

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL  
EDUARDO BRAGA ROCHA, EDITORA LETRAS  
JURÍDICAS, SÃO PAULO, 2011**

*Caio César Vieira Machado\**

**INTRODUÇÃO**

O livro objeto desta resenha tem o mérito de analisar a questão da concretização do direito à saúde, uma vez negado através das vias convencionais, pelo acionamento do Poder Judiciário. De início, o autor se preocupa com a inserção desse direito no ordenamento brasileiro e a sua exigibilidade jurídica. E conclui dedicando boa porção de sua obra à análise dos empecilhos à realização desse direito, mais comumente encontrados durante o apreço da atividade jurisdicional.

Usando-se um estrangeirismo jurídico, “justiciabilidade”<sup>(1)</sup> remete à capacidade de um cidadão trazer seu impasse legal ao apreço do Judiciário. No contexto da obra, o autor remete não somente ao potencial de apreço jurisdicional da questão, como ao próprio potencial de realização desse direito. No cenário político-jurídico brasileiro, a análise desse tema está intrinsecamente relacionada à questão do ativismo judicial<sup>(2)</sup>, na qual se discute o papel de um Judiciário robusto, interventor e fiscal das atividades dos outros poderes<sup>(3)</sup>.

Na área da saúde, a questão da interferência do Judiciário enfrenta algumas colocações mais polêmicas. A primeira se refere ao desequilíbrio gerado pela intervenção do Judiciário em questões legislativas e executivas, pois, verifica-se um poder capaz de obrigar o Executivo a alterar o planejamento de suas políticas e até vincular o Legislativo, levando-o a deliberar e legislar sobre determinado

---

(\*) Graduando em Direito, Universidade de São Paulo (USP). Assessor de Projetos da SanFran Jr.; bolsista do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (Cepedisa). São Paulo/SP – Brasil. E-mail: caiocvm\_school@yahoo.com.br.

Texto recebido em 10.09.12. Aprovado em 12.09.12.

(1) JUSTICIABILITY. *Cornell University Law School*. Legal Information Institute. n.d. Web. 9 Sept. 2012. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/wex/justiciability>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

(2) ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. Print.

(3) Id. *Ibid*.

tema. Observa-se, assim, um poder estatal que tem a prerrogativa de sobrepor suas decisões às das demais poderes, inclusive em questões que, *a priori*, não eram de sua competência. Isso conduz a um debate sobre a existência de um desequilíbrio na separação de poderes e sobre as funções de cada Poder.

Outro debate, ainda relacionado ao anterior, remete às próprias decisões emitidas pelos órgãos jurisdicionais. Nesse âmbito, discute-se a capacidade do Judiciário de deliberar sobre uma questão que não é diretamente de sua competência. É o caso, por exemplo, de uma decisão que interfira em alguma política pública e que corre o risco de ser inadequada por contrariar toda uma política estatal já sistematizada e operacionalizada. Assim, têm-se decisões que concedem medicamentos demasiadamente onerosos ao Estado; têm-se outras que obrigam o poder público a destinar recursos a atividades não previstas no orçamento e que acabam prejudicando o financiamento das políticas públicas; e têm-se até decisões socioeconomicamente controversas que determinam o pagamento de tratamentos caros em outros países.

A menção dessas questões tem o intuito de contextualizar a problemática do direito à saúde no Brasil e de apalpar a dimensão do debate que se instaura nos âmbitos político, jurídico e social. É nesse cenário que se realiza a obra do autor, analisando com detalhamento técnico esses e outros problemas relacionados à justiciabilidade do direito à saúde. Análise essa, que constrói um sólido argumento sobre o potencial de exigência e realização do direito à saúde do indivíduo em face do Estado.

A fundamentação da tese se desenvolve em diversos níveis correlatos, e esta resenha usa de uma separação própria dos argumentos do livro para efeitos de análise. Assim, aprecia-se o direito à saúde na Constituição Federal de 1988, questões sistêmicas e fáticas de interação com o aparato governamental, os obstáculos à realização do referido direito fundamental e, por fim, uma análise crítica do livro.

## **I. NÍVEL NORMATIVO**

O autor descreve a colocação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 frisando as características jurídicas que conferem ao cidadão poderes maiores de exigir-lo. Trata-se de um direito fundamental e, por definição, é concedido a toda pessoa imersa no ordenamento jurídico. Ele inibe a intervenção estatal, em alguns aspectos da vida individual, e a obriga em outros<sup>(4)</sup>. Caracteriza-se, dessa forma, tanto como um direito negativo, impondo a inércia do Estado em alguns quesitos, quanto positivo, exigindo prestação deste em outros aspectos.

