estado promover o acesso do cidadão ao serviço público de saúde, logo, sendo o cidadão privado desse direito, socorre-se de demandas judiciais para alcançar sua finalidade. Pois o Poder Judiciário apresenta-se como:

um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao judiciário incube consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas, (BULOS, 2011 p. 1254)

Conferindo aos cidadãos a oportunidade de pleitear judicialmente direitos violados, conscientes que a judicialização é o momento mais agudo de um problema de saúde e infelizmente “a incapacidade financeira do povo, impede de ter o legítimo acesso ao tratamento e aos medicamentos essenciais à preservação da própria vida.” (BULOS, 2011 p. 1538)

Longe de se alcançar um padrão de qualidade eficiente e que traga eficácia nos serviços de saúde prestados ao cidadão, aos poucos, de forma gradual, vê-se a possibilidade de melhorias, e que são necessários investimentos, sejam de ordem financeira, não apenas em equipamentos e hospitais, mais também na capacitação e valorização dos profissionais da área, funcionando como um instrumento de viabilização para o exercício do direito do cidadão.

Mesmo com o fim específico de facilitar o acesso aos serviços públicos de saúde, a judicialização acarreta consequências para a sociedade em geral como um todo. E, diante das assertivas expostas, destacando o direito à saúde como um direito inerente à dignidade da pessoa humana, não se pode afastar a variáveis condicionantes que acarretam o desserviço vivenciado na atualidade nos hospitais públicos, as lamúrias enfrentadas pelo SUS e suas perspectivas em relação ao futuro da saúde brasileira.

### 3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEUS DILEMAS

Quando da elaboração da Constituição o legislador teve a preocupação formal de atribuir fundamentalidade ao direito à saúde, por ser um direito ligado intrinsecamente ao direito à vida, implicando-se dizer que uma violação a tal direito ofende aos direitos humanos fundamentais.

O direito a vida é o mais importante de todos os direitos. Seu significado constitucional é amplo, porque ele se conecta com outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BULOS, 2011, p. 532)

Entretanto, a Constituição busca meios para dar efetividade a esse direito, tanto de forma individual, como também de forma coletiva, pois “ mesmo a saúde sendo um direito de todos, em alguns casos poderá ser individualizada” Siqueira (2013, p.4 ) atingindo dimensões coletivas e individuais, tornando-se um complexo dilema a ser estudado.

Além de possuir uma pluralidade de titulares, possui uma indivisibilidade de objeto de interesse, e ainda os direitos sociais têm características abertas, posto que necessita de uma ação positiva do Estado e um engajamento de toda a sociedade, para execução do direito.

Ante a complexidade das obrigações de proteção, o respeito e implementação do direito à saúde, e dada à forma de efetivação desse direito, que não ocorre de forma imediata, e sim, mediata e sem prazo para concretização.

Encontra-se como entrave não só o aporte financeiro oriundo do Estado, mas também do bom funcionamento da máquina estatal, como a gestão pública adequada, utilização de políticas de saúde públicas voltadas a conscientização da população, bem como o saneamento básico e acesso a água potável são fatores preponderantes e inerentes à saúde básica do indivíduo.

O conceito de saúde abrange não só ações curativas, isto é, no tratamento de doenças, mas também nas ações preventivas, para que o indivíduo não venha a adoecer. Estudos realizados sobre a problemática de implementação de serviços público adequado, apresentados no livro Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise, apontam entre outras falhas, as seguintes:

- Problemas de gestão entre as áreas de atenção, o nível de complexidade do atendimento, tanto em relação à especialidade, quanto a complexidade do atendimento;
- Questões relacionadas à regionalização do serviço, como já citado, o Brasil é um país de limites continentais, dificultando assim a assistência nos mais diversos lugares de forma abrangente e coordenada;

- Mesmo sendo o direito a saúde um direito tão essencial, o setor ainda carece de controle, a má gestão dos recursos, a descontinuidade de gestão na execução de projetos entre outros;
- A má gestão na capacitação de servidores, a necessidade de melhor alocação de recursos nos investimentos em recursos humanos, melhoria no ambiente de trabalho, melhoria nos salários, redução de jornada de trabalho, disponibilização do material de serviço hospitalar suficiente e adequado à execução do serviço genuíno. (PIOLA, 2008, p. 60)

Através dos seus dispositivos inovadores na Constituição, foi oportunizado ao indivíduo requerer judicialmente a falta de atenção à saúde, exigindo que os juízes pudessem então, se manifestar, no caso concreto, sobre questões que tradicionalmente cabiam à esfera política.

Verifica-se tal possibilidade através de princípios constitucionais norteadores que funcionam como vetores e fundamento para construir e resguardar a decisão do magistrado.

Siqueira (2013, p.3) destaca alguns princípios que embasam as decisões judiciais, tais como: “o Princípio da vedação ao retrocesso social, o Princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, o Princípio da reserva do possível, e o Princípio da separação dos poderes.”

O primeiro Princípio é o da Vedação do Retrocesso Social, que é a proteção constitucional dada aos seus próprios dispositivos, tornando qualquer medida que venha a diminuir, anular ou restringir qualquer direito positivado constitucionalmente, o torna, além de inconstitucional, significa um retrocesso social. Leis novas podem alargar os direitos constitucionais, mas de forma alguma diminuí-los “ a vinculação do Poder Legislativo exterioriza-se, de um lado, pelo dever de legislar à luz do que prescrevem as liberdades públicas, e, de outro, pela obrigação de colmatizar vazios legislativos, evitando assim, omissões inconstitucionais” (BULOS, 2011, p.528)

O segundo Princípio é o da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que dispõe sobre a plena realização do direito posto. Neste sentido, é importante frisar que a máxima eficácia dos direitos fundamentais impõe que a prevalência de um determinado direito fundamental no caso concreto não esvazie, elimine, por completo, o outro fundamental direito conflitante. E afirma Sarlet (2008, p. 286) “não há verdadeiramente conflito, mas sim “aparência” de conflito, que deve ser resolvido pelo intérprete”.

O Princípio da Reserva do possível é o que possibilita e regula a extensão da responsabilidade de atuação do ente estatal, para efetivação de direitos sociais e fundamentais, condicionando, a prestação positiva à existência de recursos públicos disponíveis.

Os direitos sociais, pressupõem grandes disponibilidade financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da

reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir o dinheiro nos cofres públicos” (CANOTILHO, 2003, p. 481)

Embora constitua matéria de defesa do ente público, os problemas decorrentes da suposta ausência de recursos não poderiam ser utilizados como óbices à realização dos direitos fundamentais, pois o direito a saúde sendo direito fundamental de eficácia plena não pode ser suprimido pela falta, ou omissão de investimentos adequados na área sanitária.

A partir desta premissa o direito seria prejudicado, pela não efetivação do mesmo e estaria violando o pensamento do constituinte originário, quando inspirado nas ideias do Estado do Bem Estar Social, na edição da carta de 1988.

Ainda sobre essa questão, pode-se citar que a atividade do gestor se vincula ao interesse público que é propiciar o bem comum.

