

**DIREITO À SAÚDE, ESCASSEZ E INEFICÁCIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: CAMINHOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA EM
MOÇAMBIQUE**

*RIGHT TO HEALTH, SCARCITY AND INEFFICACY OF PUBLIC
ADMINISTRATION: PATHS TO ADMINISTRATIVE JUDICIALIZATION IN
MOZAMBIQUE*

Arménio Alberto Rodrigues Da Roda*

Resumo

O presente artigo tem como escopo fundamental apresentar o dilema da eficácia do direito à saúde em Moçambique. O direito à saúde e assistência médica está estabelecido na constituição moçambicana de 2004, mas está colapsado pelos problemas da escassez e a inoperância administrativa e, nesse imbróglio, apresentamos a possibilidade da judicialização administrativa da saúde, que configuraria em espécie de tutela administrativa reforçada, à luz do ordenamento jurídico moçambicano, mediante a intervenção dos tribunais administrativos, para que, em última instância, possam interferir na gestão do Sistema Nacional de Saúde em Moçambique. A judicialização administrativa transparece um mecanismo adequado para assegurar o direito ao acesso universal e integral à saúde, pelo menos em Moçambique, onde não é juridicamente possível, face às desigualdades sociais estruturantes e que geram a exclusão social. E, nesse contexto, a judicialização cumprirá a função da democratização e inclusão do acesso à saúde em Moçambique. Nesse âmbito, o trabalho propõe uma dialética jurídica com base na judicialização da saúde e no sistema tradicional de Gestão Administrativa. Além do mais, o artigo aborda os aspectos históricos do Sistema Nacional de Saúde, inerente ao modelo econômico-social vigente em Moçambique e, na mesma senda, o artigo apresenta o modelo funcional da Justiça em Moçambique e outros poderes, com os quais se discute a possibilidade da judicialização administrativa da saúde.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde; Gestão administrativa; Tribunais administrativos; Direito à saúde em Moçambique; Sistema Nacional de Saúde.

Abstract

This article aims to present the dilemma of the effectiveness of the right to health in Mozambique. The right to health and medical assistance is established in the Mozambican constitution of 2004, but it is collapsed by the problems of scarcity and administrative inoperability and, in this imbroglio, we present the possibility of administrative judicialization of the right to health, which would constitute a kind of reinforced administrative protection, in light of the Mozambican legal system, through

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Zambeze (UNIZAMEZE), Moçambique.

the intervention of administrative courts, so that, ultimately, they can interfere in the management of the National Health System in Mozambique. Administrative judicialization provides an adequate mechanism to ensure the right to universal and full access to healthcare, at least in Mozambique, where it is not legally possible, given the structural social inequalities that generate social exclusion. And, in this context, judicialization will fulfill the function of democratization and inclusion of access to healthcare in Mozambique. In this context, the work proposes a legal dialectic based on the judicialization of the right to health and the traditional system of Administrative Management. Furthermore, the article addresses the historical aspects of the National Health System, inherent to the economic and social model in force in Mozambique and, in the same vein, the article presents the functional model of Justice in Mozambique and other powers, with which it is discussed the possibility of administrative judicialization of the right to health.

Keywords: *Administrative courts; Right to Health Judicialization; Administrative management; National Health System; Right to Health in Mozambique.*

Sumário

Introdução. 1. Considerações Gerais. 2. Pobreza, direito à saúde e judicialização. 3. A eficácia plena e imediata do direito à saúde. 4. A administração pública da saúde e a intervenção do poder jurisdicional administrativo. 5. O direito à saúde e a experiência da judicialização no Brasil. 6. Microcomparação da judicialização da saúde: dos direitos sul-africano e queniano. 6.1. África do Sul. 6.2. Quênia. 7. A democratização da saúde por meio da judicialização administrativa em Moçambique. Considerações finais. Referências.

Introdução

Moçambique é um Estado unitário assente no princípio republicano, que se tornou independente desde 1975 e, nesse mesmo período, o país adotou o modelo político, econômico e social marxista lenista, no qual os meios de produção pertenciam ao Estado. E, nesse contexto diacrônico, o país engendrou a nacionalização do Sistema Nacional de Saúde, por meio do Decreto-lei nº 5/75 de 19 de agosto de 1975, mediante o qual o Conselho de Ministros decidiu o processo de nacionalização das clínicas privadas que vinham operando desde o período colonial. Desse modo, o novo governo pós-colonial restringiu as atividades médicas e sanitárias aos entes privados, negando a qualquer custo a mercantilização da saúde. Ou seja, as atividades médicas e sanitárias passaram a constituir atividades exclusivas do Estado, que tinha como objetivo maior acessibilidade pública da saúde aos cidadãos.

Após esse período, várias transformações político-constitucionais foram ganhando forma, dando lugar novas estruturas políticas sociais e econômicas. E, em 1990, o país registrou uma revisão constitucional significativa, dando lugar Estado democrático de direito, e aderindo à economia de mercado, com intuito de consolidar a democracia. Nesse contexto, o legislador moçambicano previu o direito à assistência médica e sanitária a todos cidadãos, consagrado no artigo 89 da Constituição da República de Moçambique de 1990, tendo, por sua vez, ratificado vários tratados internacionais e regionais de direitos humanos que preconizam a saúde como um direito fundamental e, por conseguinte, consolidou o princípio da livre concorrência, dando ênfase à iniciativa privada, permitindo novamente a operacionalização das atividades médicas por entes privados, melhor dizendo, o Estado passou a admitir constitucionalmente o exercício das clínicas privadas, o que atualmente tem contribuído parcialmente ao acesso à saúde em Moçambique, especialmente nas zonas urbanas e para pessoas com uma renda financeira sustentável, sobretudo, os da classe alta e média.

O atual Sistema Nacional de Saúde (SNS) estabelece uma organização sanitária em diferentes níveis, a mencionar: *nível primário*, constituído por centros e postos de saúde, cada um compreendendo as respectivas áreas de saúde; *nível secundário*, formado por hospitais distritais, gerais e rurais; *nível terciário*, composto por hospitais provinciais; e *nível quaternário*, constituído por hospitais centrais e especializados. Também fazem parte do SNS os centros de higiene, centros sanitários, instituições de formação profissional, laboratórios especializados e instituições de pesquisa que atuam de forma coordenada (MITANO, VENTURA, PALHA, 2016, p. 901-915).

Nos dias que correm, o Sistema Nacional de Saúde e os seus subsistemas enfrentam graves problemas funcionais e orgânicos no âmbito de saúde, ligados a diferentes fatores, políticos, sociais e econômicos, o que inclui a ineficácia administrativa e funcional do Sistema Nacional de Saúde, que enfrenta dificuldades no âmbito de gestão de políticas públicas, que se demonstram funestas na prestação de serviços básicos aos cidadãos.

