

# JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AS EXPERIÊNCIAS DO BRASIL E DA ÁFRICA DO SUL

## JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH: BRAZIL AND SOUTH AFRICAN EXPERIENCES

Paula Uematsu Arruda\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais e o desafio das Cortes Constitucionais. 1.1 Sobre a legitimidade e capacidade das Cortes. 1.2 Quem deve decidir sobre a alocação de recursos? 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Corte Constitucional da África do Sul nos litígios relacionados à saúde. 2.1 Direito à saúde nas Constituições brasileira e da África do Sul. 2.2 A jurisprudência no Brasil. 2.2.1 Disponibilidade financeira. 2.2.2 Mínimo existencial. 2.2.3 Obrigações positivas e discricionariedade de poder público. 2.3 A jurisprudência da África do Sul. 2.3.1 Dimensões positivas e negativas do direito à vida. 2.3.2 Recursos escassos e discricionariedade. 2.3.3 *Minimum Core*. 2.3.4 Razoabilidade. 3 Implicações dos litígios individuais e coletivos. 3.1 A preferência pelos litígios individuais em detrimento dos litígios coletivos. 3.1.1 Brasil. 3.1.2 África do Sul. 3.2 Quem seriam os beneficiados? 4. Resumo comparativo. Conclusão.

**RESUMO:** Trata-se de estudo comparativo das principais decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional da África do Sul sobre o direito à saúde. Através do entendimento desses dois órgãos julgadores acerca da interpretação e aplicação dos parâmetros do mínimo existencial/*minimum core*, a razoabilidade, as obrigações positivas/negativas, alocação de recursos, e do parâmetro processual da escolha entre litígios individuais e coletivos, procuramos identificar o tipo de proteção conferida ao direito à saúde. Os achados da pesquisa revelam que a experiência brasileira de revisão judicial do direito à saúde é de tipo forte, pois reconhece o direito subjetivo à saúde, possui clara preferência pelos litígios individuais estabelecendo uma forte proteção do núcleo essencial desse direito que é protegido de alegações de falta de recursos por parte do poder público. Por outro lado, a revisão judicial sul africana apresenta um modelo de tipo fraco no qual a Corte Constitucional daquele país age com deferência aos demais poderes, sem a delimitação de um *minimum core*, refutando uma interpretação positiva de garantia e promoção do direito à saúde e à vida.

**Palavras-chave:** Brasil. África do Sul. judicialização. direito à saúde. direitos sociais. políticas públicas.

**ABSTRACT:** *This is a comparative study about the main judgments of the Brazilian Federal Supreme Court and the Constitutional Court of South Africa in the right to health. Through the understanding of these two judging bodies about the interpretation and application of the following parameters: the minimum core, reasonableness, positive / negative obligations, resource allocation, and the procedural parameter about the choice between individual and collective litigation, we*

\* Paula Uematsu Arruda. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre e Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Lisboa. Advogada. E-mail: paulauematsu@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6602987216953839>; ORCID <http://orcid.org/0000-0002-7063-619X>

Artigo recebido em 07/02/2021 e aceito em 18/04/2021.

**Como citar:** ARRUDA, Paula Uematsu. Judicialização da saúde: as experiências do Brasil e da África do Sul. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 24, n. 40, p. 325-358, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*seek to identify the type protection given to the right to health. The research findings reveal that the Brazilian experience of judicial review in the right to health is strong, recognizing the subjective right to health, has a clear preference for individual litigation, establishing a strong protection of the essential core of this right that is protected from allegations of lack resources on the part of the public authorities. On the other hand, the South African Court presents a weak model of judicial review in which the Constitutional Court of South Africa acts with deference to other powers, without delimiting a minimum core, refuting a positive interpretation to fulfill and promote the right to health and life.*

**Keywords:** *Brazil. South Africa. judicialization. right to health. social rights. public policy.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo é um estudo comparativo sobre a proteção conferida pelas jurisdições brasileira e sul africana aos direitos econômicos e sociais (DES), especificamente ao direito à saúde. A escolha da Corte Sul Africana como modelo comparativo à jurisdição brasileira justifica-se pelo fato de que seus julgados ganharam proeminência por parte dos constitucionalistas e internacionalistas de várias partes do mundo. Nos últimos anos, suas decisões têm sido amplamente discutidas no meio acadêmico por autores como Schneider, 2013; Novais, 2010; King, 2012; Ginsburg e Dixon, 2013. Ao selecionar alguns dos principais leading cases do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Corte Constitucional da África do Sul sobre o assunto, consideramos que a jurisprudência escolhida reflete as decisões pioneiras e inovadoras desses tribunais, que, devido a sua importância, são constantemente citadas em julgados posteriores e objeto de estudo e análise da doutrina.

Argumentamos que esses Tribunais utilizam alguns parâmetros para interpretar e aplicar os DES. Desse modo, utilizamos o entendimento dessas duas Cortes sobre a interpretação e aplicação do mínimo existencial/minimum core, a razoabilidade, as obrigações positivas/negativas e os recursos escassos para comparar o tipo de proteção conferida por esses órgãos julgadores ao direito à saúde, ou seja, se a judicialização colabora para realizar o papel transformativo almejado pelas Constituições desses dois países. Consideramos também o parâmetro processual da escolha entre litígios individuais e coletivos, pois a preferência por um ou pelo outro modelo de solução de litígios pode influenciar na realização do direito à saúde.

Os achados revelam que a experiência brasileira de revisão judicial do direito à saúde é de tipo forte, nos moldes da classificação adotada por Tushnet (2009, p. 248). Suas características são o reconhecimento

do direito subjetivo à saúde com uma clara preferência pelos litígios individuais e forte proteção do núcleo essencial desse direito de alegações de falta de recursos por parte dos gestores afastando o poder discricionário dos gestores públicos (FERRAZ, 2019, p. 19; WANG, 2015, p. 621). Por outro lado, a revisão judicial sul africana apresenta um modelo de tipo fraco (LANDAU, 2014, p. 245). A Corte Constitucional daquele país age com deferência aos demais poderes, sem a delimitação de um *minimum core*, afastando uma interpretação positiva de garantia e promoção do direito à saúde e à vida. Ou seja, as decisões e ações em matéria de saúde são majoritariamente tomadas pelos atores políticos e não pelo judiciário.

O artigo está dividido em quatro seções. Na primeira seção tratamos dos desafios impostos ao poder judiciário quando instado a decidir sobre um direito econômico e social. Na segunda seção estudamos alguns julgados emblemáticos das Cortes da África do Sul e do Brasil sobre o direito à saúde, através dos parâmetros para interpretação e aplicação desse direito. Na terceira seção abordamos a escolha entre litígios individuais e coletivos e suas consequências. Na quarta e última seção realizamos um resumo comparativo dos achados da pesquisa.

## **1 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS E O DESAFIO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS.**

Justiciabilidade é a capacidade de reivindicar um remédio perante um órgão independente e imparcial quando uma violação de um direito ocorreu ou poderá ocorrer. No caso específico dos direitos econômicos e sociais, a justiciabilidade comporta duas questões centrais: a) reconhecer que os DES são, tanto quanto os direitos civis e políticos, passíveis de apreciação pelos órgãos judiciais. Tanto os DES quanto os direitos civis e políticos possuem dimensões negativas e positivas, não havendo, portanto, diferenças que justifiquem um tratamento diferenciado em relação a justiciabilidade (SHUE, 1984, p. 85; EIDE, 1995, p. 9).

Não haveria que se falar em falta de densidade normativa e, portanto, de impedimentos à adjudicação das obrigações positivas por parte dos Tribunais, os quais devem julgar o dever estatal de cumprir concretamente com uma determinada obrigação independentemente se ela revela um DES ou um direito político e civil; b) refutar argumentos baseados na ilegitimidade e incapacidade das Cortes para decidir sobre direitos socioeconômicos.

O argumento de que os DES deveriam ser deixados apenas para a esfera política, pois seria antidemocrático que juízes não eleitos pelo voto popular interviessem em questões exclusivamente políticas como nas escolhas dos outros poderes sobre prioridades na elaboração, execução e alocação de recursos de políticas públicas. A seguir trataremos com mais precisão essas questões.