A Administração Pública, em sentido amplo, ou seja, as pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado que disponham de faculdades do Poder Público, sujeitam-se, inexoravelmente, ao *jus imperium* das liberdades fundamentais do Estado. (BULOS, 2011, P. 528)

Com isso, a simples alegação genérica de que não há recursos orçamentários disponíveis para a efetivação do direito a saúde, enfraquece enquanto exista alguma área não prioritária que pode ser suplantada, devendo, no caso em concreto, sob a luz do mínimo existencial, determinar a efetivação do direito social à saúde.

Por fim, destaca-se também o Princípio da Separação dos Poderes, que disciplina a atuação dos poderes cada um com suas competências e campo de atuação. Questiona-se a atuação do Poder Judiciário na concessão de autorizações para tratamentos médicos, cirurgias, medicações, leitos em hospitais e etc. Se elas ultrapassam os limites na capacidade institucional do Poder Judiciário e se é excessiva a intervenção do judiciário nas políticas de saúde.

Para Canotilho, (2011, p. 491) “A garantia do acesso aos tribunais foi atrás considerado como uma concretização do princípio estruturante do Estado de direito. Neste momento trata-se apenas de estabelecer o conteúdo desta garantia jurídico-constitucional.” Trata-se de acesso, de direito de questionar judicialmente, atos ou omissões do serviço público de saúde.

Neste sentido, “o poder Judiciário deve conferir o máximo possível de efetividade às liberdades públicas” (BULOS, 2011, p. 529)

A intervenção do Poder Judiciário se torna capaz e necessária, em certos casos, a fim de garantir a efetivação do direito fundamental à saúde, analisando-se o caso concreto, segundo a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, positivada no artigo 1º, III da Constituição federal de 1988.

Entende-se, entretanto, que a formação do conceito de positivação de um determinado direito, se processa em *prima facie* no contexto social. As relações sociais originarão o dilema e a partir de então as ciências correlatas cuidarão de trabalhar as questões suscitadas de maneira a tentar resolvê-las. Por essa razão abre-se um tópico descrevendo-se o panorama social do SUS, sua formação e recepção na Constituição Federal, o enfrentamento dos dilemas suportados e aqui, pela ciência jurídica, analisado através da norma e sua possível aplicação legal.

### **3.1 O Sistema Único de Saúde: um olhar interdisciplinar**

Destaca-se como marco histórico pelas lutas sociais no campo da saúde, a reforma sanitária, ou movimento sanitarista, movimento encabeçado por médicos que se sensibilizaram com a situação vivenciada pelo brasileiro nos hospitais e centros médicos, e como eram tratadas as questões de saúde no Brasil. (FLEURY, 2008)

Esse movimento em especial, tornou-se essencial para que no texto constitucional brasileiro abrigasse o direito à saúde da forma como é tido nos dias atuais, direito de garantia de dimensão objetiva, e por se tratar de direito fundamental, possui eficácia abrangente e difusa. Compelindo o Estado a agir de forma positiva na execução e manutenção do bem estar social. Seja para o executivo ao governar, para o legislador ao elaborar as leis ou o para judiciário ao resolver eventuais conflitos.

No ano de 1986, o Brasil estava em pleno processo de redemocratização, nele foi realizada a VIII Conferência Nacional da Saúde, em que através de suas deliberações, instituiu-se a Comissão Nacional da Reforma Sanitária.

O relatório desta comissão expressa o direito a saúde da seguinte forma:

Direito a saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade. (SIMÕES, 2012p.236)

Neste sentido, compreende-se o conceito de saúde de uma forma abrangente, que garante ao indivíduo, não só o amparo no tratamento de doenças instaladas, mas também na prevenção e combate a possíveis situações insalubres, como a distribuição de água potável ou saneamento básico. ( FLEURY, 2008)

A partir deste contexto foi criado o Sistema Único de Saúde – o SUS, sistema brasileiro de assistência à saúde do cidadão, que se apresenta em sua normatização, como um dos mais belos do mundo, contempla a todos no território brasileiro os mais sofisticados exames, os melhores médicos e também hospitais de referência mundial.

O SUS foi fundado através da Lei 8080 de 19 de setembro de 1990, e preleciona em seu segundo artigo o seguinte conceito: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

O professor Paim (2009, p.60), explica “um sistema de saúde é um conjunto de agências e agentes cuja atuação tem como objetivo principal garantir a saúde das pessoas e das populações”, com isso o conceito de sistema se faz muito abrangente, tornando como atores todos os envolvidos no processo de conferir ao indivíduo uma vida com qualidade, sejam profissionais da área de saúde, hospitais, clínicas, fornecimento de medicações, dentre outros.

Segundo a lei que instituiu o SUS, ainda garante que ao Estado cabe garantir a saúde dos cidadãos através do desenvolvimento e na “formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, Lei 8080 de 19 de setembro de 1990)

Acontece que fatores como a demanda de casos, o espaço geográfico do nosso país, que é continental, e a disparidade do serviço prestado nos locais afastados dos grandes centros, torna o serviço público de saúde brasileiro caótico.

Hospitais superlotados, trabalhadores da área de saúde exaustos, diante tanto serviço e jornada de serviço insalubre, atenção básica deficitária dentre outros problemas, e mesmo, após 28 anos de implantação do SUS, o Brasil ainda persegue sua efetivação.

Para o professor de saúde coletiva da Universidade de Brasília(UnB), Márcio Florentino, na 15ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), realizada em dezembro de 2015, com o Tema: Saúde pública de qualidade para cuidar bem das pessoas – Direito do povo brasileiro, afirma: “na medida em que se expandiu quantitativamente a rede, começaram a aparecer gargalos de qualidade”, e a qualidade na prestação de serviço de saúde está diretamente relacionada ao contrabalanço das variáveis de acesso e a equidade, o sistema de saúde, a coletividade

e ou ainda o atendimento individual, sempre atentando para “ofertar atenção a partir da necessidades do sujeito e da comunidade.”(RADIS,2015, p.5)

Mesmo diante das limitações em relação ao número de leitos, ao número de médicos, ao número de exames, entende-se que “ a ordem econômica tem por fim(objetivo), em igual medida assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.” (LENZA, 2012, p. 1166)

Dentro desta problemática encontra-se o tempo na lista de espera, que mesmo entendendo-se que a fila remonta ao conceito de igualdade de condições entre as pessoas, é sabido que algumas filas asseguram o atendimento e outras limitam o acesso demonstrando-se como um entrave na gestão. (RADIS, dez, 2015)

Rogério Lanes Rocha, editor do programa Radis (dez, 2015, p.3), aponta como fatores que acarretam as falhas no atendimento de saúde o “subfinanciamento do sistema, a falta de planejamento, a oferta subdimensionada e mal direcionada à demanda social, a formação inadequada e a falta de investimento na força de trabalho”, cabe ao Estado o dever de promover meios de solucionar tais conflitos, e atender as necessidade básicas do cidadão.