Um dos aspectos preocupantes é a pobreza econômica e financeira que permeia no Estado moçambicano, que, por um lado, faz oscilar a balança da concretização dos direitos fundamentais e, por outro lado, o dilema dos recursos escassos, que marcam um cenário de crise *entrópica* enraizada, que pode ser minimizada pelo conjunto de decisões técnicas e normativas. Como é de se esperar de um país em que a crise

econômica vem recrudescendo (STEFANO, 2013, p. 58-83),¹ o Sistema Nacional de Saúde depende 50% dos donativos estrangeiros para garantir os objetivos e as metas constitucionais.

Além dos problemas mencionados, tem questões ligadas à falta de transparência dos órgãos de gestão pública, responsáveis pela área de saúde no plano do governo central e local, o que tem contribuído negativamente para a falta de concretização do direito universal à saúde aos cidadãos moçambicanos.

O sistema moçambicano de saúde esbarra-se em dois problemas fundamentais, um relacionado à escassez, em grosso modo, à pobreza econômica e financeira, e, outro, paira no âmbito da crise funcional dos órgãos de gestão administrativa, e é neste último ponto que subjaz a ideia de propor a judicialização administrativa, que consubstanciaria no exercício da tutela administrativa reforçada, servindo de instrumento de garantia jurídica para a universalização e a integralização do direito à saúde às camadas sociais vulneráveis em Moçambique, obstadas pelos funestos atos da Administração e a escassez dos recursos econômicos e financeiros que limitam o exercício pleno deste direito fundamental e humano.

À vista disso, a compressão do papel do poder jurisdicional administrativo é imprescindível para a dinamização do acesso universal e integral à saúde em Moçambique. Daí que surge a proposta do presente artigo, que tem como objetivo propor mecanismos jurídicos relacionados ao acesso à justiça, no fito de concretizar a assistência médica sanitária, visando a prevenção, recuperação e tratamentos dos cidadãos, acometidos por qualquer patologia, que serão garantidas pelo poder administrativo jurisdicional, quando conveniente e necessário, legitimando intervenção jurisdicional administrativa para a efetivação do direito à saúde, que tem como substrato a proteção do mínimo existencial, o corolário da dignidade humana.

A metodologia aplicada no presente artigo foi baseada na revisão bibliográfica, que consistiu na análise crítica e analítica de diversos documentos e instrumentos normativos, e essa, por sua vez, foi articulada com a observação empírica no tocante ao funcionamento das instituições públicas moçambicanas, tal como o poder jurisdicional administrativo e os demais órgãos políticos do Estado, arrolados no decorrer do artigo.

1 A crise entrópica seria caracterizada por uma série de conflitos de valores ou identidades e, nessa ótica, a situação de crise pode ser minorada por um conjunto de ajustes técnicos e normativos que tende a implodir o sistema. Isso encontra explicação na Obra do Professor Loureiro (LOUREIRO, 2015, p. 619).

1 Considerações gerais

Vigora no constitucionalismo moçambicano um arcabouço hermenêutico de matriz positivista com parâmetros normativos fechados, estritamente ancorado ao princípio de separação de poderes, concebido ainda de forma tradicional, onde o juiz ocupa um papel técnico e objetivo (LOCKE, 2001, pp. 514-517). Por outro lado, ao Parlamento cabe essencialmente a feitura, aprovação das leis, assim como a fiscalização dos atos do governo e, por último, o executivo cumpre os seus papéis no âmbito da gestão e administração da máquina pública (MONTESQUIEU, 1973)².

Entretanto, constitui um mito falar da judicialização da saúde em Moçambique, pois a saúde está inserida no âmbito administrativo e a gestão e a prestação de serviços médicos e sanitários são exclusivos da Administração Pública, tutelada pelo Ministério da Saúde, e os outros poderes não devem imiscuir-se na esfera administrativa ou de gestão, que cabem exclusivamente os órgãos do executivo. Igualmente, a não judicialização da saúde está ancorada a uma cultura jurídica de um positivismo normológico e metódico da escola clássica de Savigny, que concebe a interpretação e aplicação do Direito (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 207, 223) como uma tarefa técnica e limitada, que não deve ultrapassar os limites formais previamente definidos por lei.

O outro imbróglio atrelado ao constitucionalismo moçambicano assenta no âmbito do teor dogmático constitucional, que concebe o direito universal à saúde como uma norma de eficácia programática, dependente das políticas regulamentadoras do poder executivo, concatenados à prossecução das políticas públicas (MIRANDA, 1981, p. 629-640). E, nesse cerne, a questão da judicialização administrativa continua um lugar obscuro inacessível aos cidadãos, para fazer valer o seu direito fundamental, em casos graves de violações da legalidade.

A saúde é um direito presente e não ulterior, e muito menos gradual. A saúde, sobretudo, curativa, resolve os problemas correntes, inerentes à complexidade corpórea, psicológica e espiritual do homem, visando o seu bem-estar.

Moçambique é um Estado democrático de direito e de organização política administrativa unitária, influenciado pelo modelo português e francês, e que, por sua

2 A tripartição de poderes, em países de modelo francês com jurisdição administrativa, goza de uma compressão rígida dos poderes autônomos do Estado, e Moçambique compreende esta tríade de forma rígida, o que faz com que o ativismo judicial e a judicialização de certos direitos não seja possível juridicamente.

vez, adotou determinados institutos e instituições jurídicas *sui generis*. E, no tocante à Organização Judiciária, existem níveis importantes de competência material, a saber: os Tribunais comuns, administrativos, fiscais, aduaneiros e militares. A competência dos tribunais comuns é voltada para questões civis e criminais. No tocante aos contenciosos administrativos, cabe à Justiça Administrativa apreciá-los em juízo. O mesmo sucede com os tribunais fiscais, aduaneiros e militares, que julgam matérias específicas no nível da sua respectiva competência material.

A jurisdição administrativa está organizada de forma piramidal, com o Tribunal Administrativo no topo, localizado em Maputo, que detém competência material em todo território nacional, e seguidos dos tribunais administrativos provinciais e distribuídos em diferentes partes do território nacional, que possuem a competência funcional, organizada em seções, subseções e plenário, de acordo com a lei 14/2014 de 14 de agosto, atualizada pela lei 8/2015 de 6 de outubro da república de Moçambique (MOÇAMBIQUE, 2015).

No entanto, a estrutura administrativa e política tem grande pertinência no tocante à judicialização de questões políticas e sociais, que acabam sendo decididas em última instância pelos tribunais, que intervêm diretamente nas questões de gestão pública, por meio ampliação do poder judiciário em outros poderes.

No Brasil, o cenário é diferente, pois inexistente a jurisdição administrativa específica. Nesse país, a judicialização e ativismo judicial têm sido levados a cabo pelos tribunais comuns (JACINTHO, MAIA, 2019, p. 376), entretanto, esta lógica não se adéqua à estrutura judicial moçambicana, portanto, os tribunais comuns seriam incompetentes materialmente para apreciar questões controvertidas inerente aos atos da administração pública, sendo assim, a judicialização caberia aos tribunais administrativos, entretanto, exercida de forma atenuada, e não em um modelo excessivo e sem parâmetro legal.