## **1.1 Sobre a legitimidade e capacidade das Cortes**

Adeptos da teoria democrática argumentam sobre a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo voto popular, para atuar ativamente no desenho e na implementação das políticas públicas. Seria antidemocrático que juízes não eleitos interviessem em questões exclusivamente políticas como nas escolhas dos outros poderes sobre prioridades na elaboração, execução e alocação de recursos de políticas públicas. Para eles, o poder judiciário claramente não deveria assumir um papel político (PALMER, 2009, p. 14; SUSTEIN, 1997, p. 329). Críticos a uma participação ativa dos juízes em questões políticas consideram essa ação um sinal de abandono do terreno das leis ao adentrar no campo da política no qual imperam as negociações e barganhas (ROACH, 2009, p. 9).

Segundo Waldron (1999, p. 2013), um dos maiores expoentes da teoria democrática, justiciabilidade significa dar aos juízes o poder de decidir definitivamente, ou seja, de ter a última palavra sobre um determinado assunto sem que essa decisão possa ser revertida por atos de outros poderes. Para os adeptos dessa corrente, dar aos juízes o poder de decidir sobre determinadas questões, como as relacionadas aos DES comportaria um profundo desrespeito aos valores democráticos e representativos. O exercício do judicial review “importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo Parlamento” (MELLO, 2004, p. 205). Promovendo uma autocontenção judicial (CANOTILHO, 2000, p. 1224), os juízes deveriam negar a justiciabilidade das questões políticas.

Questiona-se também a falta de capacidade das Cortes que não estariam preparadas para realizar desenhos e planejamentos detalhados de políticas públicas. Juízes não possuiriam conhecimento técnico e informações suficientes para planejar ações de políticas públicas, contudo, eles estariam aptos a identificar a ausência de uma política pública ou a presença de uma violação ou omissão governamental.

Para um outro grupo de teóricos, a participação do judiciário pode ser vista como fenômeno que contribui para o desenvolvimento democrático.

Vianna, Burgos e Salles (2007 p. 41) argumentam que o “boom da litigação” é um fenômeno mundial das democracias contemporâneas estimulado, especialmente, por conta da distância existente entre representantes e representados. A constitucionalização de direitos e a criação de mecanismos de controle constitucional seriam “formas de aperfeiçoamento da democracia contra a tirania das maiorias legislativas ou poderes executivos hipertrofiados” (ARANTES, 2013, p. 201). Essa atuação do judiciário seria, portanto, democraticamente legítima, por impedir a inércia dos demais poderes em concretizar as garantias constitucionais.

Vista como um fenômeno conexo ao processo de democratização, a judicialização da política contribuiria para o surgimento de um padrão de interação entre os poderes, desta forma o papel do judiciário não se limitaria à mera proteção dos direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais), acumulando, também a importante função de promoção e garantia desses direitos, ou seja, haveria uma ampliação das funções do judiciário que, ao promover e garantir a efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados estaria cumprindo com o seu papel político e colaborando com o aperfeiçoamento da democracia. Para outro grupo de teóricos representados por Ely (1980, p. 103) a democracia, concebida como governo da maioria, por vezes exclui a minoria do processo político. O poder judiciário desempenharia um papel fundamental na correção dessa desigualdade atuando como uma instituição fortalecedora do processo democrático, revelando uma atuação contramajoritária do judiciário na preservação dos direitos das minorias, promovendo um canal institucional de vocalização dos interesses desses grupos que geralmente são excluídos do processo político (GRINOVER, 2014, p. 16) As Corte desempenhariam, portanto, um papel não competitivo e sim fortalecedor da democracia permitindo que algumas vezes minoritárias sejam incorporadas, ainda que minimamente ou de forma marginal, na elaboração dessas políticas (TAYLOR, 2007, p. 230).

A discussão sobre a capacidade e legitimidade das Cortes para decidir sobre uma questão relacionada a um direito social está no cerne da classificação adotada por Tushnet (2006, p. 4) entre revisão judicial de tipo forte e fraca. De acordo com o autor as Cortes adotam um modelo

fraco de judicialização do direito à saúde quando agem com deferência aos demais poderes, ou seja, deixam para os poderes democraticamente eleitos a última palavra mesmo quando o que está em causa é uma questão de interpretação constitucional. As Cortes prefeririam adotar um modelo fraco por comportar um baixo custo de legitimidade e capacidade. Por outro lado, um modelo forte é adotado quando as Cortes detalham minuciosamente o que a administração deve fazer, identificando metas, estabelecendo prazos específicos para o seu cumprimento (TUSHNET, 2009, p. 248).

## **1.2 Quem deve decidir sobre a alocação de recursos?**

Outra questão relacionada com a legitimidade e capacidade do judiciário é a discussão sobre alocação de recursos, uma vez que a judicialização de uma obrigação positiva implicaria também numa decisão sobre a alocação de recursos estatais destinados ao seu cumprimento. De acordo com um grupo de teóricos sempre que uma decisão envolver gastos públicos ela deveria ser tomada pelo poder político, o qual é competente, segundo o princípio da separação de poderes, para decidir sobre questões orçamentais. Se o poder judiciário assumisse esse papel ele estaria invadindo a esfera de competência de outro poder (SHANY, 2007, p. 78). Portanto, o foro judicial não seria o mais adequado para discutir e decidir questões de políticas públicas que podem priorizar objetivos, distribuir recursos, e equilibrar interesses divergentes (FULLER, 1978, p. 198).

A decisão sobre políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, principalmente pelo fato de envolver alocação de recursos, não deveria ser tomada em sede judicial, mas sim em processos amplamente democráticos e de contestações públicas, ou seja, caberia ao poder político e não ao poder judicial as decisões sobre políticas públicas e alocações de recursos. Afastando a atuação do judiciário como policymakers, a concretização dos direitos sociais deve ser uma conquista da sociedade civil realizada por meios políticos.

Essa crítica esconde o fato de que a proteção dos direitos civis e políticos também possui consequências orçamentárias. Tanto os DES quanto os direitos civis e políticos podem assumir duas dimensões: uma positiva e uma negativa as quais comportam diversas obrigações (de promoção, de respeito e de proteção). A obrigação de respeito é negativa, as demais são positivas. A obrigação de proteger é positiva, pois o Estado deve agir no sentido de proteger os indivíduos contra violações a seus direitos humanos por parte dos particulares. Em relação à obrigação de

promover o Estado dever facilitar, fornecer e garantir o acesso ao direito, agindo também positivamente. Essa dupla dimensão que os direitos comportam é denominada por Fredman (2008, p. 22) de *overlapping*.

Assim, o direito à vida, usualmente caracterizado como sendo um típico direito de liberdade também possui uma dimensão positiva, ou seja, uma dimensão de direito social quando o Estado possui a obrigação de protegê-lo ou promovê-lo. Também o direito à educação, costumeiramente classificado como direito social, possui uma dimensão de direito de liberdade quando a obrigação for negativa ou seja de respeito.

Alegações sobre a falta de justiciabilidade dos DES baseadas na suposta falta de competência do poder judiciário para decidir acerca da alocação de recursos não poderiam prosperar uma vez que ao decidir sobre a dimensão positiva de um direito civil ou político juízes também estariam decidindo sobre questões de ordem orçamentária.

Portanto, assumir o caráter unitário dos direitos fundamentais é essencial para afastar argumentos sobre a falta de justiciabilidade dos DES.

## **2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL NOS LITÍGIOS RELACIONADOS À SAÚDE**

Na presente seção faremos um estudo das principais decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional da África do Sul sobre o direito à saúde. Argumentamos que as Cortes adotam alguns parâmetros para interpretar e aplicar os DES. Esses parâmetros são utilizados no presente trabalho como forma de comparar as especificidades dos julgados dessas Cortes em litígios envolvendo os direitos sociais, especialmente o direito à saúde. O entendimento dessas duas Cortes sobre o mínimo existencial/ *minimum core*, a razoabilidade, as obrigações positivas e negativas e os recursos escassos serão utilizados para comparar o tipo de proteção conferida por esses órgãos julgadores ao direito à saúde. Além disso, acrescentamos ao estudo um parâmetro processual que é a escolha entre litígios individuais e coletivos. A preferência por um ou pelo outro modelo também influenciaria na realização do direito à saúde.