Neste sentido o editor descreve que a “ampliação e mais resolutividade da atenção básica, maior e melhor cobertura nas especialidades e na oferta de procedimentos e exames complementares, organização das redes de atenção às urgências e emergências, aumento dos investimentos públicos nas unidades públicas de alta complexidade, entre outras” são medidas que proporcionarão a solução de problemas como, as filas, não obstante, tantos outros obstáculos podem ser ultrapassados através da reorganização e maior investimento no SUS. (RADIS, 2015, p.3).

Verifica-se no contexto que o diagnóstico das debilidades, a consciência da necessidade de resolução dos entraves e as possíveis hipóteses de solução, se adequam a muitos dos problemas enfrentados, pelo Sistema Único de Saúde, para a melhor efetivação deste direito do cidadão. “A oferta de serviços de acordo com as necessidades demandadas, a regionalização e regulação do acesso às diversas complexidades da assistência, a classificação de risco, a uniformidade e transparência de critérios, mudanças culturais de humanização das relações e comunicação” são algumas das alternativas de melhoria na prestação do serviço público de saúde. (RADIS, 2015, p.3).

O conceito de saúde adotado pelo Estado brasileiro impõe o tratamento igualitário e suficiente à necessidade de cada morador de seu território e o problema de gestão, tem sido apontado por estudiosos como um dos mais importantes desafios enfrentados pelo SUS.

Não obstante, ante a necessidade evidenciada do cidadão no cenário atual da saúde pública, nasce a modalidade de acesso ao serviço de saúde, com fornecimento de serviços médicos através do controle judicial.

Baseado no padrão proposto pelo neoconstitucionalismo, a judicialização dos direitos e garantias fundamentais se demonstra como uma alternativa de escape, ao cidadão que tem seu direito cerceado e garante um destaque na obtenção no atendimento dado a força de coerção das decisões judiciais em face o poder público, quando este se omite na prestação do serviço, ou não fornece adequadamente, o serviço público pleiteado.

Neste contexto, a atuação do magistrado, através da decisão judicial, se torna um importante instrumento na efetivação do direito à saúde dos cidadãos brasileiros. Faz-se necessário, entretanto, entender essa atuação, seus limites e consequências, das decisões tomadas nas demandas que propõem tal direito, em função da repercussão no âmbito global da sociedade.

#### 4 A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO CONTEXTO DO DIREITO À SAÚDE

O limite de atuação dos magistrados na atualidade se tornou um dos temas mais importantes em relação à decisão judicial dentro do panorama político e social brasileiro.

Mesmo a Constituição Federal impondo limites à atuação dos magistrados, através de seus dispositivos constitucionais e infraconstitucionais questiona-se até que ponto sua participação em questões outrora de competência políticas seria invasão de competência do Executivo ou Legislativo, conforme o caso.

Vale salientar, que ao incorporar os Direitos Fundamentais no texto Constitucional, o legislador constituinte disciplinou que os Direitos Fundamentais estão no centro de validade da ordem jurídica, irradiando seus efeitos em todos os ramos do direito, e como consequência prática, tem-se que:

- a) Limitar os conteúdos do direito infraconstitucional, vinculando substancialmente o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) como os particulares;
- b) A substancialidade referida faria com que as disposições constitucionais se deparassem com o problema do seu alcance, decorrente de questões semânticas, estruturais (devido, proibido, permitido) e da natureza principiológica das normas de Direitos Fundamentais. Essas Questões que prejudicariam a clareza absoluta sobre as condutas devidas por interpretação das normas de Direitos Fundamentais exigiria uma metodologia própria, qual seja, o sopesamento. Tal metodologia, na condição de um procedimento aberto, teria como consequência a abertura do sistema jurídico em virtude das normas de Direitos Fundamentais; e
- c) Por incorporar normas de Direitos Fundamentais, abertas ao procedimento de sopesamento, a vigência dos Direitos Fundamentais indicaria que o sistema jurídico seria aberto em face da Moral. Diz Alexy: os Princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição, e, com isso, ao direito positivo. (STRECK, 2016 p.40)

Esse novo modelo Constitucional exigiu que os juízes manifestem-se sobre questões de natureza política, tais como ações que demandam o direito a saúde, direito fundamental social já amplamente difundido no Estado brasileiro.

O direito a saúde demanda complexas ações positivas por parte do Estado para serem concretizados, e quando da não adoção de medidas satisfatórias para atender a necessidades dos cidadãos, faz com que os cidadãos busquem a prestação jurisdicional para que suas necessidades, relacionadas à saúde e demais direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, sejam efetivadas. Desta forma, ao Poder Judiciário, “compete-lhe dirimir conflitos de interes-

se, aplicando a lei nas hipóteses concretas, produzindo coisa julgada formal e material, no que substitui a vontade das partes” (BULOS, 2011 p.1255)

O contexto de efetividade de direitos constitucionais, trouxe também a responsabilidade do Poder Judiciário, órgão essencialmente livre de preferências partidário-políticas, o encargo de fiscalizar as atividades legislativas, delegando aos juízes o poder de controle normativo e fiscalização.

Com isso mais uma vez, resta por óbvio, a atuação genuína do Poder Judiciário no controle judicial de ações que demandam o direito a saúde, pois compete-lhe o “poder-dever de aplicar autoritativamente as normas jurídicas, mediante a substituição de uma atividade pública por uma alheia, diante de questões contenciosas.” (BULOS, 2011 p. 1255)

Contudo, existe um liame, entre a atuação genuína de fiscalização e garantística de direitos fundamentais e os efeitos negativos causados pelo aumento de ordens judiciais autorizativas de demandas individuais, que conduz a formação de dois institutos que tornam essa atuação em uma extrapolação dos limites de atuação dos magistrados: a judicialização da política e o ativismo judicial.

O primeiro fenômeno se deu segundo Rocha e Silva (2016) “é um processo natural decorrente das mudanças político-jurídicas que surgiram como produto das duas grandes guerras” e questões políticas, principalmente na atualidade tem se resolvido no Supremo Tribunal Federal. E o segundo seria uma ação negativa do judiciário, quando o juiz se vale de princípios morais pessoais para fundamentar sua decisão, neste sentido:

O ativismo judicial pode ser visto como uma consequência (negativa) da judicialização, sem que possa ser confundido com esta, se verifica como o movimento em que o magistrado, baseando seu entendimento em sua própria ideia de justiça, ultrapassa os limites impostos pelo legislador, caracterizando um afastamento de função do órgão jurisdicional. (APUD ROCHA E SILVA, 2016 p.129)

Daí depreende-se que a conduta ativista não produz efeitos positivos, trazendo insegurança jurídica ao Estado Democrático de Direito, pois ultrapassa as linhas democráticas entre política e direito, relativizando disposições legais e jurisprudenciais.

Examinar os limites à atuação do juiz em abstrato, passa a ser mais uma ferramenta de adequação no modelo de uma democracia, fundada não apenas em um Estado de Direito, no sentido de regido por leis, mas um Estado Democrático de Direito.