Nesse sentido, o autor utiliza-se de um raciocínio coerente com a doutrina e de argumentos bastante coesos para sustentar que o direito à saúde se dá

---

(4) ROCHA, Eduardo Braga. op. cit.

tanto em dimensão subjetiva, gerador, portanto, de direitos subjetivos para os particulares; quanto em dimensão objetiva, sendo, então, fornecedor de diretrizes materiais para o Estado<sup>(5)</sup>.

O direito à saúde é patente na Constituição de 1988, fato que assegura sua relevância formal, e, dada sua importância social, se valoriza como um direito fundamental material. Sob a ótica social, trata-se de uma reiteração da óbvia relevância deste direito – a ponto de tê-lo reconhecido na letra da Constituição. Entretanto, sob o prisma jurídico, o seu reconhecimento formal constitucional lhe concede superioridade na hierarquia normativa, limita a influência do poder reformador sobre ele, garante aplicabilidade imediata e vincula os poderes públicos<sup>(6)</sup>.

Por fim, o autor argumenta que o direito à saúde é concebido em cláusula pétrea de nossa Constituição, reconhecido pela interdependência daquele direito com o da dignidade da pessoa humana. Ademais, ele interpreta a inclusão dos direitos sociais (e nestes encontra-se a saúde) dentro do termo “direitos fundamentais”, explícito em nossa Constituição. E, inobstante, ressalta tratados internacionais e jurisprudência que dão sustentação a esse entendimento.

Assim, tomada a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), “A saúde é um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”<sup>(7)</sup>, adentra-se, então, a questão da implementação desse direito em todas as suas dimensões, sejam elas a de prevenir a contração de doenças (preventiva), a de permitir a cura das enfermidades (curativa) ou a de promover a qualidade de vida (promocional)<sup>(8)</sup>.

## II. NÍVEL SISTEMÁTICO E FÁTICO

Aqui a discussão se afasta um pouco das normas materiais, previamente descritas, e aborda questões de direito processual, culminando até em análises do próprio funcionamento das normas específicas e sistemáticas do direito à saúde no plano social.

Importa notar que o direito à saúde é originário de prestações, significando que ele possibilita a sua exigência pelo indivíduo, independente da existência de normas infraconstitucionais sobre o assunto. Dessa forma, o particular tem poderes imediatos de exigir prestações do Estado e até sua omissão em ações que possam ser prejudiciais à saúde. Isso significa que este direito tem eficácia plena, podendo ser aplicado independentemente de intervenção do legislador, com capacidade de produzir seus efeitos essenciais. Conclui-se, então, que o

---

(5) ROCHA, Eduardo Braga. op. cit.

(6) Id. Ibid.

(7) Id. Ibid.

(8) Id. Ibid.

direito fundamental pode ser exigido desde sua concepção, diferentemente das normas programáticas constitucionais.

Eis que essa norma constitucional de eficácia plena garante aos cidadãos “acesso universal e igualitário”<sup>(9)</sup> aos serviços de saúde, sendo eles “um direito de todos e dever do Estado”<sup>(10)</sup>, usando-se de um conceito amplo de saúde (o da OMS, citado). Contudo, é evidente que a realização dessa tarefa colossal exige de sistemas normativos complexos.

O primeiro e mais importante é o regime misto de saúde encontrado no país. Apesar da abrangência em escala universal do Sistema Único de Saúde (SUS), assegurado a todos, admite-se a coexistência da iniciativa privada (como os convênios de saúde) atuando paralela e complementarmente aos serviços do Estado. O SUS tem uma estrutura especializada que prevê diferentes níveis de serviços para que se operacionalize o atendimento de todos os tipos e graus de enfermidades, descentralizando as ações e buscando sempre a capacidade de cada município de garantir os serviços. Não cabe a esta resenha debater sobre a eficiência e realidade desse sistema, mas apenas apontar suas diretrizes de funcionamento. O que importa é que há um grau de operabilidade desse modelo.

Vale notar que os entes federativos (união, estados e municípios) legislam concorrentemente na área da saúde, obedecendo, é claro, à hierarquia normativa inerente ao nosso modelo federativo. De forma relacionada, verificamos que existe responsabilidade solidária entre os entes, podendo ser acionados independentemente e responder de forma isolada ou conjunta.