### **2.1 Direito à saúde nas Constituições Brasileira e da África do Sul**

As Constituições Brasileira e Sul Africana foram formuladas após longos períodos de governo autoritário vivenciado pelos dois países.

Ambas foram elaboradas com o intuito de provocar uma transformação simbólica e substantiva através da construção de regimes democráticos estáveis e inclusivos.

À época da elaboração da Constituição da República da África do Sul, movimentos organizados da sociedade civil realizaram uma forte campanha para incluir os Direitos Econômicos e Sociais. Eles argumentaram que a luta contra Apartheid não se limitava a reivindicar a realização dos direitos políticos e civis, mas também da conquista aos direitos socioeconômicos, como o direito à terra, moradia, educação e saúde.

Esses grupos enfrentaram certa resistência de outra parte da sociedade a qual se opôs à inclusão dos DES na Constituição, lançando mão de argumentos como separação de poderes, a falta de justiciabilidade, de legitimidade e incapacidade institucional do poder judiciário de decidir sobre questões que contêm implicações orçamentárias.

A Corte Constitucional da África do Sul rejeitou essas objeções não endossando uma interpretação rigidamente formalista da Constituição baseada na doutrina da separação de poderes que impediria os tribunais de tomar decisões com implicações de política social ou orçamentárias (EX PARTE CHAIRPERSON OF THE CONSTITUTION ASSEMBLY, 1996 p. 827). Dessa forma, um amplo rol de direitos fundamentais foi incluído na Constituição da República da África do Sul.

A seção 7 da Constituição Sul Africana estabelece que “o Estado deve respeitar, proteger, promover e cumprir os direitos” contidos na Declaração de Direitos.

O direito à saúde é apresentado na seção 27 juntamente com os direitos à alimentação, água e segurança social. Importante observar que esse direito está sujeito ao disposto no inciso 2 do artigo 27: “o Estado deve adotar medidas legislativas razoáveis e outras medidas, de acordo com os recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos”. Ou seja, a própria Constituição já estabelece quais parâmetros (princípio da razoabilidade, da progressividade e a reserva do possível) a Corte, quando instada a decidir um litígio de saúde, deverá adotar em suas decisões.

No Brasil, pouco depois de recuperada a democracia uma nova Constituição foi elaborada com o objetivo de superar os graves retrocessos do período ditatorial. Nesse sentido, a Carta de 1988 terminou por dar forma não só à garantia das liberdades individuais e as regras que assegurariam a competição política, como também às aspirações de justiça social, dando forma à uma Constituição programática e extensa.

O direito à saúde está estabelecido no artigo 6º - que consagra os “direitos sociais” -, e nos artigos 196º ao 200º da Carta Magna. O principal instrumento constitucional que compõe o regime de proteção à saúde é o Sistema Único de Saúde (SUS), cujos pilares são a universalidade, equidade e integralidade nos serviços e ações de saúde assegurando que a saúde é um “direito de todos e um dever do Estado” e deve ser prestada gratuitamente a toda a população.

## **2.2 A jurisprudência no Brasil**

A judicialização da saúde no Brasil ganhou corpo por volta dos anos 90, quando o Poder Judiciário brasileiro alterou o seu entendimento acerca da interpretação e aplicação dos direitos sociais previstos na Constituição. A compreensão de que os DES eram direitos programáticos mudou com o desenvolvimento de novas jurisprudências que passaram a considerar os direitos sociais como verdadeiros direitos subjetivos dos cidadãos sujeitos à aplicação imediata e passíveis de garantia pela via judicial. Desse modo, a judicialização da saúde cresceu nos anos 2000 e atualmente continua em nível elevado. Ferraz relata que “mais de 800 mil novas ações envolvendo a saúde pública ingressaram nos tribunais brasileiros nos últimos cinco anos, sendo uma grande parte delas pedidos de medicamentos contra o Estado” (FERRAZ, 2019, p. 2).

As decisões do STF sobre litígios relacionados à saúde podem ser divididas em três fases. A primeira fase revela um exemplo de modelo forte de revisão judicial denominada por Ferraz como “a jurisprudência do direito a tudo” (FERRAZ, 2019, p. 9). Em uma segunda fase o STF mostra maior deferência aos demais poderes, por fim na terceira fase estabelece alguns parâmetros para a concessão de medicamentos e tratamentos.

PET 1246 é um leading case brasileiro que inaugura a primeira fase das decisões do STF em matéria de saúde. O requerente pleiteou financiamento público para realizar um tratamento experimental administrado nos EUA para a distrofia muscular de Duchenne, uma doença degenerativa que afeta crianças. O relator, Ministro Celso de Mello, alegou que entre proteger o direito à vida, um direito constitucional fundamental e inalienável, e um interesse financeiro e secundário do Estado, deve-se proteger o primeiro (BRASIL, STF, PET 1246, 1997).

Esse argumento foi adotado em diversos casos subsequentes de demanda por medicamentos e tratamentos. Assim, a maioria das decisões

do Supremo Tribunal Federal relativas às questões de saúde adotam o entendimento de que se trata de um direito público subjetivo, ou seja, ao poder público incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar, uma vez que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.”. Além disso, o STF associa a realização do direito à saúde ao direito à vida, estabelecendo, em diversos julgados que “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” (BRASIL, RTJ 175/1212-1213, 2004).

### 2.2.1 Disponibilidade financeira

A jurisprudência adotada pelo STF ressalta que argumentos estatais baseados na reserva do possível, na indisponibilidade financeira do Estado ou no poder discricionário governamental sobre alocação de recursos não podem ser alegados quando o que está em causa é o mínimo existencial de um direito social. Esse entendimento ficou claro desde o célebre julgado da Corte Suprema, sobre políticas públicas, a ADPF 45:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao poder público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, STF, ADPF 45, 2004).

### 2.2.2 Mínimo existencial

Outra característica da jurisprudência desenvolvida pelo STF na defesa da efetividade dos direitos sociais é o recurso à doutrina do mínimo

existencial. A proteção desse núcleo mínimo dos direitos sociais deve ser observada pelos governantes quando da elaboração e implementação de políticas públicas. Esse núcleo básico dos direitos não pode ser atingido por alegações de falta de recursos disponíveis para a sua implementação:

Ao apurar os elementos fundamentais da dignidade humana (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BRASIL, STF, ADPF 45, 2004).

### 2.2.3 Obrigações positivas e discricionariedade do poder público

No entendimento da Suprema Corte brasileira a saúde é típico direito de prestação positiva, dessa forma, recai sobre o poder público “a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde.” O dever estatal de efetivar os direitos fundamentais sociais impõe limites à discricionariedade administrativa “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional.” (BRASIL, STF, RE 727.864/PR, 2017).

Na segunda fase de seus julgados o STF alterou o seu enfoque individualista do direito à saúde preocupando-se mais com as políticas públicas adotadas pelo Estado.

No caso SS 3073 / RN que versa sobre pacientes portadores de doenças renais crônicas e câncer, o tribunal decidiu que art. 196 da Constituição da República, o qual assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode inviabilizar o sistema público de saúde:

Com o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo

impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que ele se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo (BRASIL, STF, SS 3073 RN, 2007).

Conceder um tratamento ou medicamento sem que haja uma política pública preestabelecida que garanta esse direito pode gerar um “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do requerente. Esse efeito seria indesejado, pois poderia interferir na gestão administrativa do executivo.