Em relação a Moçambique, a judicialização seria em princípio apreciada pelo Conselho Constitucional, que é o órgão que exerce a jurisdição constitucional naquele país. Entretanto, essa hipótese não se demonstra adequada, face aos obstáculos formais estabelecidos na Constituição para o acesso ao Conselho constitucional (espécie de um tribunal constitucional), que não admite cidadãos, a título individual, como legitimados passivos. E os outros obstáculos situam-se no âmbito funcional deste órgão, que não atenderia as demandas peticionadas pelos particulares no âmbito da judicialização da

saúde em tempo razoável, ademais, haveria também um embaraço geográfico para o acesso a este tribunal, que se encontra situado na província de Maputo.

Partilha-se neste *paper* a tese da judicialização administrativa, solicitada aos tribunais administrativos localizado em diversas regiões de Moçambique e que têm competência material de fiscalizar a legalidade dos órgãos administrativos públicos do Estado, sendo, desse modo, acessíveis em termos funcionais e geográficos. E, portanto, a judicialização requerida pelos particulares, aos tribunais administrativos, reforçaria a tutela administrativa já existente, sanando o deficit dos atos de corrupção sistemáticas, discriminação em função das classes, entre outras práticas que negam o acesso universal à saúde das pessoas socialmente vulneráveis. Todavia, essa pretensão não encontra amparo no ordenamento jurídico moçambicano.

Colocadas as premissas acima, cabe-nos frisar o binarismo e o metodologismo jurídico, que é a principal razão para a negação ampliada da jurisdição administrativa receber pedidos de particulares exigindo o cumprimento direito à saúde, veiculado pela legítima e necessária intervenção dos tribunais administrativos, no âmbito gestão pública ineficiente. Pois, é este neste contexto que se desvela a importância do *judicial review* (revisão dos atos judiciais) dos atos da administração contrários aos interesses públicos do Estado, que também integram as questões relacionadas ao acesso integral e universal à saúde dos cidadãos.

Em Moçambique, inexistente espaço para disputas judiciais ou jurisdicionais no âmbito da concreção do direito à saúde. Mesmo em caso iminente do risco à vida ou saúde humana, o paciente não goza de um mecanismo jurídico eficaz para reaver uma decisão médica provinda do órgão de gestão hospitalar, salvo em caso dos recursos gratuitos administrativos que se demonstram fragilizados.

O sistema moçambicano de controle de legalidade dos atos de administração pública dizem respeito à competência material do Tribunal Administrativo, assim como fiscalização dos orçamentos de despesas dos entes públicos e sem olvidar dos atos de gestão do Sistema Nacional de saúde, que também estão sujeitos a jurisdição deste tribunal, e de acordo com a Lei n.º 8/2015, que altera a Lei n.º 14/2014, de 14 de Agosto, e que regula os limites de competência e atribuições do Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos.

A questão da judicialização administrativa da saúde, por meio de uma ação requerida por um cidadão, exigindo ao Estado o cumprimento do direito subjetivo público à saúde, não é a objeto de materialização jurídica por parte dos cidadãos.

A judicialização administrativa³ transparece ser um mecanismo idôneo, e importante, para mediar certas questões que envolve a Administração Pública e cidadão, quando se demostre ineficácia ou graves violações dos direitos subjetivos públicos à saúde, ocasionadas pelas falhas da Administração Pública, podendo garantir ao cidadão recurso jurídico para pedir ao tribunal competente uma revisão jurisdicional, que poder ser requerida pelo cidadão, em caso de não satisfação de determinada decisão de um ente administrativo que viola o direito à saúde.

Um dos dilemas que se travessa em Moçambique correlata-se aos custos com a saúde no estrangeiro, relacionados à aquisição de farmacêuticos ou serviços terapêuticos que não estão disponíveis no país. E, nesse âmbito, o Estado se exime por completo em relação aos gastos desta natureza, deixando cidadão de braços cruzados (CASTRO, 2010). Nesse mesmo aspecto, a doutrina não tem um posicionamento consensual sobre o custeio de saúde no estrangeiro. Para alguns, o custeio com a saúde no exterior não constitui um direito subjetivo público, porque não tem previsão legal na constituição (IBIDEM) ou em outros diplomas legais; por outro lado, tem a doutrina oposta, que entende ser responsabilidade Estado garantir o direito saúde universal e integral, segundo postula o princípio da dignidade humana. Dito de outra forma, o direito à saúde está intrinsecamente ligado continuidade da vida humana (CUNHA JÚNIOR, 2008). Assim sendo, não se exige uma previsão legal, cabendo socorrer-se dos princípios que garante o direito à vida e o mínimo existencial que são amparados pelo postulado da dignidade humana.

No entanto, estas discussões não devem olvidar-se da órbita orçamentárias do Estado e dos recursos existentes alocados para a saúde. E, partindo da racionalidade de que os recursos são escassos para todos, porém, é preciso compreender a conjuntura econômica e financeira para que a judicialização administrativa faça sentido, pelo menos em contexto moçambicano, onde as pessoas vivem à margem da linha da

3 Segundo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (BARROSO, 2008).

pobreza, impossibilitadas de viver com menos 1,25 dólares americanos diários⁴. Nesse contexto, a judicialização, aqui referida, deve observar os parâmetros do interesse público ou da coletividade, estabelecido nas políticas orçamentárias do Estado.

No tocante ao mesmo aspecto, cabe fazer observação comparada e minuciosa sobre a judicialização da saúde no Brasil, que é capaz de nos fornecer elementos teóricos sobre a judicialização da saúde que, nesse âmbito, deu passos importantes, e de retrocessos, no tocante ao tema, que começa florescer a partir dos anos 1990, em que os tribunais passaram a intervir massivamente nas questões políticas e econômicas do poder executivo e legislativo, dando espaço, para que os tribunais efetivassem, em última instância, decisões sobre questões econômicas e sociais (LOPES, COELHO, DINIZ, ANDRADE, 2019, p. 185-201). Sem embargos, a questão da judicialização no Brasil apresenta-se como um assunto paradoxal que abriu espaço para a efetivação do direito fundamental à saúde aos cidadãos, que tiveram que recorrer à justiça para a efetivação do direito à assistência médica e sanitária, e o mesmo ocorre na África do sul, país vizinho de Moçambique.

Já no Brasil, o país queixa-se de um excesso de ações judiciais, quantificada aproximadamente em 240,840, ações ligadas aos processos relacionados à saúde, que tem interferido profundamente na gestão pública, e que tem colocado em causa o orçamento planejado para a saúde (ZEBULUM, 2019, p. 16-33). Ainda sobre o Brasil, abordaremos de forma específica no desenrolar do trabalho.

No contexto moçambicano, a judicialização da saúde carece de novas visões paradigmáticas, voltadas para o contexto socioeconômico do país, permitindo que judiciário rompa algumas raízes jurídico-culturais positivas, que cerceiam o poder jurisdicional administrativo na sua atuação de poder se posicionar face a uma petição que envolve um ente administrativo e o cidadão, de forma a assegurar o acesso ao Sistema Nacional de Saúde, que se concretizaria de forma mínima mediante judicialização administrativa da saúde.