Além do sistema do SUS, a Constituição disponibiliza diversos instrumentos processuais que garantem meios de exigir as prestações estatais. Chamados de “remédios constitucionais”<sup>(11)</sup>, estes são instrumentos processuais para que se assegure o exercício dos direitos previstos na Carta Magna. Dentre eles, temos dois mais utilizados na área da saúde, que são o mandado de segurança<sup>(12),(13)</sup>

---

(9) Art. 196. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 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: 20 jan. 2013.

(10) Id. Ibid.

(11) SCHMIDT, Gustavo da Rocha. “Classificação das normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.” *Constitucional* (2009). *Acadêmico FGV Direito Rio*. Web. 9 Sept. 2012. Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Classificação\\_das\\_normas\\_constitucionais,\\_segundo\\_José\\_Afonso\\_da\\_Silva:\\_Normas\\_de\\_eficácia\\_plena,\\_normas\\_de\\_eficácia\\_contida\\_e\\_normas\\_de\\_eficácia\\_limitada](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Classificação_das_normas_constitucionais,_segundo_José_Afonso_da_Silva:_Normas_de_eficácia_plena,_normas_de_eficácia_contida_e_normas_de_eficácia_limitada)>. Acesso em: 20 jan. 2013.

(12) Art. 5º, inciso LXIX. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 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: 10 set. 2012.

(13) BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. “Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm)>. Acesso em: 10 set. 2012.

e a ação civil pública<sup>(14),(15),(16)</sup>. Definindo brevemente, o primeiro protege direito líquido e certo, quando ameaçado por alguma ação do poder público. Pode ele ser impetrado por qualquer pessoa, se for individual, ou por partidos ou grupos taxativamente reconhecidos pela Constituição que tenham seus direitos ameaçados. O segundo protege interesses difusos e coletivos e tem um rol taxativo de legitimados a impetrar essa ação.

Uma vez apresentados os meios usados para providenciar e proteger o acesso à saúde, o autor traz a discussão do mínimo existencial, definido como “o conjunto de prestações materiais mínimas necessárias para uma existência digna”. Esse seria, então, o conceito que delinea a obrigação e a proteção estatal à saúde.

Essa passagem abre alas para o debate sobre a aplicação do direito à saúde. Sua conceituação é controversa, pois há certa vagueza na determinação do mínimo existencial quanto à saúde física, mental e social. Como já foi dito antes, esse debate é importante, pois é sob esse conceito que muitos aplicadores determinam se o Estado deve ou não conceder certa prestação (negativa ou positiva) no caso concreto. Por isso, diz o autor, o mínimo existencial não está sujeito à reserva do possível, restringindo as prerrogativas do Estado para negá-lo, uma vez provada a necessidade do tratamento ou medicamento. O conceito de reserva do possível será analisado em maiores detalhes na parte seguinte, sobre os empecilhos à justiciabilidade.

Reconhecemos, portanto, que o ordenamento elabora uma detalhada estrutura normativa para conceder os direitos determinados por ela mesma. Verificamos desde um complexo de prestações de serviço até meios para exigir a aplicação das normas descumpridas. Torna-se patente, então, o papel acentuado do Judiciário que fica incumbido de assegurar o cumprimento dos direitos constitucionais. Esse acréscimo de responsabilidade perante a sociedade acarreta no fortalecimento do Judiciário, que, nesse contexto, goza de algumas prerrogativas que podem se sobrepor às decisões de outros poderes.

---

(14) BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 10 set. 2012.

(15) O Ministério Público é legitimado para mover essa ação, mas não é exclusivo. Artigo 129, § 1º. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 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: 10 set. 2012.

(16) Artigo 5º, inciso LXX. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 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: 10 set. 2012.

### III. ANÁLISE DOS EMPECILHOS À JUSTICIABILIDADE

Uma vez caracterizado o complexo normativo e sistemático do direito à saúde, o autor passa à análise de como, segundo ele, os obstáculos à realização desse direito deveriam ser tratados e solucionados.