A necessidade de explicitar e justificar certos limites ao exercício da função judicante, na tentativa de inserir as coisas no seu meio, para que pensemos a questão dentro de um con-

texto mais amplo e contemporâneo, entendendo os fundamentos e regras dispostas para a atuação do Estado Juiz.

O art. 93, inciso IX, da Constituição Federal determina que toda decisão judicial deve ser fundamentada e motivada, sob pena de nulidade e, numa democracia, as leis e as decisões judiciais não estão necessariamente atreladas ao clamor público, ou à vontade da maioria, pois o Juiz goza da prerrogativa do “livre convencimento.”

Contudo, o poder decisório do magistrado, não pode se ater a conceitos morais pessoais, nem tampouco, a convicção baseada em suposições.

Ao magistrado cabe formar sua convicção através de provas, materializadas nos autos e a decisão judicial por sua vez, obrigatoriamente deverá está racionalmente atrelada a elas. “Isto porque, um determinado órgão de cada Estado, a exemplo do Poder Judiciário, toma como base os trabalhos, os estudos, as técnicas de outros órgãos, para, desse modo demonstrar o acerto de suas teses.” (BULOS, 2011, p. 91)

Conferindo caráter técnico e imparcial à peça executada, demonstra-se, com isso, o quanto é importante o uso de ferramentas alternativas para o auxílio na tomada de decisão. Ao utilizar-se de fontes externas, como decisões do direito comparado, como também, o uso de ferramentas que auxiliam de maneira racional e estratégica a tomada de decisão, como é o caso da Teoria dos Jogos, ferramenta que propicia organização de ideias, decomposição de hipóteses e variáveis de possíveis soluções do caso. A decisão se reveste de mais substancia e adquire mais contornos científicos, sem contudo, abandonar os demais conceitos e substratos para a tomada de decisão.

Apresenta-se, então, uma possibilidade de aplicação dos conceitos advindos da Teoria dos Jogos, como mais uma ferramenta, para o auxílio na tomada de decisão, no âmbito do Poder Judiciário. Adotando este mecanismo utilizado em outras áreas do conhecimento para aplicá-lo de maneira lógica em um caso concreto.

#### **4.1 A teoria dos Jogos uma forma estratégica de pensar**

A análise sistemática realizada através do estudo dos jogos apresenta seu primeiro registro conhecido no século XVII, em uma carta de James Waldegrave, um nobre inglês, explicando matematicamente um jogo, com prováveis soluções estratégicas. Essa carta foi dirigida a Nicolas Bernoulli, matemático suíço. Entretanto, não houve um aprofundamento na sua análise no sentido acadêmico. (SARTINI, 2004)

Após os relatos dos pioneiros nesse estudo, outros estudiosos se debruçaram sobre o tema, com a percepção de lógica e estratégia nos jogos, tais como Augustin Cournot, Ernst Zermelo e Emile Borel. Este último, porém, direciona seus estudos com adequação da sistematizada Teoria dos Jogos para outras áreas do conhecimento, “pois achava que a guerra e a economia podiam ser estudadas de uma maneira semelhante.” (SARTINI, 2004, p. 2)

Contudo, a Teoria dos Jogos foi difundida no início do século XX, por um matemático húngaro, Jancsi Von Neumann. Foi aplicada a princípio para fins bélicos, na segunda guerra mundial, pois desenvolve linhas de ação, demonstrando estrategicamente as melhores táticas de atuação para o fim que se destina.

Com o passar dos anos, essa teoria foi aplicada em outras áreas do conhecimento, para auxiliar o tratamento racional da tomada de decisões, a exemplo, na economia, do estudo de mercado e das decisões gerenciais de grandes empresas.

Vários estudiosos contribuíram para a formação desta teoria e o matemático John Forbes Nash Júnior, ganhador do prêmio Nobel, em 1950 publicou quatro artigos importantes para a teoria dos jogos não-cooperativos e para a teoria de barganha, contribuindo significativamente para o desenvolvimento e alargamento da aplicação desta teoria. Seu trabalho desenvolveu uma perspectiva de jogo que trabalhava a solução do conflito de forma a encontrar um ponto de equilíbrio, denominado até os dias atuais de equilíbrio de Nash. Suas principais publicações são: Equilibrium Points in n-Person Games e Non-cooperative Games. (SARTINI, 2004)

A concepção da teoria dos jogos leva sempre em consideração o processo de escolha, por se tratar de um estudo das tomadas de decisões entre indivíduos, quando o resultado de cada um depende das decisões dos outros, numa interdependência semelhante a um jogo. (ALCANTARA, 2012)

Nessa perspectiva, a análise estratégica enxerga a situação conflito, ou seja, o problema a ser resolvido, como um jogo. “a teoria dos jogos pode ser definida como a teoria dos modelos matemáticos que estuda a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito.” (SARTINI, 2004 p.4)

Consequentemente, as prováveis hipóteses da situação levam a uma possível solução estratégica. Faz-se necessário, entretanto, compreender sua dinâmica para contextualização do estudo e adequação da teoria proposta, portanto, “o elemento básico em um jogo é o conjunto de jogadores que dele participam. Cada jogador tem um conjunto de estratégias.” (SARTINI, 2004, p.4)

Observa-se que a partir da proposição de estratégias individuais, traça-se a situação de conflito a ser gerenciada, de acordo com a atuação de cada jogador, surgem às possibilidades de solução para o conflito. A solução de um conflito se define por “uma prescrição ou previsão sobre o resultado do jogo.” ( IDEM, 2004, p.8)

Fatores como a cooperação ou não entre os jogadores, perfil do jogo, análise das hipóteses, se são de conhecimento geral ou não, ou ainda a observação das variáveis da situação de conflito, como suas complexidades, são fatores de suma importância para definir qual o melhor padrão de solução para a resolução dos conflitos.

Essas soluções são formuladas a partir das especificidades do problema, a ser enfrentado e a Teoria do Jogos, apresenta as seguintes teses, de acordo com a teoria proposta: Solução da Dominância, Solução estratégica ou equilíbrio de Nash, ou ainda Estratégias mistas.

A resolução do conflito através da aplicação da solução pela dominância se dá pela exclusão das hipóteses menos relevantes, as hipóteses mais fortes assumem papel de dominância em relação as demais e se tornam a solução mais apropriada. Essa premissa permite que a decisão sempre maximize os resultados individuais, pois elimina as hipóteses dominadas.

Em termos da teoria dos jogos, dizemos que os dois jogadores possuem uma estratégia dominante, isto é, todas menos uma estratégia é estritamente dominada, que o jogo é resolúvel por dominância estrita iterada e que o jogo termina em uma solução que é um equilíbrio de estratégia dominante. (SARTINI, 2004, p. 8)

A solução pelo equilíbrio de Nash propõe que haja uma adequação das vontades e seja encontrado um ponto de equilíbrio para solução do problema, isto é, cada jogador tem um limite suportável em abrir mão do seu ganho individual. Nash “sugeriu uma abordagem de estudo de jogos cooperativos a partir de sua redução para a forma não-cooperativa.” (SARTINI, 2004, p. 3)

Quando o jogador desiste de mudar de estratégia, fica em uma posição confortável, que o equilíbrio de Nash descreve que “é um ponto onde cada jogador não tem incentivo de mudar sua estratégia se os demais jogadores não o fizerem.” (SARTINI, 2004, p. 11)

Confirmando a existência de um ponto de equilíbrio nas situações de conflito e conferindo o grau de satisfação desejado pelo jogador.