4 A pobreza é definida pela Organização Mundial da Saúde como a impossibilidade de uma pessoa viver com menos com 1,25 dólares americanos. Trata-se de aqui de uma pobreza econômica e financeira.

2 Pobreza, direito à saúde e judicialização

A pobreza econômica e financeira (LOUREIRO, 2015, p. 629-630), por si só, corresponde a uma condição de exclusão social, em que os pobres não participam dos bens constitucionais básicos. E, em um panorama de desigualdades sociais estruturantes, tal como é em Moçambique, os grupos vulneráveis, não dispõem de capacidade econômica para acessar o Sistema Nacional de Saúde, que se fecha às camadas mais frábil.

As desigualdades sociais, acompanhadas de corrupções políticas sistêmicas, agravam a limitação do acesso à saúde. Nesse sentido, a judicialização, enquanto um mecanismo de controle, tem um papel imprescindível no âmbito da inclusão dos grupos vulneráveis, tornando-se uma porta de acesso às camadas sociais vulneráveis na consolidação da cidadania social (MARSHALL, 1967).

De acordo com o relatório da saúde de 2012, a cada três pessoas, duas vivem no limiar da linha de pobreza, e mais da metade da população depende do sistema público de saúde, sendo que poucas pessoas têm acesso ao sistema privado de saúde, por conta dos custos altíssimos que o sistema privado exige, pois maior parte da população moçambicana não tem o acesso à saúde privada, em razão do número elevado da população desempregada (MOÇAMBIQUE, 2013).

O gasto com saúde até o ano de 2012 representava seis por cento do PIB moçambicano, avaliado em 24 bilhões de maticais, sendo que cada cidadão tem gasto per capita avaliado em 1.026,00 Mts equivalente a (US\$ 36,81) ao mês. E, de acordo com estes dados, deve-se se ter em conta que a judicialização administrativa da saúde deve estar baseada na análise econômica do Direito. Pois, ao referimos sobre eficácia do direito à saúde em Moçambique, esta deverá obedecer ao crivo da racionalidade econômica e matemática dos recursos existentes, não a uma exigência cega dos recursos escassos (IBIDEM). Ou seja, a possibilidade da judicialização administrativa deve nortear-se nas conjunturas econômicas, sob pena de interferências arbitrárias no orçamento do Estado, que conseqüentemente terá implicação pública.

Para um país com índice elevado de pobreza (MITANO, VENTURA, PALHA, 2016, p. 901-915), como Moçambique, a questão da judicialização não deve se basear em critérios morais de juízes (ZEBULUM, 2019, p. 16-33), porém, as decisões judiciais demonstram-se como espaço importante para que se efetive realmente estes direitos,

quando as políticas públicas dos órgãos administrativos de gestão não se demostrem suficientes para assegurar o direito à saúde. Daí que a máquina judiciária deve ser invocada para julgar determinadas questões de natureza crucial, inerente a questões políticas e econômicas, que por regras caberiam aos outros poderes, em uma situação que um cidadão se vê prejudicado, ou violados seus direitos, fruto de uma decisão administrativa incompetente e corrupta, veiculada pelos órgãos responsáveis pela gestão do Sistema de Saúde. Por conseguinte, esse gozaria de meios para reivindicar os atos funestos dos órgãos de gestão mediante um pedido ao tribunal administrativo funcionalmente competente para apreciar este pedido.

3 A eficácia plena e imediata do direito à saúde

O direito à saúde constitui um direito fundamental de segunda geração, não essencialmente programático, como se tem pregado no âmbito da dogmática constitucional, todavia, esse direito goza de eficácia jurídica plena e imediata (SARLET, 2015, p. 3045), embora certas questões de saúde pública sejam concretizadas pragmaticamente à luz das condições fáticas econômicas existentes. A corporeidade que cerca a pessoa humana é dotada de fragilidade, que necessita constante de cuidados terapêuticos essenciais, e encarar o direito à saúde como direito de eficácia programática é não compreender a essência da própria vida humana, que necessita de cuidados para hoje, não para o futuro.

O Legislador moçambicano silenciou-se no tocante a eficácia dos direitos fundamentais, que estão sujeitos a diversas correntes de interpretações. Entre nós, os direitos fundamentais sociais e econômicos, subjacente ao mínimo vital, são direitos de eficácia plena e imediata, pois independe dos programas do Estado, devendo produzir os efeitos jurídicos de forma imediata. A sua limitação só é legítima em situações de escassez recursos e, nesse sentido, o utilitarismo de bens (BENTHAM, 1948), e não de valor, é vetor que será ponderado nessa situação.

Para Holmes e Sunstein, direitos são custos (HOLMES, SUNSTEIN, 2000), em outras palavras, a efetividade de normas jurídicas, na esfera individual ou coletiva, demanda custos para a realização de um direito (POSNER, 2007), e esse raciocínio tem razão de ser no tocante às questões ligadas ao direito à saúde.

A efetividade do direito sanitário exige uma capacidade econômica do Estado para redistribuição de recursos ou serviços terapêuticos, curativos e preventivos ligados aos recursos disponíveis do Estado. Ademais, não basta declarar direitos no texto constitucional, o Estado deve ser capaz de assegurá-los, não os manter simbolicamente como meras promessas ou declarações constitucionais álibis (NEVES, 2011).

A evocação da judicialização administrativa da saúde só será possível mediante os recursos disponíveis do Estado, o que fará com que os juízes decidam mediante critérios técnicos, jurídicos e em caso de graves e evidentes violações da legalidade, servindo-se majoritariamente de uma análise de custo destes direitos, diante do orçamento disponível (POSNER, 2007).

A possibilidade da judicialização não deve estar aquém dos aspectos econômicos do país, relacionados as questões orçamentárias, sob pena de prejudicar a maior parte da população que depende inteiramente da saúde pública do Estado, devendo se ponderar os interesses relacionados a proteção da dignidade do indivíduo, bem como os interesses coletivos da sociedade.

Por outro lado, existe a doutrina que apela que o direito à saúde deve ser limitado e programado do Estado, por conta dos custos econômicos que esse direito exige. Apesar disso, não constitui argumento unívoco, pois existem outros direitos que requerem ainda custos exorbitantes ao Estado, tal como (AMARAL, 2001) os direitos políticos, a segurança pública, o direito de propriedade, que demanda do Estado elevados custos financeiros etc. E, no tocante à saúde, esse direito goza de eficácia plena. Portanto, nada impede que o direito à saúde goze a eficácia limitada e programática em caso excepcionais, isto é, quando não existem realmente os recursos disponíveis para prover este direito, e no caso de insuficiência absoluta.

A judicialização administrativa, apresenta, nesse sentido, uma garantia para o acesso à saúde. E, nesse âmbito, a judicialização administrativa não se confunde com mero interesse individualista, que sobrepõe o interesse da coletividade, e que sacrifica o interesse público para um grupo minoritário de cidadãos.