Primeiro os problemas relacionados à separação de poderes. Já de início, alega o autor que a separação de poderes foi concebida visando proteger os indivíduos contra os possíveis abusos do poder estatal e, por isso, não poderia essa mesma organização acarretar na limitação dos direitos fundamentais que ela própria visa resguardar. Assim, defende ele que o Judiciário não é neutro e tem a obrigação de intervir nas decisões dos outros poderes que prejudiquem os referidos direitos. Portanto, o Judiciário seria legitimado pelos poderes que lhe são incumbidos constitucionalmente, pela sua obrigação de fundamentação a agir e pela própria intangibilidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, por exemplo, poderia o Judiciário obrigar o fornecimento de um medicamento não encontrado nas relações oficiais de medicamentos providenciados pelo SUS.

Nessa linha, alega o autor que a discricionariedade administrativa (seja ela – grosseiramente – a liberdade de proceder a uma apreciação subjetiva das circunstâncias e poder agir, assim, conforme convier, limitado apenas pelos parâmetros legais) está sujeita à intervenção do Judiciário. Seria, portanto, papel do juiz assegurar o cumprimento dos parâmetros de legalidade que restringem a discricionariedade e assegurar o interesse público nessas ações governamentais.

Em um âmbito ainda mais específico, por isso, teria o juiz a capacidade de intervir no orçamento público, obrigando a destinação de recursos a prestações específicas, ainda que o poder público só possa realizar gastos com expressa previsão na lei orçamentária anual. Assim, diz o autor, uma vez confrontada a despesa pública com o direito à vida de um indivíduo, deve o juiz determinar a destinação de recursos para o tratamento do paciente. Nesse sentido, o juiz seria capaz de obrigar não só a prestação estatal como seria capaz de definir a própria realocação de recursos. Ademais, esclarece o autor que essa asserção é coerente com o ordenamento, pois, se a lei orçamentária fosse imutável, ela burlaria os direitos fundamentais, derrotando o propósito de existência destes.

Clarifica, assim, que o mínimo existencial do indivíduo não estaria sujeito à reserva do possível. Esta última determinação obriga o Estado a atingir o máximo de suas previsões dentro dos limites da possibilidade (e o próprio Estado determina o que é “possível”)<sup>(17)</sup>. Portanto, para o autor, o Estado é obrigado a prover o tratamento ao indivíduo, ainda que, por exemplo, tenha de retirar recursos de outras áreas do orçamento para enviá-lo ao exterior para ser tratado.

---

(17) ROCHA, Eduardo Braga. op. cit.

Mais especificamente, o autor distingue entre a reserva do possível jurídica e a fática, sendo a primeira relacionada às prerrogativas do Estado de decidir sobre suas atividades orçamentárias e a segunda referente à própria exaustão de recursos. Contudo, conclui ele que, mesmo em casos de exaustão orçamentária, o Estado pode realocar recursos de fora do orçamento para conceder o tratamento ao indivíduo. Essa decisão dependeria de critérios de ponderação incumbidos aos juizes.

Visto o principal dilema orçamentário do julgador, o autor passa a explicação dos aspectos do processo decisório que podem servir de embate à concretização do direito à saúde e que se relacionam aos critérios avaliativos de concessão dos pedidos na área da saúde.

A reserva de consistência do juiz trata, eminentemente, da obrigação deste de fundamentar a sua decisão. Esta muitas vezes exige, além de uma fundamentação jurídica, provas oriundas de ciências não jurídicas para conferir sustentação ao raciocínio. Seria, portanto, um crivo fático a concessão de tratamentos que exigem que a parte agravada prove a necessidade do medicamento. Esse ônus probatório daria ao cidadão um meio de evidenciar a necessidade exclusiva de determinado medicamento ou tratamento, e tal prova deveria ser o suficiente para legitimar a decisão judicial. Contudo, o magistrado precisa reconhecer juridicamente uma conclusão derivada de ciências não jurídicas e aqui se dá espaço para debates que podem prejudicar a realização de direitos fundamentais.

Assim, ligados à reserva de consistência, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade deveriam ser utilizados na interpretação e aplicação de normas. Esses seriam os critérios objetivamente definidos que obrigariam o juiz a levar em conta os fins e os meios para a realização do direito à saúde. Essa seria a medida avaliativa que sopesa o que está sendo pedido em termos de necessidade, adequação, finalidade e onerosidade para o Estado. Assim seria possível avaliar os benefícios e ônus da decisão.

#### **IV. ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA**

Importa reiterar enfaticamente que o autor tem o mérito de desenvolver um sólido argumento sobre a exigibilidade do direito à saúde no Brasil. A resenha usa de estruturação própria para retratar a fundamentação do raciocínio do autor em seus pontos principais. Claro que, na obra, o autor trabalha sua tese minuciosamente e abarcando outras questões não mencionadas neste texto. Contudo, pode-se dizer que, para efeitos de contextualização e sumarização do raciocínio, os pontos explicitados cumpriram razoavelmente seu papel.