A terceira estratégia de solução proposta consiste na resolução de problemas mais complexos, pois não suportam decisões pela técnica da dominância, nem pelo equilíbrio, seria a percepção de um problema de múltiplas variáveis, ou seja, adota um misto de soluções. “Uma alternativa para estes casos é a de considerar o jogo do ponto de vista probabilístico, ao

invés de escolher um perfil de estratégia pura, o jogador deve escolher uma distribuição de probabilidade sobre suas estratégias puras é uma forma extensa de um jogo.”(IDEM, 2004, p.12)

Entende-se, nesta perspectiva, que a solução mista é o resultado da soma das soluções da dominância e do equilíbrio, propondo uma solução mista, que provavelmente atenderá plenamente ao jogador, demonstrando não a solução absoluta, mas a melhor solução para determinada hipótese.

O jogador tem uma visão ampla das hipóteses e suas consequências, fazendo com que ele trace a melhor alternativa, transformando uma resposta sub ótima em uma resposta ótima, isto é, haverá uma potencialização no resultado.

Os jogadores tomam suas decisões de forma sequencial, depois de observar a ação que um outro jogador realizou. A forma extensa tem uma estrutura mais adequada para analisar jogos desta natureza, especificando assim quem se move, quando, com qual informação e o payoff ou ganho de cada jogador. Ela contém toda informação sobre um jogo. Existem várias formas de se representar um jogo da forma extensa, todas elas tentando formalizar a ideia de árvore. (SARTINI, 2004 P.49)

Decodificar o problema e analisar suas prováveis variáveis, dispondo-as de forma a visualizar todas as possíveis soluções, possibilita a formalização das variáveis resolúveis dentro de uma expectativa de ganho, o que se demonstra extremamente positivo, não apenas nas ciências exatas, ou sociais aplicadas, mas também a qualquer área do conhecimento que se proponha a adotar, técnicas de auxílio na tomada de decisão.

Após traçar-se o panorama geral da teoria, e contextualiza-la nos moldes da ciência jurídica, apresentam-se seus atores sociais como jogadores, cada um com sua estratégia e com isso traçando um perfil, no espaço abstrato do jogo, propiciando a criação de uma situação e propondo suas estratégias de solução que para no caso do estudo em tela, dado ao nível de complexidade das variáveis, adota-se para a aplicação do Resp1.657.156 – RJ, o método misto de solução, para o auxílio na tomada de decisão dos magistrados.

Desta forma ao situar estrategicamente o magistrado numa perspectiva de jogo, possibilita-se considerar um conjunto de relevantes escolhas a serem tomadas, mesmo que os argumentos disponíveis impliquem em mais de uma alternativa decisória, a postura do magistrado deve expressar uma concepção coerente de justiça e equidade.

Aos juízes cabem construir decisões usando fatos, evidências e critérios legais limitadores de preconceitos pessoais, atitudes e emoções. No caso do direito à saúde pública o magistrado se vê na hipótese de decidir entre a concessão de tratamentos ou medicamentos que

vão propiciar o direito à vida do cidadão, ou levar em consideração a viabilidade econômica e financeira que o Ente deverá desprender do orçamento público.

Longe de entender as decisões judiciais, com a agressividade das tomadas de decisões empresariais, ou de procurar entender matematicamente, dilemas sociais, a proposta do presente estudo é utilizar os recursos disponíveis da Teoria dos Jogos para auxiliar o magistrado a pensar estrategicamente o problema. Decodificando-o em possíveis hipóteses, para que de posse dos dados e possíveis soluções do caso, seja criada uma matriz adequada para a resolução do mesmo, na busca de fiel adequação da norma ao direito pleiteado.

Considera-se, porém, que a utilização da Teoria dos Jogos não se adequa a todas as hipóteses de soluções de demandas, sempre deverá o magistrado observar qual perspectiva de resolução que se pretende, de acordo com as variáveis apresentadas no caso concreto.

Neste sentido, destaca-se a existência de casos, onde a concessão do medicamento ou tratamento pressupõem um alto custo e que isto necessariamente atinge o orçamento de um município ou do estado de forma a prejudicar o atendimento geral da população.

Sabe-se que os valores disponibilizados em um orçamento público são alocados estrategicamente de acordo com as necessidades gerais da população, contudo, dados fornecidos pelo CNJ registra o comprometimento do orçamento público do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2014, com demandas de judicialização da saúde, no montante de R\$ 71 milhões de reais, para atender cerca de 39 mil pessoas, enquanto o mesmo tempo gastou, R\$ 21 milhões de reais para atender 120 mil pacientes na UPA – Unidade de Pronto Atendimento. Esta disparidade no preço dos serviços se dá pela especificidade dos atendimentos prestados e só apontam para o nível de complexidade da tomada de decisão do magistrado.

Outra perspectiva de análise, não avaliada neste trabalho, é dada quando se trata de planos de saúde, a análise deve ser lançada de modo diferente por ser um serviço distinto do serviço público.

Desta forma, apresenta-se a formação da convicção do magistrado, como a confluência do direito posto e a perspectiva moral caracterizada no Estado neoliberal, de forma a entender que a utilização da Teoria dos Jogos se demonstra como uma ferramenta útil, no auxílio da tomada de decisão.

Demonstrar matematicamente uma estratégia de ação para a resolução de litígios, delineando hipóteses e suas possibilidades de resultados, para ao final definir qual a resposta que se alcançará maior êxito. Traduz um anseio equacionar a resolução do conflito entre o ativismo judicial e o respeito ao cidadão detentor de direitos fundamentais.

Com a objetivo de descender a aplicação dos conceitos expostos optou-se por fazer uma análise de caso, com a aplicação prática da teoria dos jogos, e assim demonstrar que a utilização da teoria pode auferir efeitos positivos na resolução de casos concretos. Para tanto, apresenta-se a metodologia que será utilizada para a elaboração da análise do caso.

## 5 METODOLOGIA

Com o escopo de analisar o caso do Recurso Especial nº 1.657. 156 RJ (2017/0025629-7), numa perspectiva da Teoria dos Jogos, aborda-se com base em dados secundários, obtido no site do Tribunal Superior de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro uma demanda com objeto a proteção ao direito à saúde, através de pedido de condenação de cumprimento de uma obrigação de fazer ao usuário do SUS.

A seleção do *hard case* se deu pela atualidade do tema, por ser um caso afetado para repercussão geral, que ainda está em tramitação, enquadrando-se nos parâmetros adequados à pesquisa.