4 A administração pública da saúde e a intervenção do poder jurisdicional administrativo

A negação do acesso ao direito de assistência médica e sanitária, pelos órgãos administrativos em Moçambique, em certas ocasiões, é fundamentada por razões de insuficiência de recursos, o que não chega a ser verdade. Porém, em muitos casos, particularmente em Moçambique, isso está relacionado aos atos de improficuidade de gestão e de corrupção,⁵ que está em alta na sociedade moçambicana. De acordo com os relatórios da MISAU e da UNICEF em 2011 e 2012, são apontados vários casos de desvios de medicamentos por funcionário ou servidores públicos de saúde, que se dedicam ao extravio de medicamentos públicos do Estado.

Daí que a judicialização da saúde concretizaria a ideia da *judicial review*, primeiro, em relação às atrocidades e às improficuidades administrativas, segundo, daria oportunidade aos cidadãos prejudicados de recorrer e contraditar determinadas decisões dos órgãos de administração pública perante os tribunais competentes e, terceiro, abriria espaço para a tutela e controle externo do aparelho Administrativo.

Por outro lado, há os chamados recursos gratuitos, que são remédios administrativos que permitem aos particulares requererem aos entes administrativo que violaram determinado limite da legalidade (portanto, este recurso é dirigido ao próprio órgão que teria ferido os limites de legalidade imposta pela lei), o que se assemelha com o julgamento de própria causa, sendo ineficaz para se contrapor aos abusos da Administração Pública.

Como dito anteriormente, em nível de competência material os Tribunais administrativos julgam os atos da administração na sua relação com os particulares, enquanto que os tribunais comuns julgam causa cível e criminais⁶ e, nesse contexto, para a concretização da judicialização em Moçambique, afastar-se-ia a competência dos tribunais judiciais ou comuns, assim como da corte constitucional de apreciar e decidir

5 A UNICEF detectou irregularidades na aplicação do orçamento direcionado a saúde em Moçambique, correspondente a 8,7% do todo, avaliado em 26 mil milhões de maticais do orçamento do estado. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

6 Os tribunais comuns não gozam de competência para conhecer matérias administrativas, tal como previsto no artigo 223 da Constituição da República de 2004, que enuncia que os tribunais judiciais são tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurisdicionais

em matéria relacionada a efetivação do direito à saúde, que se trata de um assunto materialmente administrativo.

Em caso de Moçambique, em especial, a fundamentação da judicialização pode ser deduzida por meio das previsões legais, tal como consta do artigo 89 da Constituição da República, que garante a toda pessoa o direito à assistência médica e sanitária. E, de acordo com interpretação extraída da lei 7/2014 de 28 de fevereiro, que regula a questão do contencioso administrativo, considera-se que existem pressuposto legais para a judicialização em Moçambique, embora que, em termos práticos e jurisprudenciais, não se vislumbrem no cotidiano dos tribunais administrativos em Moçambique demandas sobre a saúde. Entretanto, as ações jurisdicionais para a concretização do direito subjetivo público à saúde podem ser concretizadas pelos tribunais administrativos, órgãos com competência material para apreciar os contenciosos administrativos, tal como estipula supramencionada lei, que no seu artigo 04 aduz o seguinte teor:

Artigo, (Tutela jurisdicional efetiva)

1 - O princípio da tutela jurisdicional efetiva compreende o direito de obter, em prazo razoável, e mediante um processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.

2 - A todo direito subjetivo público, ou interesse legalmente protegido, corresponde um meio processual próprio destinado à sua tutela jurisdicional efetiva.

Com base nos enunciados normativos acima aludidos, não restam dúvidas que o direito à assistência médica e sanitária constitui um direito subjetivo público, fundamental, positivado na constituição moçambicana, o que dá direito a todo cidadão de interpor uma ação para este fim, seja para fins curativos, preventivos ou de recuperação de quaisquer patologias.

O direito à saúde constitui um direito humano reconhecido pela Declaração Universal de direitos humanos, inerente a toda pessoa humana, e é categorizado como o direito de segunda geração, de suma importância. E, nesse sentido, o direito fundamental à saúde não se trata de meros desejos éticos, ou de meras pretensões programáticas esvaziadas de força normativa (Cf. HESSE, 1991). Os direitos fundamentais positivados são direitos juridicamente exigíveis, dada a força fática destas

normas constitucionais⁷. O direito à saúde deve ser um direito acessível e disponível para todo cidadão.

Moçambique ratificou a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, que reforça a proteção do direito à saúde previsto no artigo 16, que aduz que “toda pessoa tem direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de atingir” e, nesse âmbito, o país assumiu o compromisso ao nível internacional e regional de promover a saúde dos seus cidadãos.

A constituição moçambicana constitucionalizou o direito à saúde, garantido a universalidade e cobertura do atendimento. A universalidade está prevista no artigo 35 e 36 da Constituição da República de Moçambique.

Por outro lado, a universalidade é computada no âmbito da cobertura, que corresponde à ideia de que a todos os sujeitos de direito devem ser assegurados o direito de proteção em casos que estes careçam de uma intervenção médica e medicamentosa, seja de caráter terapêutico ou preventivo.

5 O direito à saúde e a experiência da judicialização no Brasil

O direito à saúde, no Brasil, constitui um direito universal e integral, garantido pela constituição brasileira de 1988, que impele ao Estado e os seus órgãos a concretização material desse direito fundamental, mediante políticas econômicas e sociais. Diferentemente de muitos países que adotam o regime contributivo ou participativo, ou até mesmo subsidiado, entretanto, o direito à saúde no Brasil é gratuito no âmbito do sistema público, que conta com um sistema Único de Saúde (SUS) implementado gradualmente pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), atendendo o princípio da descentralização, regionalização, universalização, solidariedade, universalização e integralização.

O financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) advém das receitas dos impostos dos entes da federação, a União, estados e municípios, que recebem os financiamentos direto e indireto da sociedade. Da mesma forma a contraprestação com os serviços de saúde, e cabem as três esferas dos órgãos estatais, a União, estados e municípios, no nível da sua competência.

7 HESSE (HESSE, 1991) entende que a Constituição não é um mero instrumento político, porém, jurídico, dotado de uma pretensão de eficácia normativa sobre o conteúdo que ela dispõe.

Não obstante, ao ensejo constitucional inerente ao direito à saúde, a realidade brasileira demonstra que o país ainda perpassa por deficiências no âmbito da efetivação plena deste direito fundamental. Órgãos da administração, incumbidos deste dever jurídico, não têm cumprindo essa missão, levando com que milhões de cidadãos procure o poder judicial para interferir na gestão dos entes administrativos, no fito de materializar o direito à saúde, o que tem suscitado diversos conflitos com outros poderes estatais que não dialogam funcionalmente e institucionalmente (NAKAMURA, CAOBIANCO, 2019, p. 63-85).