Como retratado anteriormente, o argumento normativo do autor é forte e tem bases muito profundas em nossa legislação, em nossas doutrinas e também

nas convenções e tratados internacionais. No limite, é difícil de encontrar incoerências na elaborada tese. Argumentou-se convincentemente que a norma constitucional e a forma com a qual ela é caracterizada asseguram aos particulares amplos e eficazes meios de buscar a realização de seu direito à saúde.

Ademais, a análise dos meios de prestação do referido direito também é detalhada, abordando decisões judiciais e usando-as para tecer comentários acerca da função e operabilidade do SUS. Fica, enfim, muito clara a vinculação do Estado às prestações atribuídas pela Constituição e às exigências individuais de cada cidadão.

Há, entretanto, alguns aspectos que poderiam ser abordados no final da obra, na discussão sobre os obstáculos e limites à justiciabilidade do direito à saúde.

Não há como negar que as análises propostas são válidas e em larga escala sensatas e aplicadas. A questão que fica evidente é que a obra dá a entender uma aplicação jurídica quase absolutamente favorável à concessão dos direitos à saúde. Essa tendência parece ignorar questões relevantes que pesam (ou que deveriam pesar) para a realização de decisões contrárias aos pedidos individuais.

É fato que o Judiciário tem um importante papel na fiscalização dos outros poderes e que este órgão, incumbido de evitar abusos e omissões dos poderes públicos, passa a ter maiores prerrogativas perante os outros poderes e maiores responsabilidades para com a sociedade. Contudo, se essa responsabilidade existe para assegurar o interesse público, há o outro lado coletivo do debate que não foi apreciado.

Em determinado momento, diz o autor que o mínimo existencial não está sujeito à reserva do possível. Ele argumenta ainda que, se o Estado está vedado de condenar à morte, não pode também produzir uma sentença que não conceda o tratamento necessário para se garantir a vida. Reconhecidamente, trata-se de um argumento secundário e longe de ser o sustentáculo principal de sua tese.

Contudo, essa afirmação pode ser expandida para uma análise ausente no texto. Não há qualquer discussão sobre a concessão do direito ao indivíduo que moveu a ação acarretar na ausência de recursos para outras pessoas que não acionaram o Judiciário. No limite, sabe-se que é impossível o Estado prover cuidados irrestritos de saúde de forma a garantir amplo acesso a todos os cidadãos<sup>(18)</sup>. Isso mostra que, diante de recursos escassos, a alocação de fundos influi diretamente no número de pessoas que se beneficiam dos serviços do Estado.

Nesse sentido, quando o autor fala de ausência como previsão orçamentária, ele concede ao juiz o direito e o dever de interferir no orçamento e determinar a destinação de recursos para o tratamento de um indivíduo. Em seu

---

(18) SINGER, Peter. Why we must ration health care. *NY Times Magazine*. 19 July 2009. 9 Sep. 2012. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2009/07/19/magazine/19healthcare-t.html?\\_r=2&pagewanted=1](http://www.nytimes.com/2009/07/19/magazine/19healthcare-t.html?_r=2&pagewanted=1)>. Acesso em: 20 jan. 2013.



raciocínio, diz o autor, diante do sopesamento dos valores orçamento *versus* vida (ou mesmo saúde), se deve optar por resguardar a vida.

Contudo, essa ponderação não está correta por completo, exatamente pela interdependência entre os direitos, explicitada no começo da obra. Há interdependência clara entre o direito à vida e o direito à saúde, por isso a aplicação dos dois não pode ser desatrelada na totalidade.

Então, não poderia haver correlação entre o orçamento e outros direitos fundamentais? Apesar de a lei orçamentária anual não ser encarada como fundamental, é argumentável que o orçamento seria a própria alocação do Estado de forma (em tese) a garantir os direitos fundamentais do maior número de pessoas possível.

Indubitavelmente, existem abusos e omissões do Estado que devem ser contestados. Entretanto, não se pode negar que há escassez de recursos financeiros e que a concentração destes fundos para o tratamento de um indivíduo dilui os recursos anteriormente destinados a outras políticas públicas. Políticas estas endereçadas a uma pluralidade de indivíduos (que padeciam do mesmo ou de outros males) e que haviam sido sistematicamente elaboradas para salvar/curar o maior número de pessoas possível.