Para tanto utilizará para a coleta de dados, um formulário elaborado para este fim, para coleta das variáveis apresentadas. Apêndice I

Para dar embasamento teórico ao presente estudo, o método aplicado foi o dedutivo, a partir da observação concreta do cotidiano, e a realização de pesquisa bibliográfica, a fim de explicar o caráter prestacional dos direitos sociais e uma possível utilização da teoria dos jogos para auxiliar na tomada de decisão, através de teorias publicadas em obras do mesmo gênero, bem como pesquisa legislativa e jurisprudencial.

Desta forma, utilizamos o método indutivo, que parte da análise do caso prático, aplicando a partir de observações as premissas da teoria dos jogos, para uma inferência universal, partindo de premissas individuais, empregando a análise qualitativa.

A coleta de dados foi feita em banco público, disponibilizado pela internet, o que dispensa aprovação de projeto em comitês de ética em pesquisa, sem prejuízo do respeito às normas.

Pelo que se passa a analisar no capítulo seguinte o caso adotado no presente estudo.

## 6 A ANÁLISE DO CASO

O caso em comento se trata de recurso intentado pelo Estado do Rio de Janeiro ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de reformar decisão de fornecimento de medicação não incorporada à lista do SUS.

Trata-se de originariamente de ação de Obrigação de Fazer, intentada em face do município de Nilópolis e o Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo que estes em colaboração, forneçam medicação não incorporada à lista de medicamentos do SUS.

Saliente-se que a autora da ação é pessoa carente e assistida por médico credenciado ao SUS, com todos os documentos e argumentos devidamente comprovado nos autos.

Pleiteia seu direito individual à saúde na concessão de colírios de uso contínuo por tempo indeterminado: (AZORGA COLÍRIO, GLAUB COLÍRIO, OPTIVE COLÍRIO), para combater um glaucoma crônico bilateral (CID H 40.1).

Em síntese a demanda foi processada da seguinte forma, foi concedida a Tuleta de Urgência e confirmada por Sentença em primeiro grau. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi proferido Acórdão nos termos do juízo *a quo*.

Inconformado com a decisão, o Estado do Rio de Janeiro, recorre sob os argumentos que como os medicamentos não estão no protocolo de medicamentos fornecidos pelo SUS e ao concede-os estaria violando dispositivos legais.

No Superior Tribunal de Justiça o caso foi afetado como de repercussão geral de acordo com as novas regras do CPC/2015 e atualmente está na mesa aguardando julgamento.

A questão controvertida encontra-se assim delimitada: "Obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde".

Passa-se a transcrever a Ementa do voto do Ministro Benedito Gonçalves pela afetação em demanda repetitiva:

Pr o AfR no,,, RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7) EMENTA ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS. 1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). 2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016).

Os argumentos sobre a questão controvertida são apresentados da seguinte forma no Acórdão proferido pelo senhor desembargador Antônio Iloísio Barros Bastos, decisão ataca-da:

Nessa direção, os artigos 19-M a 19-R da Lei nº 8.080/90, introduzidos pela Lei nº 12.401/11, não vedam a ministração de medicamentos diversos dos constantes em protocolos clínicos do SUS. Nada permite concluir que neles se encerre elenco taxativo. Da mesma forma, o fato de existirem alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS para o tratamento da moléstia acometida pela autora não tem o condão de exonerar o Estado da obrigação de fornecer os medicamentos necessários ao tratamento pleiteado na inicial, na forma prescrita pelo médico indicado pelo SUS. Ademais, a necessidade da autora em receber a medicação pleiteada, restou devidamente demonstrada no laudo médico acostado no indexador 15, por médico integrante do SUS.

E os argumentos trazidos a lume pela procuradora Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho Estado do Rio de Janeiro, segundo voto do relator, são:

No apelo especial, a parte recorrente alega, preliminarmente, ofensa aos arts. 480 a 482 do CPC/1973 ou 948 a 950 do CPC/2015, pois a Corte de origem teria declarado a inconstitucionalidade do art. 19-M ao afastar a sua aplicabilidade. Sustenta, ainda, a violação dos arts. 19-M, I, 19-P, 19-Q e 19-R da Lei n. 8.080/1990 (com a redação dada pela Lei n. 12.401/2011) e 333, I, do CPC/1973. Para tanto, afirma, em suma, que "no caso sub judice, dois dos medicamentos requeridos pela parte autora (AZORGA COLÍRIO, GLAUB COLÍRIO, OPTIVE COLÍRIO) não se encontram previstos nos Protocolos Clínicos incorporados pelo Ministério da Saúde, ou nas listas de dispensação dos entes públicos, razão pela qual não se inserem na assistência terapêutica a ser prestada pelo SUS, nos termos da Lei nº 12.401/2008, o que impede a condenação do Estado a fornecê-los" (fl. 201, e-STJ). Por fim, defende que houve maltrato às regras de distribuição do ônus probatório, pois cabe à parte autora demonstrar que o medicamento pretendido é o mais indicado, a despeito do medicamento fornecido pela rede pública

Ao analisar o caso em comento, revela-se que as decisões judiciais tem impacto não só para o indivíduo, mas também refletem em todos os membros da sociedade atingindo a todos na coletividade.

Tal fenômeno acontece quando o objeto de investigação é homogêneo em certos aspectos importantes, tratando-se o caso verificado de representação de todos os casos possíveis. "Dois casos que não diferem em sua natureza representativa contam simplesmente como um só caso." (LAKATOS E MARCONI, 2003, p.86)

Ao utilizar-se a teoria dos jogos no auxílio da tomada de decisão, observar-se as possibilidades de solução de um caso concreto levando em consideração uma teoria matemática

“criada para se modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais “agentes de decisão” interagem entre si. Ela fornece a linguagem para a descrição de processos de decisão conscientes e objetivos envolvendo mais do que um indivíduo.” (SARTINI, 2004 p. 1)

Entendendo que a decisão, por si, não é independente e todas as possíveis soluções do caso dependem da combinação de muitas proposições interligadas para assim alcançar um equilíbrio.

Apresenta-se como forma subsidiária de auxílio na tomada de decisão a utilização da Teoria dos Jogos na aplicação do caso concreto, Resp n. 1.657. 156 RJ, para formulação de um método estratégico de pensar o problema, em que o julgador se veja na demanda como ator social, atrelado à legislação vigente, de modo a se afastar do ativismo judicial. Mas, consciente do encargo de propiciar a satisfação do que se poderia denominar de micro-justiça, ou direito individual.

Entretanto, no contexto atual, deve-se enxergar outras variáveis relevantes na tomada de decisão, para o atendimento de demandas ilimitadas de forma a atender também a macro-justiça, isto é, um olhar coletivo. Procurando um ponto de equilíbrio na busca da satisfação dos anseios sociais.

Temos que, neste sentido, o padrão proposto pela Teoria dos Jogos apresenta o seguinte modelo: uma premissa maior que seria ( A saúde é um direito de todos), uma premissa menor que ( a paciente necessita de cuidados médicos) e por fim a síntese ( O Estado está obrigado a fornecer a medicação).