Durante essa segunda fase, embora o órgão julgador tenha promovido uma alteração no enfoque da interpretação do direito à saúde, focando nas políticas públicas e seus efeitos sobre a população no geral, o STF não abandonou de vez a abordagem que reconhece o direito individual ilimitado à saúde prevalecendo ainda o entendimento do direito a tudo na jurisprudência da Suprema Corte como revela Wang:

Após quase 20 anos indo e voltando na tentativa de estabelecer critérios para a revisão judicial (...) a interpretação de que o direito à saúde dá aos pacientes o direito de receber qualquer tratamento de saúde de que necessitem, porque a saúde e a vida das pessoas superam os ‘interesses financeiros e secundários do Estado’, ainda é uma abordagem que prevalece na mais alta Corte do Brasil (WANG, 2015, p. 621).

Toda essa forte defesa do direito à saúde e à vida redundou em inúmeras ações judiciais pleiteando acesso à medicamentos, tratamentos e diversas demandas de saúde. Essa interpretação do direito a saúde considerada por Ferraz (2019, p. 10) como “absolutista”, impediu não só que alegações estatais baseadas na indisponibilidade financeira do Estado fossem aceitas, como também argumentos para a não concessão de prestações relativas aos direitos à saúde e à vida. Contribuiu também para bloquear outras reivindicações estatais baseadas na falta de evidência científica de que um tratamento ou medicamento seja eficaz e na aprovação

pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) do uso de determinado medicamento.

Somente em uma terceira fase da judicialização da saúde, o STF buscou racionalizar o processo de concessão de medicamentos e tratamentos impondo requisitos à sua concessão, estabelecendo que as autoridades não podem negar à população (salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro) tratamentos e medicamentos que já são oferecidos dentro do Sistema Único de Saúde, que foram aprovados pela ANVISA e que já passaram por testes e, portanto, não são considerados experimentais.

Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016) (...) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro. (BRASIL, STF, RE 657718, 2019).

### **2.3 A jurisprudência da África do Sul**

Soobramoney foi um dos primeiros grandes casos da Corte Constitucional Sul Africana a decidir sobre os direitos socioeconômicos. O

requerente, um homem desempregado nos estágios finais de insuficiência renal crônica, requereu à Corte que o hospital lhe disponibilizasse um tratamento de diálise, pois sem acesso à essas seções o requerente morreria por não dispor de recursos para pagar pelo tratamento em uma rede privada. O hospital estadual de Addington negou ao sr. Soobramoney o acesso ao tratamento. A decisão foi defendida nos termos da política do hospital relativa à distribuição dos escassos recursos de diálise, a qual dispõe que são negados o acesso ao tratamento para os pacientes cuja condição é irreversível e que são inelegíveis para um transplante de rim. O requerente alegou violação ao direito à vida e à seção 27(3) que estabelece que a ninguém deve ser recusado tratamento médico emergencial.

### 2.3.1 Dimensões positivas e negativas do direito à vida

O pedido do requerente foi negado pela Corte que interpretou o direito à vida em sua dimensão negativa quando alegado em uma situação de fornecimento de tratamento médico, ou seja, implicando no dever de não interferência na sua realização, não comportando uma dimensão positiva de promover o sustento da vida.

As palavras "tratamento médico de emergência" podem estar abertas a uma ampla construção que incluiria o tratamento contínuo de doenças crônicas para prolongar a vida. Mas este não é seu significado habitual, e se esse fosse o propósito da norma estabelecida na sessão 27 (3), seria de se esperar que ela fosse expressa em termos positivos e específicos (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBRA MONEY, 1997).

Portanto, na opinião da Corte, a norma estabelecida na Constituição garante o tratamento médico e emergencial "necessário e disponível" para evitar danos em casos de extrema urgência, porém não se aplica no caso de fornecimento de tratamento contínuo de doenças crônicas com o propósito de prolongar a vida.

O requerente sofre de insuficiência renal crônica. Para ser mantido vivo por diálise, é exigido tratamento duas a três vezes por semana. Esta não é uma situação emergencial que exige tratamento corretivo imediato. A demanda do requerente para receber tratamento de diálise em um hospital estadual deve ser determinada de acordo com as disposições das seções 27 (1) e (2) e não a seção 27 (3).

Estas outras disposições dão a todos o direito de acesso aos serviços de saúde prestados pelo Estado em conformidade com seus recursos disponíveis (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBAMONEY, 1997).

### 2.3.2 Recursos escassos e discricionariedade

A Corte chamou a atenção para o efeito orçamentário na hipótese de todos os pacientes que sofrem de insuficiência renal acionarem a justiça para pleitear o custeio desse tratamento pelo Estado “o orçamento da saúde teria que ser dramaticamente aumentado em prejuízo de outras necessidades que o Estado deve atender”.

A Corte também atribuiu uma larga margem de apreciação à administração pública a qual compete tomar decisões sobre a alocação dos recursos disponíveis na área de saúde, alegando a sua falta de capacidade para decidir sobre o assunto:

A administração provincial responsável pelos serviços de saúde em KwaZuluNatal deve tomar decisões sobre o financiamento para a saúde e como esses fundos devem ser gastos. Essas escolhas envolvem decisões difíceis de serem tomadas no nível político, sobre a fixação do orçamento da saúde, e no nível funcional, em decidir sobre as prioridades a serem cumpridas. Uma Corte será lenta ao interferir nas decisões racionais tomadas de boa-fé pelos órgãos políticos e autoridades médicas que possuem a responsabilidade de lidar com tais assuntos (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBAMONEY, 1997).

### 2.3.3 Minimum core

No caso *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others (TAC)* a Corte Constitucional da África do Sul rejeitou uma interpretação do direito à saúde baseada no estabelecimento de um núcleo mínimo desse direito alegando sua incapacidade institucional para determiná-lo. No entendimento da Corte:

Os direitos socioeconômicos da Constituição não devem ser interpretados como dando a todos o direito de exigir que um núcleo mínimo (minimum core) seja fornecido. O núcleo mínimo está sujeito à razoabilidade, não sendo autônomo.

É impossível fornecer a todos acesso imediato mesmo que seja a um núcleo mínimo essencial. Tudo o que é possível e tudo o que se pode esperar do Estado é que ele aja de maneira razoável para fornecer acesso aos direitos socioeconômicos de forma progressiva (...) Ao lidar com tais questões, as Cortes não estão institucionalmente equipadas para fazer uma ampla investigação fatural e política necessária a fim de determinar qual deve ser o núcleo mínimo, nem para decidir como as receitas públicas devem ser gastas (...) As Cortes são inadequadas para julgar questões em que as ordens judiciais possam ter múltiplas consequências sociais e econômicas para a comunidade (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT, TAC, 2002).

#### 2.3.4 Razoabilidade

A razoabilidade funcionaria, por um lado, como um padrão para o governo conduzir suas políticas públicas e, por outro, como um método de controle para os tribunais avaliarem a conduta governamental. No entendimento da Corte, o método de revisão judicial baseado na razoabilidade ajusta-se com o sistema de separação de poderes, uma vez que o poder judiciário transfere aos demais poderes a escolha não somente em relação à adoção de políticas públicas, mas também sobre a alocação de recursos para a realização dessas decisões (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT GROOTBOOM, 2000).

No caso Soobramoney a Corte considerou que as alegações do hospital para recusar o tratamento de diálise ao sr. Soobramoney não eram irrazoáveis, injustas ou irracionais, uma vez que disponibilizar o tratamento de diálise a todos que necessitam implicaria em aumento no orçamento direcionado à saúde, por outro lado, as demais necessidades pelas quais o Estado também é responsável ficariam com seus orçamentos comprometidos (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBARAMONEY, 1997).

### **3 IMPLICAÇÕES DOS LITÍGIOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

Com a transição dos regimes autoritários para o democrático muito se falou, tanto no Brasil quanto na África do Sul, sobre o papel transformativo que as novas Constituições, ao incorporar os direitos

econômicos e sociais, exerceriam no processo de construção para uma sociedade mais justa e igualitária.

No caso Soobramoney a Corte Constitucional da África do Sul reforçou a importância desse papel transformativo almejado pela Constituição declarando que a nova Constituição assumiu o “compromisso de resolver” e “de transformar” a sociedade sul africana adotando uma nova ordem constitucional baseada nos valores da dignidade humana, liberdade e da igualdade, colaborando para erradicar as condições de pobreza e desigualdades existentes antes da adoção da nova carta (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBAMONEY, 1997).