Uma das decisões recentes, datada do ano 2019, em torno da judicialização da saúde no Brasil, diz respeito ao RE 855.178 (POMPEU, 2019), no qual o Supremo Tribunal decidiu a respeito das responsabilidades solidárias dos entes da federação, no qual a corte reafirmou que cabe aos entes da federação, União, Estados e Municípios (federalismo cooperativo), a responsabilidade solidária na prestação de serviços e fornecimentos de medicamentos de acordo com as regras de competência fixadas anteriormente no texto constitucional, que decore do artigo 196 da constituição de federal de 1988.

Nessa senda, na ação para prestações de medicamentos pode figurar no polo passivo, como réu, qualquer um dos entes da federação, de acordo com as regras de competências fixadas no texto constitucional (NOGUEIRA, 2019, p. 8-26).

Na citada decisão do Supremo Tribunal consta a seguinte redação:

Tema 793: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competência e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

O problema de legitimidade da judicialização no Brasil é um aspeto ultrapassado, um objeto pacífico, no qual o poder judicial goza de legitimidade para interferir na esfera dos órgãos da administração quando estes demostrem ser ineficazes na materialização dos direitos econômicos e sociais garantidos constitucionalmente.

A questão da judicialização da saúde no Brasil sana as debilidades e ineficácia do Sistema Único de Saúde, mediante a intervenção do poder judiciários na gestão pública, garantido maior acesso do direito à saúde aos cidadãos, bem como revitaliza a

cidadania social, gerando a inclusão de diversos grupos sociais no acesso aos serviços de Saúde.

Por outro lado, queixa-se no país do excesso de ações judiciais, que impactam o orçamento público, fazendo com que muita parte do recurso público disponível para saúde seja alocado aos indivíduos e não à coletividade, o que acaba reduzindo a pretensão normativa do princípio da Universalidade. Note-se que, em 2016, o ministério da saúde despendeu R\$ 1.157.375.425,35 para atender exclusivamente 1.262 pacientes. Estima-se que, em 2018, ele tenha gasto R\$ 1,3 bilhão para cumprir as decisões judiciais.

Para um país com dimensão continental como Brasil, com aproximadamente 209 milhões de habitantes, apresentar gastos de 1,3 bilhão para 1.262 pessoas parece ser algo desproporcional e iníquo pela quantidade de recursos gastos para atender a uma parcela ínfima da população. Todavia, pesa o argumento diametralmente oposto que, para manutenção da vida, não existe preço ou valor a ser ponderado.

Os estados e municípios são os mais atingidos pelos custos financeiros gastos pela judicialização da saúde no Brasil (MOROZOWSKI, 2020), que são obrigados a reformular o orçamento previsto para atender os gastos com os processos de uma minoria da população. Nessa ótica, tem autores que defendem, até mesmo, a extinção da judicialização, pelo fato dessa subtrair direitos da coletividade em benefício de um grupo de pessoas que se valem das decisões judiciais.

Diante desse dilema da judicialização no Brasil, pode-se questionar se seria razoável manter a judicialização. Todavia, perfilhamos a tese de que a judicialização é um meio ou instrumento de cidadania social para efetivação dos direitos sociais em uma sociedade de acesso desigual dos bens constitucionais, onde a saúde faz parte do bojo. Nesse sentido, a judicialização viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais, mediante a intervenção do judiciário na administração pública, legitimado pela incapacidade dos órgãos de gestão, que negam os direitos fundamentais aos mais fracos da sociedade, alegando a falta de recursos e outros argumentos injustificados.

Portanto, a judicialização no contexto brasileiro nunca foi um perigo, o perigo é a falta de parâmetros cristalinos, o que leva à arbitrariedade decisória, onde cada juiz toma posições diferenciadas, mesmo para serviços ou fármacos de altos custos financeiros que deixam os estados e municípios na linha da margem orçamentária. O que tem criado um déficit orçamentário e limitado o acesso à saúde de outros cidadãos.

6 Microcomparação da judicialização da saúde: dos direitos sul-africano e queniano

O conhecimento dos casos da África do Sul e do Quênia pode ajudar a obter reflexões interessantes para Moçambique, e é por isso que a análise se faz válida aqui.

6.1 África do Sul

A Constituição sul-africana é datada de 1996 e passou por diversos processos de emenda constitucional, sendo que em 2012 incorporou no âmbito dos direitos fundamentais o direito à saúde, alimentação, água e à segurança social, previsto na seção 27 da constituição, que garante a todos cidadãos uma vida adequada condigna. O direito à saúde envolve também a garantia especial ao acesso à nutrição básica às crianças, assim como à saúde reprodutiva (DITTRICH, 2017, p. 242).

A questão da judicialização da saúde tem sido um instrumento apropriado frequentemente pelos cidadãos sul-africanos para impugnar uma decisão administrativa dos órgãos do governo quando não favorável ao cidadão e, com isso, tem contribuído significativamente para a eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que as cortes podem apreciar as decisões dos órgãos administrativos, diferentemente do ordenamento jurídico moçambicano, que conta com um sistema romano-germânico e um modelo de justiça administrativa inspirado no sistema francês, que em regra não admite a judicialização da saúde em nenhuma circunstância, que relega a concretização dos direitos fundamentais aos critérios das políticas públicas.

Os tribunais sul-africanos registram consideráveis números de processos relacionados aos conflitos inerentes à judicialização da saúde, pois vários casos já foram julgados pelo Tribunal Constitucional e tribunais comuns, envolvendo a Administração Pública e os cidadãos de diversos lugares da África do Sul que requeriam a intervenção judicial para provimento de fármacos e assistências terapêuticas na África do Sul.

Um dos casos paradigmáticos foi *Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, caso CCT 32/97 (1997), julgado pelo Tribunal Constitucional, no qual o recorrente, o senhor Soobramoney, era diabético e apresentava doença isquêmica do coração. Em um período em que os seus rins se demonstravam debilitados em 1996, ele

foi diagnosticado com insuficiência renal irreversível, crônica. À vista disso, ele pediu para ser colocado no programa de diálise do Hospital Estadual Addington. E, por causa dos recursos limitados do hospital, o mesmo foi incapaz de oferecer diálise a todos aqueles que sofriam de insuficiência renal desta natureza e, como resultado, o hospital seguiu com as políticas rigorosas que apenas os pacientes com insuficiência renal aguda são os que poderiam ter o acesso automático. Ainda de acordo com as políticas do mesmo hospital, configuravam como elegíveis as pessoas com insuficiência renal aguda que necessitavam de transplante de rim, e o senhor não era elegível para um transplante de rim.

O recorrente alegou que o hospital estava obrigado a fazer tratamento de diálise à sua disposição, para cumprir com as seções 27 (3) e 11 da Constituição de 1996, que aduz que a ninguém pode ser recusado tratamento médico, pois todos têm o direito à vida.

Nessa disputa, o tribunal decidiu em favor do hospital de Addington, ao considerar que a seção 27 da Constituição era dependente dos recursos disponíveis para oferecer tratamentos ao público. O tribunal analisou o orçamento do departamento da Saúde em KwaZulu-Natal e descobriu que, tal como se apresentava, o departamento de saúde não dispunha de fundos suficientes para cobrir os serviços exigidos pelo cidadão, já que os serviços prestados ao público anteriormente demandavam gastos ao orçamento (DITTRICH, 2017, p. 242).