A partir destas premissas, desdobram-se as seguintes situações hipotéticas:

#### Quadro 1 - Demonstração da primeira premissa

##### **PREMISSA MAIOR**

a) Se considerado direito individual

1 - A saúde é um direito de todos

b) Se considerado como a pessoa parte do coletivo

- a) Quando avaliar-se a condição individual, dentro da perspectiva da teoria dos jogos, logo o indivíduo buscará a maximização dos resultados em sua perseguição ao direito pleiteado à satisfação individual só se concretizará se sua necessidade for sanada. Não levando em consideração fatores alheios ao direito pleiteado, tais como o direito de outros serem preteridos em detrimento do seu, ou a fonte de recursos para tal provimento.
- b) Se considerado o indivíduo como parte do coletivo, restarão avaliadas condicionantes que pressupõem a colaboração, e o sujeito de direitos poderá se satisfazer com uma resposta sub ótima na resolução do conflito instaurado. Como por exemplo, o custeio rateado entre as partes de comum acordo.
- c) Uma resposta desfavorável seria incompatível com a Constituição Federal

Quadro 2 – Demonstração da segunda premissa

**PREMISSA MENOR**

a) Tratamento de alto custo

2 - A paciente necessita de cuidados médicos

b) Tratamento de uso contínuo

d) Tratamento de doenças crônicas

---

Fonte: Autor: 2017

- a) Quando o tratamento demanda maior nível de complexidade e este se torna muito oneroso para o Estado, têm-se as seguintes assertivas: se considerar a visão individualista da parte interessada, será caracterizada da mesma forma, a satisfação só será dada através de uma resposta ótima, que seria a concessão sem avaliar nenhuma das consequências oriundas da decisão; Já uma resposta sub ótima para o fornecimento da medicação seria o estabeleci-

mento de critérios para tal concessão, tais como, os que o STF vem sinalizando através de votos em recursos extraordinários.

- b) No caso de tratamentos de uso contínuo, uma resposta ótima seria a decisão favorável à pretensão. Já uma resposta sub ótima seria avaliar as condicionantes e mesmo que o medicamento se faça necessário *ad aeternum*, que seja realizado um acompanhamento por profissional da rede pública, verificar a evolução do tratamento, sua eficácia, eventual necessidade de substituição ou mesmo alteração das dosagens, a fim de lhes garantir o tratamento adequado e se faça um controle ao fornecer o medicamento.
- c) Pacientes de doenças crônicas, principalmente as mais graves, estão dispostos a fazer uso de qualquer tratamento para conquistar sua saúde, a resposta ótima sempre reside em concessão sem óbices. Já a resposta sub ótima pressupõe que sejam avaliadas as condicionantes de viabilidade técnica para que seja efetivado o direito.
- d) O não fornecimento seria incompatível com a Constituição Federal.

### Quadro 3 – Demonstração da terceira premissa

#### SÍNTESE

a) Medicação nova não incorporada ao SUS

3 – O Estado está obrigado a fornecer a medicação

b) Medicação experimental

- a) A concessão de medicação nova não incorporada ao SUS apresenta-se como uma resposta ótima para o indivíduo. A resposta sub ótima seria o deferimento da concessão pela via judicial em casos excepcionais aptos a serem comercializados, embora ainda não aprovados, no Brasil, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e/ou não incluídos na lista de medicamentos elaborada pelo Ministério da Saúde.
- b) A resposta ótima neste caso seria também a concessão da medicação pleiteada. A resposta sub ótima seria avaliar tais medicamentos por se tratar de fármacos ainda não aprovados quanto a sua segurança e eficácia, portanto, ainda não liberados para comercialização inclusive pelo risco potencial à saúde do próprio requerente e titular do direito à saúde enquanto direito fundamental.
- c) O não atendimento a necessidade de saúde do cidadão seria incompatível com a Constituição Federal.

Conforme demonstrado nas possíveis hipóteses de solução, de acordo com as regras de interação estratégica da teoria dos jogos, e utilização da sistemática mista para solução de conflitos, pode-se inferir que nem sempre ao tomar decisões maximizadoras, se alcança o melhor resultado estratégico.

Senão vejamos: “Tal formulação é utilizada para demonstrar que, em determinados processos de interação estratégica, o fato de cada jogador buscar o melhor para si leva uma situação que não é a melhor para todos.”(ALCÂNTARA, 2012, p. 90)

E ao se inferir a resposta ótima a solução do caso em todas as hipóteses, que seria a maximização dos resultados pretendidos individualmente, acarretaria o desenvolvimento de efeitos negativos gerados pela postura de não cooperação entre os atores sociais, prejudicando a coletividade.

A partir da premissa que quando o indivíduo busca apenas seu interesse incansavelmente numa sociedade que propõe a liberdade dos comuns, consciente que vivemos num mundo finito e de insumos também finitos, estaríamos colaborando para o caos vivenciado na tragédia dos comuns de Garrett Hardin. (IDEM, 2012)

Ao julgador, portanto, “cabe assumir a responsabilidade de ser, mesmo nas demandas individuais, um agente com poder de interferir sobre as relações coletivas” (ALCÂNTARA, 2012, p. 91)

Demonstra-se que na matriz apresentada estrategicamente aponta-se a colaboração como a melhor opção estratégica para decisão judicial sobre a realidade de demandas judiciais maximizadoras do espectro de proteção dos direitos individuais, apontando para a melhor hipótese de solução de litígios uma resposta sub ótima.

Logo, dentro da perspectiva apresentada a obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde, se torna uma resposta ótima na visão individualista do problema.

Entretanto, a decisão ótima acarretaria graves consequências que em um futuro poderia acarretar o fenômeno vivenciado na tragédia dos comuns. Isto é, chegar um momento de caos público e o serviço não ser realizado por impossibilidade financeira do Estado, ou mesmo o número de decisões serem tão elevadas que poderiam ocasionar um quadro de total ingerência estatal.

Em outra perspectiva, uma resposta sub ótima, aponta para a colaboração. A decisão tenderia à concessão dos medicamentos, mesmo que ainda não figurem a lista do SUS, mediante a análise de critérios pré-definidos. De acordo com a urgência do caso pretendido e critérios que o Supremo Tribunal Federal já vem consolidando, a saber: 1 - incapacidade financeira para aquisição do medicamento do demandante; 2 - comprovação de que a não incorporação à lista do SUS não é resultado de negativa expressa de órgão competente; 3 - inexistência de alternativa de tratamento similar no SUS que surta os mesmos efeitos; 4 - comprovação da eficácia do produto com base em evidências médicas, e 5 - solicitação à União que é a responsável por esse tipo de decisão sobre incorporação de medicamentos.

Desta forma se preserva a concessão da medicação, sem invalidar a possibilidade de ajuizamento de demandas, e ainda, resguarda o Estado do fornecimento de medicações que esporadicamente poderiam acarretar malefícios aos cidadãos e não a saúde pleiteada.

Confirmando a tese que o grau de satisfação individual não se consubstancia apenas se dada solução de um problema, seja uma resposta ótima à sua pretensão. Pois mesmo sendo impostas variáveis condicionantes para o atendimento do pleito individual da cidadã, no caso apresentado, esta não ficará sem o atendimento perseguido. Transformando a resposta sub ótima em uma resposta ótima.