Nesse sentido indagamos se realmente há um impacto transformativo na judicialização dos DES que favoreça os mais vulneráveis? Quem são os principais beneficiados com litígios dos DES?

### **3.1 A preferência pelos litígios individuais em detrimento dos litígios coletivos**

Como o direito à saúde comporta duas faces, uma individual e outra coletiva, sua judicialização impõe um difícil desafio processual relacionado aos litígios individuais e coletivos.

A judicialização de direitos sociais trouxe aos juízes o dever de decidir sobre novas questões com as quais não estavam habituados, envolvendo problemas de justiça distributiva, relacionados à alocação de recursos, com impactos que extrapolam as partes envolvidas no litígio (efeito policêntrico).

Para Landau (2012, p. 201) as ações individuais são preferíveis pelas Cortes pelo seu baixo custo de capacidade e legitimidade, em comparação com ações coletivas que possuem um alto custo. Segundo o autor os litígios individuais evitam que as Cortes tenham que tratar de questões complexas, como as que envolvem os litígios coletivos, além de parecer que não estão efetivamente interferindo nas políticas públicas.

Grinover (2014, p. 4 e 17) observa que a correspondência direta entre interesses individuais – os quais deveriam ser tutelados por ações individuais, e interesses coletivos - tutelados por ações coletivas - não parece corresponder à prática atualmente vivida pelos tribunais brasileiros que apresentam “diferentes formas de manejo dos instrumentos processuais existentes, na qual ações individuais provocam efeitos na coletividade e ações coletivas, muitas vezes, têm alcances consideravelmente limitados”. Argumenta também que

pesquisas empíricas voltadas ao mapeamento do processo de judicialização dos direitos sociais no Brasil apontam que “a atuação do Judiciário produz efeitos irracionais nas políticas públicas e no orçamento público”.

Um simples pedido de fornecimento de medicamento ou vaga em estabelecimento de ensino público envolve questões amplas de políticas públicas e alocação de recursos gerando um efeito policêntrico (decisões que afetam um número desconhecido, mas potencialmente vasto de partes interessadas com múltiplas repercussões sociais/econômicas complexas e imprevisíveis, que inevitavelmente variam de acordo com cada diferença sutil na decisão) (FULLER, 1979 p. 355). Desse modo, o que está em jogo não são meras questões individuais e sim a realização dos direitos sociais e econômicos de toda a coletividade.

Alguns autores criticam a participação dos juízes em decisões policêntricas alegando que o judiciário não poderia e não deveria participar de demandas de alta complexidade cuja repercussão extrapola as partes e os fatos em litígio (FULLER, 1979 p. 355)

Barroso (2007 p. 4) alerta para o fato de que o “excesso de judicialização das decisões políticas” provocados pela interferência do judiciário colocaria em risco a sua continuidade e existência, podendo desorganizar a própria administração pública ao decidir sobre a alocação de recursos. “No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas” provocando distorções no sistema e prejudicando a coletividade como um todo. “Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”.

Como forma de evitar esses efeitos indesejados dos litígios individuais, autores como Landau (2012, p. 200) e Garavito (2011 p. 1677) sugerem que litígios coletivos ou que possuam efeitos policêntricos deveriam ser julgados através de decisões estruturantes (structural injunctions). Essas decisões foram pioneiramente utilizadas nos Estados Unidos na década de 60 do século passado. O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* é considerado um leading case desse tipo de decisão ao reconhecer que o poder judiciário poderia influenciar na adoção de políticas públicas para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais.

São consideradas estruturantes as decisões em que os litígios transcendem o interesse individual e privado atingindo uma dimensão

coletiva, cujo objetivo é promover a reestruturação de determinada organização social ou política pública (structural reform) a fim de que essas políticas sejam elaboradas de forma que sua implementação seja realizada em conformidade com os direitos fundamentais. Esses litígios são complexos, pois agregam a colisão de múltiplos interesses sociais sendo necessária a alteração da atuação judicial baseada em um modelo responsivo, repressivo, que se dá a posteriori, depois que os fatos já ocorreram para um modelo “resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas” (DIDIÉ, ZANETTI, 2017 p. 55), envolvendo o diálogo entre o poder judiciário e a burocracia estatal através da difusão dos valores constitucionais no funcionamento das instituições e órgãos públicos (FISS, 1979 p. 2).

As decisões estruturais também colaborariam para ampliar o debate acerca da qualidade da democracia. Uma das características que proporcionam um ganho de qualidade às democracias é a deliberação e o debate público. Esse tipo de decisão contribuiria para ampliar as discussões sobre os direitos fundamentais.

Agindo como mediadoras e incentivadoras de uma reforma estrutural as Cortes desempenhariam um papel fortalecedor da democracia. A democracia não se resume em ser o governo da maioria. A democracia comporta uma dimensão de cidadania que abrange o respeito e a promoção dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos e sociais.

### 3.1.1 Brasil

No caso do Brasil processualistas chamam a atenção para o fato de que o direito processual civil foi estruturado para a resolução de lides individuais. Os mecanismos para a defesa de direitos coletivos somente foram recentemente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro nas décadas de 80 e 90 com a edição da Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Usualmente, as mesmas premissas processuais que são aplicadas aos litígios privados são também usadas na adjudicação dos DES. Desse modo, a tutela jurisdicional dos DES no Brasil se dá, em regra, individualmente e é submetida a instrumentos executivos tradicionais típicos do processo civil que funcionam sob uma lógica individualizada e bipolar.

A experiência brasileira demonstra que, se por um lado as decisões judiciais em casos individuais quase sempre concedem o benefício

pleiteado pelo requerente, por outro nas ações coletivas há certa resistência em decidir em favor dos reclamantes. Além disso, nos casos individuais os tribunais tendem a ignorar o impacto econômico das decisões sobre o orçamento público da saúde, já nas ações coletivas, o impacto orçamentário é considerado pelos tribunais para justificar sua deferência a uma decisão de racionamento feita pelas autoridades estatais (WANG, 2008, p. 25). Nos litígios coletivos o STF considera que, devido ao amplo número de pessoas que podem ser atingidas pela decisão, poderá haver grave lesão à ordem pública e à economia pública, agindo com deferência aos demais poderes, considerando que eles são os mais adequados para realizar uma análise administrativa da melhor medida a ser adotada.

No caso, entendo presente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, pois a decisão impugnada determina o fornecimento da medicação a todos os pacientes portadores de microcefalia, exigindo tão somente a apresentação de relatório médico explicitando o diagnóstico e a necessidade dos medicamentos, bem como a utilização do Sistema Único de Saúde para o tratamento, o que não se coaduna, em princípio, com a rotina estabelecida pelas Portarias n.º 152/GM-2006 e n.º 1.869/GM (...) Assim, representa grave lesão à ordem pública o provimento judicial que obstaculiza ou dificulta o adequado exercício dos serviços pela Administração Pública. Verifico, também, grave lesão à economia pública, diante de determinação genérica que desconsidera a análise administrativa da melhor opção de tratamento e tampouco contempla as condições estabelecidas nas Portarias n.º 152/GM-2006 e n.º 1.869/GM para o deferimento dessas medidas (BRASIL, STF, STA 424/SC, 2010).

Curioso julgado do STF é a ação SL 256 / TO, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes. O caso é emblemático por ilustrar a dicotomia entre litígios individuais e coletivos e a clara preferência do STF pelo primeiro em detrimento do segundo. Em uma única decisão o órgão julgador não concedeu o benefício do transporte, alimentação e hospedagem gratuito à todos os usuários do SUS moradores da Comarca de Araguaína/TO uma vez que essa situação representaria “grave lesão à ordem pública” impondo obstáculos e dificultando o “adequado exercício dos serviços pela Administração Pública”, trazendo “grave lesão à economia pública, diante de uma determinação genérica que desconsidera a análise administrativa da melhor opção de transporte, hospedagem e alimentação”.