Diante desse raciocínio, o argumento referente à reserva do possível fática, alegando que o juiz pode até demandar recursos de fora do orçamento da saúde para assegurar o direito fundamental, revela-se insuficiente. Isso porque é evidente que o orçamento público é limitado e que existe um marco para o quanto se pode tirar das outras áreas para incluir nas verbas da saúde. Ademais, se lida agora com uma situação ainda de menor previsibilidade, na qual o juiz manipula com outras políticas públicas alheias à saúde, podendo gerar distúrbios sociais muito maiores.

Isso enseja o debate de outro ponto. As diretrizes do juiz muitas vezes exigem o tratamento ou a destinação de recursos para que se dê determinada prestação. Contudo, nesses casos, não é ele quem decide de onde virão os recursos. Incorre-se, então, num duplo problema. Se o juiz estabelece de onde virão os recursos, ele estará absorvendo prerrogativas do Legislativo e legislando sobre a lei orçamentária e, nesse sentido, de forma parcial visando à proteção de um único indivíduo e sobrepondo sua vontade à deliberação daquele poder. Se o juiz não determina de onde virá o financiamento, ele lida com a total imprevisibilidade das consequências colaterais de suas decisões, podendo elas, no limite, acarretar no descumprimento dos direitos fundamentais de um grupo maior de pessoas.

Assim, o descumprimento dos citados direitos torna-se um problema que irá cair na mão daqueles que não têm capacidade de acionar o Judiciário. De frente-se, então, com problemas sociais, pois há de se perceber uma correlação entre a capacidade de acionar o Judiciário e o nível socioeconômico. Evidente

que o acesso à justiça é para todos, mas o conhecimento dos próprios direitos e as condições financeiras para contratar um bom advogado não aparentam ter distribuição homogênea na sociedade.

Essa longa explanação é para apresentar o problema dos direitos fundamentais sob outra ótica. Não se busca revelar aqui a contraposição entre o direito fundamental e a atividade estatal, mas contrapor os direitos fundamentais de um indivíduo ao mesmo direito de múltiplos indivíduos. Os direitos fundamentais não existem, afinal, apenas para aqueles que ingressam com uma ação no Judiciário.

Quando se aprecia a justiciabilidade do direito à saúde é necessário verificar conjuntamente as consequências das decisões judiciais. Para isso, não basta analisar a exigência do indivíduo, sua legitimidade e a obtenção final do direito. É imprescindível que se reconheça que a ponderação não se dá meramente no confronto entre particular e Estado ou direito à vida e orçamento público. É necessário reconhecer que a ponderação se dá entre um indivíduo confrontado com uma coletividade não identificada e, em muitos casos, desprovida de condições fáticas de exigir seus direitos ou até mesmo de se opor ao pleito do indivíduo.

O discurso do autor é excelente no sentido de proteção dos direitos fundamentais. Há de se reiterar a qualidade de sua tese. Valeria, entretanto, abordar – talvez em outra obra – a complexidade desse debate latente.

Importa ressaltar que são questões complementares os direitos do indivíduo e os da coletividade, mas a problematização real se encontra (ou deveria se encontrar) na coordenação desses dois lados, e não na mera concessão ou não dos direitos pedidos individualmente. Isso conduz à questão fulcral do tema: como se dá (ou deveria ser) o debate entre direitos individuais e coletivos na área da saúde?

## **REFERÊNCIAS**

JUSTICIABILITY. *Cornell University Law School*. Legal Information Institute. n.d. Web. 9 Sept. 2012. <<http://www.law.cornell.edu/wex/justiciability>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. Print.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. “Classificação das normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.” *Constitucional* (2009). *Acadêmico FGV Direito Rio*. Web. 9 Sept. 2012. Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Classificação\\_das\\_normas\\_constitucionais\\_segundo\\_José\\_Afonso\\_da\\_](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Classificação_das_normas_constitucionais_segundo_José_Afonso_da_)

Silva: Normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Acesso em: 20 jan. 2013.

SINGER, Peter. Why we must ration health care. *NY Times Magazine*. 19 July 2009. 9 Sep. 2012. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2009/07/19/magazine/19healthcare-t.html?\\_r=2pagewanted=1](http://www.nytimes.com/2009/07/19/magazine/19healthcare-t.html?_r=2pagewanted=1)>. Acesso em: 20 jan. 2013.