Entendendo desta forma, que será atendido o pleito individual com as cautelas legais exigidas e de maneira a preservar também o direito coletivo.

Existem outros fatores, porém a serem analisados e longe de esgotar a discussão do assunto em questão devido a sua complexidade, a presente análise procurou neste momento abrir uma perspectiva de reflexão, sobre a temática e a adoção de mecanismos facilitadores como a aplicação da teoria dos jogos como meio viável no auxílio da tomada de decisão para a concessão de serviços médicos de saúde pública.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visando a efetivação do direito fundamental à saúde, o presente estudo buscou demonstrar a importância do uso de novas teorias para melhor aplicação da ciência jurídica no bem-estar da sociedade.

A esse respeito, foi apresentada a Teoria dos Jogos como uma alternativa metodológica para auxiliar no processo de elaboração da decisão judicial, uma vez que foi verificado, neste trabalho, que o acesso à saúde pública através de demandas judiciais contra o Estado mostra-se como ferramenta válida para consecução dos objetivos proclamados na Constituição da Federal.

Esta última assegura o direito à saúde que, além de ser um direito fundamental, está intrinsecamente relacionado ao direito à vida. Desta forma, é competência do Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional, não omitir-se à resolução da problemática da saúde.

A partir disto, conclui-se que o Estado, ao agir em função do interesse público, assume a responsabilidade de garantir ao cidadão o direito fundamental à saúde, e não apenas de forma genérica, mas sim, de maneira efetiva e eficiente, propiciando agilidade e compromisso nos serviços prestados - devendo, também, assumir um papel de provedor de carências e necessidades públicas.

No estudo de caso analisado, foi constatado que, uma resposta satisfatória para a resolução das demandas de saúde pública aponta para a colaboração mútua entre os atores sociais. A decisão judicial adequada tende à concessão dos medicamentos, mesmo que ainda não tenham sido arrolados na lista de fornecimento do SUS. Seguindo, entretanto, o direcionamento de critérios pré-definidos para análise - orientação compatível com os critérios que vêm sendo consolidados pelo Supremo Tribunal Federal.

Citando-se como tais critérios de análise os fatores relacionados à incapacidade financeira para aquisição do medicamento do demandante ou a comprovação de que a não incorporação à lista do SUS não é resultado de negativa expressa do órgão competente. Também se acrescentam neste rol a comprovação de inexistência de tratamento similar no SUS, a comprovação da eficácia do produto com base em evidências médicas e mesmo a solicitação incorporação de medicamentos à União que é a responsável por esse tipo de decisão, cercando a decisão de fatores robustos para seu embasamento.

Ao analisar as assertivas expostas, entende-se que, desta forma, se preserva a manutenção da concessão do fornecimento dos serviços públicos de saúde, sem invalidar a possibi-

lidade de ajuizamento de demandas, ao passo que, resguarda o Estado do fornecimento de medicações irregulares.

Entende-se, sobremaneira, que a decisão judicial na atualidade funciona como um vetor ativo de efetivação de direitos, contudo, essa decisão atinge de forma transversa a sociedade em geral, compelindo o magistrado a entender seu papel imparcial no contexto social onde o direito é tido como a confluência harmônica da norma e da moral.

## REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Gisele Chaves Sampaio. **Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 88-94 maio 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de estudios Constitucionales: Madrid, 1993. Disponível em: < <http://www.buitronyasociados.com.mx/wp-content/uploads/2015/09/TEORIA-DE-LOS-DERECHOS-FUNDAMENTALES-ROBERT-ALEXY.pdf>> acesso em: 22 de agosto de 2017.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional Positivo**. 2 ed. Editora Edijur: São Paulo, 2015

\_\_\_\_\_, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. Editora Edijur: São Paulo, 2015

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneos: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2 ed. Saraiva: 2010

BEHRING, Elaine Rossetti. **Fundamentos da Política Social: Fundamentos e história**, 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> acesso em: 25 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_, Lei 8080/90 de 19 de setembro de 1990, **dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> acesso: 16 de setembro de 2017

\_\_\_\_\_. **Pactos pela Saúde 2006**. Conselho Nacional da Saúde. Disponível em <<http://conselho.saude.gov.br/webpacto/index.htm>> acesso em: 05 de agosto de 2017.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito Constitucional**. 6º ed, ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2011

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7ª Ed. Almeida, Coimbra, Portugal: 2003.

FLEURY, Sônia, Reforma Sanitária Brasileira: Dilemas entre o instituinte e o instituído. Fundação Getúlio Vargas, 2008

PAIM, Jairnilson Silva. O que é o SUS. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009

PIOLA, Sergio Francisco, **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. Vinte Anos da Constituição Federal, 17, volume 3, IPEA, 2008.

ROCHA, Rogério Lannes. A fila anda. Radis, Editora Fiocruz, Rio de Janeiro, n.159, p. 18-20, dez. 2015

ROCHA, Lara Azevedo Rocha e SILVA, Maria Clara Marussi. **Judicialização da Saúde: Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir dos Res 566.471 e 657.718**. Revista Direitos Sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE). Disponível em <www.Unifafibe.com.br/revista/index.php/direito-sociais-politicas-pub/index. ISSN 2318-5732, vol.4, nº 1, 2016. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

SARTINI, Brígida Alexandre. *Et al.* **Uma Introdução a Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM Universidade Federal da Bahia. Disponível em <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>> acesso em: 16 de setembro de 2017

SIMÕES, Carlos. Curso de direito do Serviço Social. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2012

SIQUEIRA, Natércia Sampaio. **Uma Análise da Judicialização do Direito à Saúde: Limites para a atuação dos juízes no fornecimento de medicamentos**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ebd58b8a3f1d72f4>> acesso: 13 de setembro de 2017.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G.. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 5ª São Paulo ed. Atlas : 2003

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas.2012

RJ cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça. Portal do CNJ.  
Disponível < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80770-rj-cria-estrutura-propria-para-atender-casos-> > acesso em: 16 de outubro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Ponderação e arbitrariedade: a Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Ed. Juspodivm: 2016

## APÊNDICE I

- 1 - Tipo de ação originária: Obrigação de Fazer nº 0015099-09.2014.8.19.0036;
- 2 - Representação jurídica do Recorrido: Defensoria Pública do Rio de Janeiro;
- 3 - Condição econômico-financeira alegada pelo Recorrido: hipossuficiente economicamente comprovada;
- 4 - Titularidade da ação originária: individual;
- 5 - Existência de pedido liminar: Antecipação de tutela;
- 6 - Decisão do pedido liminar: deferimento;
- 7 - Existência de fundamentação da urgência e emergência alegada no pedido; resultado em segunda instância: favorável ao usuário;
- 8 – O tratamento indicado é de alto custo: não
- 9 – Qual valor estimado do tratamento mensal: aproximadamente R\$ 150,00
- 10 – O tipo de recurso em tramitação: Recurso Especial nº 1.657. 156 RJ (2017/0025629-7).