Por outro lado, de forma totalmente oposta, em relação à apenas alguns dos demandantes decidiu que:

Não há grave lesão à ordem e à economia públicas em relação à tutela antecipada que beneficia os pacientes determinados e referidos na inicial da ação civil pública, pois o Ministério Público alegou que o Poder Público tem se recusado a conceder o benefício, não obstante tenha sido demonstrada a necessidade do tratamento, como também da ajusta de custo (BRASIL, SL256/TO, 2010).

Portanto, na mesma ação o transporte, alimentação e alojamento foram fornecidos quando a necessidade foi individualmente comprovada e negado a uma coletividade de requerentes.

Em resposta à essa reticência por parte dos tribunais brasileiros em implementar decisões estruturais, Ministério Público e Defensorias Públicas têm adotado o contencioso administrativo prévio, importante meio de interlocução extrajudicial entre Instituições essenciais do sistema de justiça, cujo objetivo é contribuir para desafogar o excesso de judicialização das demandas de saúde (HOFFMANN; BENTES, 2008 p. 142).

### 3.1.2 África do Sul

A Corte Constitucional da África do Sul no caso Soobramoney recusou interpretar o direito à saúde como um direito subjetivo que garante aos indivíduos o direito de demandar prestações individualizadas ao poder público, alegando sua incapacidade institucional, reconhecendo a falta de recursos para atender aos pleitos individuais e observando que interferir nas escolhas dos demais poderes sobre alocação de recursos pode prejudicar os direitos de terceiros.

As Cortes não são o lugar adequado para resolver os agonizantes problemas pessoais e médicos que estão na base dessas escolhas. Por mais importantes que sejam nossas funções de revisão, há áreas em que a incapacidade institucional e a modéstia constitucional apropriada exigem que sejamos especialmente cautelosos. O sistema jurídico de nosso país simplesmente não pode substituir a luta mais íntima que deve ser travada pelo paciente, por aqueles que cuidam do paciente e por aqueles que se preocupam com o paciente. As disposições da declaração de direitos, além disso, não devem ser interpretadas em uma forma que faz com que os tribunais se sintam indevidamente pressionados

pelo medo de jogar com a vida dos requerentes para ordenar aos hospitais que forneçam os procedimentos mais caros e improváveis, desviando, assim, recursos médicos escassos e prejudicando as reivindicações de terceiros. (...) Infelizmente, os recursos são limitados, e não consigo encontrar nenhuma razão para interferir na alocação realizada por aqueles mais bem equipados do que eu para lidar com as escolhas agonizantes que tiveram que ser feitas (...) o perigo de ordenar que os recursos sejam usados para um determinado paciente é o possível efeito [que essa decisão] possa ter de negar esses recursos a outros pacientes a quem possam ser mais vantajosamente direcionados (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT, SOOBROMONEY, 1997).

Ebodolahi (2008, p. 1594) observa que a Corte Constitucional da África do Sul utilizou o modelo de decisão estrutural em apenas dois casos, os quais não estão relacionados a uma demanda sobre direitos econômicos e sociais. O primeiro, *August and Another vs. Electoral Commission and Others*, relativo à violação do direito ao voto da população encarcerada, o segundo, *Sibiya and Others vs Director of Public Prosecution*, tratava sobre questões relativas à constitucionalidade da pena de morte.

No caso TAC a Corte conferiu o direito ao tratamento de HIV a um grupo de requerentes. O caso comporta um grande número determinado de pessoas (grávidas portadoras do HIV) e uma situação na qual já havia política pública preestabelecida que garantia direito de acesso ao tratamento. Já no caso Soomebrooney, no qual a concessão de uma prestação individual para realizar o tratamento de diálise poderia ser estendida a um número grande de possíveis pleiteantes, sendo que ainda não havia uma política pública preestabelecida que conferia o direito ao tratamento a todos os requerentes na mesma situação do sr. Soomebrooney, o pleito foi indeferido.

A recusa da Corte em fornecer um remédio individual aos litigantes, de acordo com Liebenberg (2002, p. 190), provocou alterações significativas nos litígios daquele país. Os requerentes passaram a procurar o auxílio de organizações não governamentais para ingressem com demandas coletivas.

### **3.2 Quem seriam os beneficiados?**

Estudos empíricos realizados por diversos autores são de extrema importância para responder à pergunta sobre quem são os beneficiados com a judicialização da saúde.

Landau (2012 p. 200), ao analisar decisões da Corte Constitucional Colombiana sobre DES, concluiu que a “realidade empírica” da judicialização dos DES aponta para o fato de que é cada vez mais claro, na experiência de alguns países, que a aplicação judicial dos direitos econômicos e sociais pode, muitas vezes, beneficiar as classes média e alta, em detrimento dos mais pobres. Landau ressaltou que esse fato não condiz com as afirmações teóricas de que a adjudicação desses direitos beneficiaria a situação dos grupos vulneráveis da sociedade, conferindo a eles o acesso a um conjunto mínimo de direitos para garantir a sua sobrevivência, ou seja, a judicialização dos direitos sociais não assumiria um papel fortemente contra majoritário.

Os mais necessitados apenas beneficiam- se indiretamente com a judicialização proposta pelas classes médias e altas “se e quando” os governos, influenciados pelas decisões judiciais promovessem alterações em suas políticas públicas garantindo que as pessoas mais vulneráveis também fossem contempladas pelas medidas adotadas nas decisões (BRINKS, FORBATH, 2011, p. 1945).

No Brasil, estudos empíricos corroboram a tese de Landau revelando que as ações individuais são majoritariamente propostas por litigantes que possuem plano de saúde privado; as receitas médicas utilizadas nas ações são prescritas por médicos particulares; boa parte dos litigantes ingressam com ações judiciais por intermédio de um advogado particular; muitas dessas ações estão concentradas nos tribunais do Sul e Sudeste do país, regiões que concentram a população com melhores condições financeira do Brasil (SANTOS, 2019 p. 503; FERRAZ, 2011, p. 77; WANG, 2015, p. 633). A judicialização de políticas públicas poderia causar uma distorção nas políticas sociais distributivas concentrando os gastos públicos com demandas de alguns segmentos da população de maior renda, que tiveram acesso ao judiciário.

Landau (2012, p. 205) e Santos (2019, p. 530) identificam que essa situação poderia ser alterada com a substituição de um modelo baseado em ações individuais por outro que incentive as ações coletivas, ou seja, a adoção de um litígio estrutural que “parece ser a forma mais eficaz de incentivar o governo a melhorar os serviços e atingir grupos de baixa renda.”

A opção por ações individuais em detrimento das coletivas não atentaria para os efeitos da condenação do governo para além do processo judicial. A tutela coletiva seria uma forma mais efetiva de provocar os

demais poderes para reavaliar as políticas pública adotadas corrigindo eventuais distorções.

Sobre a experiência sul africana Liebenberg (2002, p. 190) diverge do que pensam os autores acima citados. A autora afirma que a rejeição às ações individuais atingem os mais vulneráveis que não podem pleitear diretamente à Corte a realização de uma prestação, concluindo que, lamentavelmente, as interpretações e aplicações da Corte Constitucional Africana limitou o potencial transformativo dos direito sociais e econômicos de contribuir para uma melhor qualidade de vida à todos os cidadãos da África do Sul.

#### 4 RESUMO COMPARATIVO

De todo o exposto nos capítulos anteriores acerca dos entendimentos das Cortes supremas brasileira e sul africana sobre alguns dos elementos fundamentais (obrigações positivas e negativas, *minumum core*, discricionariedade, litígios individuais e coletivos, dentre outros) para auferir como esses órgãos judiciais decidem sobre o direito à saúde, observamos que há divergências na interpretação e aplicação desses parâmetros.

Podemos classificar as decisões da Corte Constitucional da África do Sul como fracas, pois são marcadas por uma certa deferência aos poderes políticos.