O tribunal também constatou que embora a frase “tratamento médico de emergência” pudesse estar sujeita a uma interpretação ampla, e que nem sempre há uma necessidade de uma declaração positiva e específica, poderia haver espaço para reinterpretação alternativa, e não apenas um sentido comum do texto constitucional. Se a seção 27 fosse interpretada como garantia de qualquer desejo unipessoal, seria substancialmente mais difícil para o Estado fornecer serviços de saúde para “todos”, tendo em conta os recursos limitados (IBIDEM).

O tribunal entendeu que deve se priorizar o tratamento para doença em estado terminal, ou doenças ameaçadoras à vida. O tribunal considerou que tais interpretações específicas precisam ser positivadas e declaradas na seção 27 para justificar tal conclusão. A diálise por insuficiência renal crônica não se classificou como elegível.

O Tribunal entendeu que a decisão final sobre questões de gestão dos serviços médicos e hospitalares, naquele caso em concreto, diziam respeito aos órgãos políticos e administrativos que concretizam as políticas orçamentárias do Estado.

O tribunal baseou a sua decisão a partir de um critério econômico e não moral, como tem sido corriqueiro em muitos casos no Brasil, que é um país da América do Sul com elevado número de processo relacionado à saúde, o que tem interferido diretamente nas políticas orçamentárias do Estado ao desfazer com o orçamento previsto (ZEBULUM, 2019, p. 16-33).

6.2 Quênia

A constituição de Quênia de 2010, prevê no artigo 40 que toda pessoa tem o direito ao mais alto nível de saúde possível, que inclui os serviços de saúde e o devido provimento farmacêutico, assim como a saúde reprodutiva.

No tocante aos casos processuais inerentes ao direito à saúde, aparece no leque dos casos *Okwanda v. Minister of Health and Medical Services, et al.* (2012) (IBIDEM).

O petionário procurou atendimento médico urgente de sua doença terminal com risco de vida, que dava início a hipertrofia. E, nesse âmbito, o mesmo reclamou seus direitos sociais e econômicos fundamentais, nos termos do artigo 43 da Constituição do Quênia, assim como as proteções especiais para os membros mais velhos da sociedade, assegurado no artigo 57. E ele afirmou que seus pedidos de tratamento gratuito eram legítimos,⁸ tal como a constituição especificamente destinava-se a proteger os membros pobres e marginalizados da sociedade. Em resposta, o Estado argumentou que o petionário não definiu uma clara violação, não identificou claramente a violação constitucional, e não ofereceu um fundamento de ação razoável. Ele declarou que o artigo 43 garantia uma realização progressiva dos direitos sociais e econômicos no âmbito recursos disponíveis.

⁸ Moçambique é um país geograficamente próximo da África do Sul, com o qual Moçambique mantém boas relações diplomáticas. Porém, a África do Sul se mostra avançada no âmbito das discussões constitucionais que, por conseguinte, seria um excelente espaço de estudo comparado. Portanto, a judicialização da saúde é possível no âmbito do direito sul-africano, que permite que o judiciário faça interferências necessárias no âmbito da gestão política do governo, permitindo a correção ou revisão jurisdicional dos atos de gestão da administração, quando provocado pelo cidadão ou o Ministério Público.

Na interpretação do artigo 43, o tribunal também referenciou o artigo 20 (5), em que a constituição determina que, ao aplicar qualquer direito nos termos do artigo 43, deve-se atentar aos recursos escassos do Estado.

A decisão norteou-se, por sua vez, na disponibilidade dos recursos existentes, sendo que os direitos sociais são direitos efetivados progressivamente, atendendo à programaticidade desse direito, vinculado às políticas governamentais do Estado. Por fim, o tribunal entendeu que caberá a entidades políticas administrativas a gestão e locação dos serviços e substâncias curativas, que são da inteira responsabilidade dos órgãos administrativos do Estado.

À luz das decisões supra, reitera-se a conclusão que a judicialização não constitui um perigo como vem sendo difundido pela doutrina contrária à judicialização, pelo contrário, a judicialização é um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais e mecanismo de controle direto dos entes da administração, contando com participação do cidadão e poder competente para exercer a jurisdição em casos concretos.

7 A democratização da saúde por meio da judicialização administrativa em Moçambique

Em 1997, o Sistema Nacional de Saúde adotou modelo de saúde participativo, contando com a contribuição dos cidadãos, que participavam economicamente do sistema de saúde, mediante pagamento de uma taxa fixa, e esse modelo demonstrou-se ineficaz, pois limitava o acesso à saúde aos cidadãos, visto que, na mesma época, 30% da população encontrava-se desempregada e 68 por cento da população era analfabeta e, em 1991, o país foi obrigado a reformar o Sistema Nacional de Saúde mediante Lei nº 25/91(14), à luz da Constituição da República de 1990, que se alinhava com os princípios constitucionais do Estado de direito democrático, que garantia a assistência médica e sanitária aos cidadãos, como direitos fundamentais, e foi no período que o país conheceu a verdadeira democracia assente no Estado de direito democrático (MITANO, VENTURA, LIMA, BALEGAMIRE, PALHA, 2016, pp. 1-7).

As pessoas com uma renda econômica e financeira estável são os que realmente tem o acesso ao direito à saúde e se beneficiam do aparato institucional. Há, no entanto, dois níveis de cidadania social, que refletem as diferenças sociais existentes.

Por um lado estão os cidadãos incluídos, que gozam da capacidade aquisitiva e se beneficiam do sistema político, e, por lado, um grupo majoritário de cidadãos de baixa renda (pobres), os excluídos. Essa camada vive das migalhas do sistema (Cf. NEVES, 2011).

Diante desse dilema, das diferenças sociais existentes na sociedade moçambicana, a judicialização dos direitos sanitários configuraria como uma saída para a democratização da saúde, ou seja, a intervenção do judiciário seria pertinente para rever certas ações da administração públicas, que encurralam os cidadãos no acesso à saúde.

Diante deste imbróglio apresentando, insiste a tese da abertura do direito moçambicano para a concretização da judicialização administrativa. Mesmo que o assunto se demostre paradoxal, temendo-se os efeitos negativos enfrentados por alguns países na atualidade que vivem a excessiva intromissão do judiciário na política orçamentária do poder executivo. Entretanto, em um país como Moçambique, a judicialização assume papel jurídico diametralmente oposto e pertinente para reforçar o sistema de saúde, democratizando-o, para que as pessoas vulneráveis nessa relação possam ter a garantias jurídicas em seu favor perante o poder jurisdicional administrativo, bem como reforçaria a tutela administrativa interna e externa, elevando, com isso, o princípio da transparência dos atos públicos.

A judicialização configura como um instrumento contramajoritário de controle de decisões, justificada à luz da necessidade do petionário.