A Corte Constitucional Africana indicou que os DES não podem ser “personalizados e imediatos” (TUSHNET, 2009, p. 247), estando, portanto, sujeitos à disponibilização progressiva, através de políticas públicas razoáveis elaboradas pelo poder público. Por outro lado, no Brasil, as decisões são obrigatórias, personalizadas, imediatas, detalham minuciosamente o que a administração deve fazer, não há interação entre os tribunais e a burocracia estatal com vistas à formulação e implementação de políticas públicas, e sim, a garantia imediata ao direito à prestação reivindicada por um único indivíduo.

A Corte Sul Africana recusou-se a interpretar o direito à saúde como subjetivo recusando aos indivíduos o direito de demandar prestações individualizadas ao poder público argumentando a sua falta de capacidade e legitimidade para atender aos pleitos individuais. Também rejeitou a adoção do *minimum core* sobre o direito à saúde estabelecendo que as decisões que envolvam um direito socioeconômico não podem ser pessoais e imediatas

(TUSHNET, 2009, p. 247), ou seja, não podem contemplar as aspirações de uma só pessoa em detrimento dos demais cidadãos interessados nem podem estar sujeitas à imediata realização ou fornecimento da prestação reivindicada. A Corte não estabelece prazos fixos para que a situação seja solucionada ou qual a quantidade de recursos que deveriam ser gastos. Tudo o que se pode esperar da Corte é que ela requeira à burocracia estatal e seus funcionários que desenvolvam políticas públicas capazes de corrigir as violações constatadas dentro de um período razoável.

Além disso, a Corte interpretou negativamente o direito à vida, quando conexo ao direito à saúde, implicando no dever de não interferência na sua realização, afastando os deveres de promoção desse direito. Deixou totalmente à cargo do poder político o dever de tomar decisões sobre a alocação dos recursos disponíveis na área de saúde, observando que interferir nas escolhas dos demais poderes sobre alocação de recursos pode prejudicar os direitos de terceiros.

A Corte Sul Africana adota a razoabilidade como método de controle de políticas públicas, assumindo a deferência aos demais ramos políticos, os quais possuem a prerrogativa de escolher não só quais políticas que serão adotadas, mas também como os recursos serão alocados, hesitando em intervir se houver uma política governamental em vigor que seja considerada um meio razoável de realizar progressivamente o direito à saúde, limitando-se a emitir uma declaração de razoabilidade ou de não razoabilidade.

De lado diametralmente oposto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece o direito à saúde como um direito subjetivo público. Admite que esse direito comporta uma obrigação positiva por parte do poder público o qual tem “a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde”. Essa obrigação não está sujeita à total liberdade de escolha do Estado, uma vez que “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional”. O STF reconhece a existência de um núcleo mínimo dos direitos sociais que deve ser observado pelos governantes quando da elaboração e implementação de políticas públicas. A delimitação desse núcleo mínimo é de fundamental importância para estabelecimento de prioridades orçamentárias, ou seja, a alegação de falta de recursos suficientes por parte do Estado não poderá ser alegada no que concerne à realização do núcleo mínimo dos direitos sociais “ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível”.

Por fim, as ações individuais são preferíveis às ações coletivas uma vez que possuem baixo custo de legitimidade e capacidade. No entendimento do órgão julgador, as ações coletivas podem gerar grave dano à ordem e economia públicas por atingir um amplo número de pessoas.

## CONCLUSÃO

Do estudo sobre a judicialização da saúde nas jurisdições brasileira e sul africana encontramos diferentes modelos de revisão judicial. A África do Sul é um exemplo de modelo fraco de revisão que, se por um lado, mira os grupos mais vulneráveis, possui um custo baixo de capacidade e legitimidade, por outro, não promove nenhum benefício concreto a esse segmento da população, uma vez que não emite comandos, não estipula prazos e não monitora as medidas adotadas para a realização do direito. Limita-se a emitir declarações de irrazoabilidade e não conformidade das políticas públicas adotadas, agindo com ampla deferência às escolhas dos demais poderes políticos promovendo escassas alterações nas ações dos demais poderes em relação às demandas de saúde.

A experiência brasileira é baseada em um modelo forte de judicialização, estruturado em torno de ações individuais, proporcionando um baixo custo de legitimidade e capacidade e com baixa efetividade, uma vez que, não promove alterações substantivas na administração pública e nas políticas públicas, beneficiando grupos com maior poder aquisitivo e recursos para promover litígios individualizados.

O papel transformativo imaginado originalmente pelos constituintes originários quando inseriram um amplo conjunto de direitos sociais nas cartas constitucionais desses países parece não se realizar em sua plenitude através de decisões judiciais. No caso brasileiro a judicialização da saúde revela um sistema voltado para a garantia de privilégios, por conta do mecanismo processual individual que atinge um grupo de pessoas com maior poder aquisitivo. No caso sul africano a deferência da Corte para com as decisões dos demais poderes não contribui quase nada para que mudanças realmente substanciais na promoção e realização do direito à saúde sejam realizadas com alterações profundas nas políticas públicas.

A comparação entre as jurisprudências na área de saúde do STF e da Corte Constitucional da África do Sul coloca em evidência o conflito que juízes encontram ao decidir sobre questões difíceis como a vida ou

a morte. Esse conflito foi acentuado com a difícil situação vivenciada atualmente pelo mundo todo com a pandemia da Covid 19. Trata-se de um dilema entre a razão, que requer a observância da imparcialidade imposta pela justiça, e a sensibilidade de reconhecer que os requerentes não são apenas números em capas de processos, mas sim pessoas que vivem imensos dramas ao serem acometidos por problemas graves de saúde.

Alguns juízes podem não aceitar facilmente assumir a responsabilidade pela morte ou agravamento das enfermidades dos requerentes, tomando a difícil decisão de conceder medicamentos e tratamentos de alto custo, mesmo que tal medida possa afetar a razão imposta pela realidade da falta de recursos. Se, por um lado, o sistema jurídico é fundado na razão, na observação de regras e na imparcialidade, por outro ele é constituído por juízes que são seres humanos confrontados com a difícil tarefa de resolver os pleitos formulados pelos requerentes que, muitas vezes, encontram-se em situações de extrema necessidade. Nesse sentido, entendemos que não há decisão certa ou errada nos litígios que envolvem a realização do direito à saúde. Assim, tanto em um modelo de revisão judicial que tende a ser mais racional, quanto naquele que tende a adotar decisões mais sensíveis às condições dos seres humanos, alterações na sistemática decisória são fundamentais para conciliar as necessidades dos requerentes com as necessidades dos demais cidadãos, observando, também o atendimento aos recursos disponíveis.

## REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B. Cortes Constitucionais. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães, Heloisa Starling. (Org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 195-206, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, jul. 2008.

BARROSO. Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BATEUP, C. Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights. **Hastings International and Comparative Law Review**. Volume 32, nº2. 2009. P. 529- 599. Disponível em: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_international\\_comparative\\_law\\_review/vol32/iss2/4/](https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol32/iss2/4/). Acesso em: 4 nov. 2020.

BERGER, J. **Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education. Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge University Press. Cambridge, 2008. p. 38-99.

BILCHITZ, D. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. **South African Law Journal**, vol. 119, no. 3. 2002. p. 484-501.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **PET 1246, SC**. Relator: Min. Celso de Mello. 31.01.1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho83171/false>. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SS 3073 RN**. Relatora: Min. Ellen Gracie 09.02.2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho33465/false>. Acesso em: 2 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 566471 / RN** Relatora: Min. Marco Aurélio. 19.08.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1130324/false>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 657718**. Relator Min. Marco Aurélio. 22.05.2019 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436062/false>. Acesso em: 2 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 727.864/PR**. Relator: Min. Celso de Mello 09.09.2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STA 424 SC**. Relator Min. Gilmar Mendes. 20.04.2010 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho141392/false>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SL 256 / TO** Relator Min. Gilmar Mendes. 20.04.2010 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho141561/false>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RTJ 175/1212-1213**. Relator: Min. Celso de Mello. 31.05.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62859>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. **Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Advocacia Geral da União e Ministério da Saúde**. Brazil, 2013. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRINKS, D.; FORBATH, W. F. Commentary: Social and Economic Rights in Latin America: Constitutional Courts and the Prospects for Pro-Poor Interventions. **Texas. Law. Review**. Volume 89. 2011. p. 1943 – 1955.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DAHL, R. A. Decision - Making in a Democracy: *The Supreme Court as a National Policy - Maker*. Heil Online 6; **Jornal of Public Law**. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2020.

DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil** – v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM; 2017.

DIXON, R. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford, v. 5, n. 3, p. 391-418, nov. 2007.

EBADOLAHY, M. Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. **N.Y.U. L. Rev**. Volume 33 n° 5. 2008. p. 1565 – 1606 Disponível em: [https://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-5/using-structural-interdicts-and-the-south-african-human-rights-commission-to-achieve-judicial-enforcement-of-economic-and-social-rights-in-south-africa/..../babip/Downloads/NYULawReview-83-5-Ebadolahi \(1\) \(1\).pdf](https://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-5/using-structural-interdicts-and-the-south-african-human-rights-commission-to-achieve-judicial-enforcement-of-economic-and-social-rights-in-south-africa/..../babip/Downloads/NYULawReview-83-5-Ebadolahi (1) (1).pdf). Acesso em: 4 dez. 2020.

EIDE, A. Economic, Social, and Cultural Rights as Human Rights. In: EIDE, A. KRAUSE, C.; ROSAS, A. **Economic, Social, and Cultural Rights: a textbook**. Laiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 9-28.

ELY, J. H. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Harvard University Press. 1980.

FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3. São Paulo. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712>. Acesso em: 3 nov. 2020.

Brazil: health inequalities, rights, and courts: the social impact of the "judicialization of health". In: YAMIN, Alicia Ely, GLOPPEN, Siri, (eds.) **Litigating health rights: Can Courts Bring More Justice to Health. Human Rights Program Series**. Cambridge, Mass: Harvard Law School. 2011.

FISS, Owen M. The forms of justice. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 93, n. 1, 1979. P. 1- 58. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers) Acesso em: 16 dez. 2020.

FREDMAN, S. F. B. A. **Human Rights Transformed: positive rights and positive duties**. New York: Oxford, 2008.

FONSECA. R. C. V. Metodologia do Trabalho Científico. Curitiba: IESDE, Brasil. 2012.

FULLER, L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, 1979. p. 353-409.

GARAVITO, C. R. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**. v. 89. 2011. p. 1670 – 1698. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

GINSBURG, T. The Global Spread of Constitutional Review. In **Oxford Handbook of Law and Politics**. WHITTINGTON, Keith E. Whittington; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds). Oxford University Press. 2008.

GINSBURG, T.; DIXON, R. The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper** No. 436, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/234139560>. Acesso em: 13 nov. 2020.

GRINOVER, A. P. et al. Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde. **CEBEPEJ e Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas**. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18674>. Acesso em: 3 dez. 2020.

HOECKE, M. V. Methodology of Comparative Legal Research. **Law and Method**, Países Baixos, v. 1, n. 1, p. 1-35, dez.2015. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/291373684\\_Methodology\\_of\\_Comparative\\_Legal\\_Research](https://www.researchgate.net/publication/291373684_Methodology_of_Comparative_Legal_Research). Acesso em: 22 dez. 2020.

HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. N. M. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. In GAURI, Varun e BRINKS, Daniel M. Eds. **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge University Press. 2008. p. 100-145.

HOLMES, S. **The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes**. New York, London: W.W. Norton&Company, 1999.

KING, J. The Pervasiveness of Polycentricity. **Public Law BCT**, v. 1, n. 1, p. 101-124, jun./2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1027625>. Acesso em: 28 dez. 2020.

KING, J. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LANDAU, D. Aggressive Weak-Form Remedies. **Constitutional Court Review (South Africa)**, ÁFRICA DO SUL, v. 244, n. 1, p. 244-264, dez. 2014.

LANDAU, D. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**. Cambridge, v. 53, n. 1, 2012. p. 190-247, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1774914>. Acesso em: 28 dez. 2020.

LIEBENBERG, S. South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty. **Law, Democracy and Development**. vol. 6, no. 2. 2002 p. 159-192.

MELLO, C. A. **Democracia constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MICHELMAN, F. I. **The Constitution Social Rights and Liberal Political Justification**. Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, v. 1, n. 1, p. 13-14, jul. 2003.

PALMER, E. **Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights ACT (Human Rights Law in Perspective)**. Irish Academic, 2009.

REIS NOVAIS, J. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

ROACH, K. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights. In LANGFORD, Malcolm Ed. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press. 2009. p. 46-58.

ROUX, T. Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. **International Journal of Constitutional Law, BLA**, v. 7, n. 1, p. 106-138, jan. 2006.

SANTOS, P. F. O. Beyond Minimalism and Usurpation: Designing Judicial Review to Control the Mis-enforcement of Socioeconomic Rights. Washington University **Global Studies Law Review**. Volume 18, nº 3. 2019. p. 493- 557. Disponível em: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_globalstudies/vol18/iss3/12](https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol18/iss3/12). Acesso em: 12 dez. 2020.

SCHNEIDER, H. Grundrechte in der Verfassung Südafrikas in: **Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

SHANY, Y. Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in BARAK–EREZ Daphne e M. GROSS, Aeyal (org). **Exploring Social Rights – between theory and practice**. Oxford: Hart Publishing. 2007.

SHUE, H. The Interdependence of Duties. In ALSTON, Philips e TOMASEVSKI, Katarina. **The Right to Food**. Uthrecht: netherlands institute of human rights, 1984.

SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT. **Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in Recertification of the Constitution of the Republic of South Africa**. 1-5 and 8-11 July; 6 September 1996.

SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT. **Soobramoney vs. Minister of Health (KivaZulu-Natal)**. 1997. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>. Acesso em: 4 dez. 2020.

SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT. **Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others**. 2002. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html>. Acesso em: 4 dez. 2020.

SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT. **Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others**. 2000. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em: 26 dez. 2020.

SUSTEIN, C. R. **Social and Economic Rights? Lessons from South Africa**. Working Paper n. 124. 2001. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12785996>. Acesso em: 3 nov. 2020.

SUSTEIN, C. R. Response: From Theory to Practice Order of the Coif Lecture: Response. **Arizona State Law Journal**, 29. 1997.

TATE & VALINDER. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York, New York University Press, 1995.

TAYLOR, M. M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 24 dez. 2020.

TUSHNET, M. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TUSHNET, M. Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties. **Georgetown University Law Center**. 2006. Volume 41 p. 1-22 Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/70373766.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

VAN HOECKE, M. Methodology of Comparative Legal Research. **Law and Method**. 2015. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/7145504/file/7145530>. Acesso em: 2.12.2020.

VAN HOOFF, G. J. H. The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views, in ALSTON, Philips e TOMASEVSKI, Katarina. **The Right to Food**. Uthrecht: netherlands institute of human rights, 1984.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=is](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=is).

VIEIRA, O. V. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**, São Paulo, v. 1, n. 42, p. 53-97, dez./1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300003>. Acesso em: 22 dez. 2020.

YOUNG, K. G. Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights. In JACKSON, Vicki C. e TUSHNET, Mark Ed. **Proportionality: New Frontiers, New Challenges Comparative Constitutional Law and Policy**. Cambridge: Cambridge University Press. 2017, p. 221- 247.

YOUNG, K. G. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. **Yale Journal of International Law**. Vol. 33, No. 1. 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1136547>. Acesso em: 4.12.2020.

YOUNG, K. G. Constituting Economic and Social Rights: The Path to Transformation. **Constituting Economic and Social Rights**. OUP, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2419986>. Acesso em: 26 nov. 2020.

WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 439-568, jul. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35163/33968>. Acesso em: 22 dez. 2020.

WANG, D. W. L. Right to Health Litigation in Brazil: The Problem and the Institutional Responses. **Human Rights Law Review**, V. 15, n. 4, 2015. p 617–641. Disponível em: <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/15/4/617/2356175?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 14 dez. 2020.