Todavia, há sempre um pretexto utilizado pelos órgãos gestores da saúde, pelo menos em Moçambique, que vinculam as suas decisões com os princípios administrativos inerentes ao interesse público, que é caracterizado por utilitarismo coletivo, como padrão universal de justiça distributiva, o que acaba desfavorecendo as pessoas singulares carenciadas, que realmente precisam desses serviços públicos.

O princípio do interesse público ou da coletividade deve ser ponderado com a necessidade emergente da pessoa singular (ÁVILA, 1998). O indivíduo deve ser o âmago do direito e não deve sofrer limitações advindas de uma coletividade abstrata intangível materialmente.

Considerações Finais

A questão da judicialização administrativa permanece um campo obscuro, não acessível juridicamente, em termos constitucionais, o que tem contribuído para a limitação do direito integral e universal à saúde. Portanto, inexistente um posicionamento da jurisprudência do Conselho Constitucional, nesse sentido, capaz de nortear os operadores de direito em Moçambique.

A dogmática jurídica constitucional moçambicana não concebe o direito à saúde como judicializável, porque trata-se de uma norma programática de eficácia limitada, dependente das políticas públicas do governo. A doutrina majoritária moçambicana parte da concepção que o direito à saúde depende estritamente da gestão da administração pública no âmbito dos recursos disponíveis.

Entre nós, o direito à saúde é judicializável, embora não praticável na cultura jurídica legalista moçambicana, pois existe uma previsão constitucional e legal inserida na ordem jurídica que autoriza os indivíduos a propor uma ação judicial para fazer valer o seu direito. A norma constitucional e ordinária moçambicana preconiza que a todo interesse legalmente protegido cabe uma ação. Todavia, o direito à saúde é indubitavelmente um direito subjetivo público ou um interesse legalmente protegido ao nível da constituição, imbricado ao direito à vida e à dignidade humana.

Por conseguinte, a judicialização é praticável, devendo guiar-se por parâmetros ou critérios objetivos para a judicialização da saúde em Moçambique, pautados na análise socioeconômica do país e em casos de evidente e graves violações da legalidade, procurando resguardar o interesse coletivo público da sociedade, previsto pelas políticas orçamentárias do Estado, por outro lado, sem desarmar o cidadão do acesso ao direito e à justiça. Portanto, o poder jurisdicional dos tribunais administrativos goza de um papel fundamental para o acesso à saúde dos cidadãos moçambicanos.

As fragilidades institucionais, as desigualdades estruturais que impactam na saúde e as questões de corrupção política podem ser atenuadas por meio participação da população, por via da judicialização, reforçando o controle externo e interno das instituições públicas por meio do recurso jurisdicional dirigido aos tribunais administrativos.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 24, p. 159-180, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903.

BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. In: *The principles of morals and legislation*. New York: Haffner Press, 1948.

CARTA Africana dos Direitos Humanos e dos Povos = AFRICAN Charter on Human and Peoples' Rights. 1 jun. 1981. Disponível em: < <https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights> >. Acessado em 08 de nov, 2019.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro. *Jus.com.br*. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783> >. Acesso em 17 mar. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DITTRICH, Rebecca. Healthcare priority setting in the courts: A reflection on decision-making when healthcare priority setting is brought to court. *F1000Research*, v. 6, p. 242, 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno; MAIA, Eduardo Gomes Ribeiro. Ativismo judicial: vontade de poder ou vontade de constituição? Uma leitura do instituto à luz do diálogo Hesse-Lassale. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas*, v. 5, n. 1, p. 375-391, 2019.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOPES, Luciana de Melo Nunes; COELHO, Tiago Lopes; DINIZ, Semíramis Domingues; ANDRADE, Eli Iola Gurgel de. Judicialização e jurisprudência: utilização da STA 175/CE em acórdãos em saúde no Estado de Minas Gerais. *Revista De Direito Sanitário*, v. 20, n. 1, p. 185-201, 2019.

LOUREIRO, João Carlos. Pauperização e prestações sociais na “idade da austeridade”: a questão dos três D’s (Dívida, Desemprego, Demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s) I – Crise(s), constitucionalismo(s) e escassez(es). *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 90, n. 2, p. 613-661, 2015.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

MITANO, Fernando; VENTURA, Carla Aparecida Arena; LIMA, Mônica Cristina Ribeiro Alexandre d’Auria de; BALEGAMIRE, Juvenal Bazilashe; PALHA, Pedro Fredemir. Direito à saúde: (in) congruência entre a estrutura legal e o sistema de saúde. *Revista latino-americana de enfermagem*, v. 24, n. 1, pp. 1-7, 2016.

_____.; VENTURA, Carla Aparecida Arena; PALHA, Pedro Fredemir. Saúde e desenvolvimento na África Subsaariana: uma reflexão com enfoque em Moçambique. *Physis*, v. 26, n. 3, p. 901-915, 2016.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 8/2015, de 6 de Outubro de 2015. Disponível em < <https://www.ta.gov.mz/Pages/default.aspx> >. Acesso em 14 maio 2020.

_____. Relatório da revisão do sector de saúde. 2013. Disponível em: https://www.uhc2030.org/Mozambique_health_sector_review.2012.pdf. Acesso em 17 jan. 2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Coleção Os Pensadores. v. XXI. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOROZOWSKI, Ana. *Judicialização da saúde*. Disponível em: < <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao-da-saude-valor-economico-12619/> >. Acesso em 25 jul. 2020.

NAKAMURA, Fernanda de Castro; CAOBIANCO, Nathália Melazi. A judicialização do direito à saúde em uma perspectiva comparada: Brasil e Colômbia. *Revista De Direito Sanitário*, v. 20, n. 1, p. 63-85, 2019.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOGUEIRA, Marcia Coli. O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 8, n. 4, p. 8-26, 2019.

POMPEU, Ana. Responsabilidade por fornecimento de remédios é solidária, reafirma Supremo. *Consultor Jurídico*. 22 maio 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-22/responsabilidade-fornecimento-remedios-solidaria-stf> >. Acesso em 20 jul. 2019.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/> >. Acesso em 14 maio 2020.

_____. Relatório do fundo das Nações Unidas para a infância, em Moçambique. Disponível em: < <https://www.unicef.org/mozambique/sites/unicef.org.mozambique/files/2019-04/2018-Informe-Orcamental-Saude.pdf> >. Acesso em 23 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Atividades da OMS na Região Africana: 2017-2018 - Relatório da Diretora Regional. Disponível em: < <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274034/AFR-RC68-2> >. Acesso em 14 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STEFANO, Zamagni. Una crisi di senso, cioè di direzione. *Studium*, v. 1, p. 58-83, 2013.

SOUTH AFRICA. Constitution (1996). Disponível em: < <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1> >. Acessado no 14 de Fev, 2020.

ZEBULUM, José Carlos. Decisões judiciais na saúde, um campo propício para a interferência de convicções pessoais de cada juiz: análise da jurisprudência de quatro tribunais de justiça. *Revista De Direito Sanitário*, v. 19, n. 3, p. 16-33, 2019.

Submetido em 04 de junho de 2020.

Aprovado para publicação em 11 de agosto de 2020.

