



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde no Brasil.

Fernanda da Mota Labanca

Rio de Janeiro
2016

FERNANDA DA MOTA LABANCA

A Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde no Brasil.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.

Fernanda da Mota Labanca

Graduada pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro – PUC-Rio. Advogada.

Resumo: O presente trabalho apresenta estudo acerca da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. Com o objetivo de compreender melhor o tema, o trabalho apresenta aspectos históricos, sobretudo acerca da natureza jurídica do direito à saúde no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Além disso, discute o papel do Poder Judiciário e sua atuação na efetivação do direito à saúde, através da análise da evolução jurisprudencial sobre o tema. Destaca, ainda, as principais críticas à atuação judicial, especialmente no que tange a possibilidade de ofensa ao princípio isonômico, a separação de poderes, a reserva do possível. Por fim, busca apresentar parâmetros de atuação dos magistrados na questão da saúde pública.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Judicialização. Ativismo judicial. Direitos sociais. Direito à Saúde. Estado democrático. Separação de Poderes. Reserva do possível.

Sumário: Introdução. 1. O Direito à Saúde e a Constituição Federal de 1988. 2. O papel do Poder Judiciário. 3. A tutela jurisdicional do direito à saúde: críticas e parâmetros de atuação judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute o papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil diante do tratamento dado ao direito na Constituição Federal de 1988. Para tanto, se propõe a traçar algumas considerações úteis acerca do assunto objetivando trazer à lume os aspectos mais relevantes do direito à saúde como objeto da tutela jurisdicional abordando posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

O direito à saúde, por estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, recebe na Constituição Federal de 1988 proteção jurídica diferenciada, possuindo status de direito social fundamental, e, portanto,

aplicabilidade imediata, além de elencá-lo como um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido de forma igual e universal.

Sendo um direito de segunda dimensão, prestacional, depende da edição de políticas públicas para sua efetivação no plano fático. Quando essas políticas públicas não são editadas, ou quando são ineficientes, o judiciário assume um papel ativo na efetivação do direito ao garantir tutela individual às prestações de saúde, como medicamentos, aparelhos e tratamentos. A jurisprudência pátria é extremamente vasta e reflete a efetividade e a força normativa que a constituição passou a ter nos últimos anos.

O tema é controvertido e merece atenção, sendo inegável sua importância na atualidade, qualquer que seja o prisma adotado, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas questões de políticas públicas.

O primeiro capítulo do trabalho busca analisar a natureza jurídica do direito à saúde no Brasil na Constituição Federal de 1988, qual seja, de direito social fundamental, subjetivo, sua aplicabilidade direta, assim como os princípios que regem a saúde pública no Brasil.

No segundo capítulo, busca-se destacar o papel do Poder Judiciário, elencando as causas do estreitamento entre justiça e política como uma das características marcantes do Estado constitucional de direito, bem como a diferenciação entre judicialização e o ativismo judicial.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a evolução jurisprudencial sobre o tema, apontando as principais críticas doutrinárias e os parâmetros de atuação judicial propostos.

Em que pese o importante papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, é importante refletir sobre os limites de atuação, pois embora seja um direito essencial que deve ser garantido e promovido por todos os poderes, deve ser ponderado

com outras normas, especialmente com as normas constitucionais que preveem a separação de poderes, a igualdade, a democracia e a legalidade orçamentária.

1.0 DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 possui um forte cunho social, sendo a mais comprometida com um Estado Democrático de Direito se comparada com as constituições que a antecederam. Percebe-se que o constituinte optou por uma ordem de valores baseada no protagonismo do ser humano, que é o fundamento e fim último do Estado Democrático de Direito, consoante o art. 1º, II que elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado.¹

Não há precedente na história brasileira de uma Constituição que tivesse garantido a proteção tão ampla a direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde se destaca. Se antes, ele era objeto apenas de normas esparsas, restrita apenas aos trabalhadores inseridos no mercado formal, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ordem constitucional brasileira, assumindo papel vanguardista em relação a outros sistemas constitucionais, consagrou a saúde como um direito social fundamental em sentido material e formal, garantido a todos os brasileiros.

Isso significa que os direitos sociais, tal como a saúde, passaram a ter a mesma fundamentalidade dos direitos e garantias individuais. Sendo assim, formalmente, a Constituição garante à saúde um regime jurídico de proteção reforçada, qual seja, a superior hierarquia axiológica de que gozam os direitos fundamentais.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 20 out. 2016.

No mesmo sentido, há uma série de limites formais, uma vez que se exige um procedimento legislativo complexo para a alteração dos dispositivos constitucionais a respeito do direito à saúde em uma eventual reforma constitucional e limites materiais, a fim de garantir o conteúdo das normas.

Além disso, o status dado ao direito à saúde de direito fundamental garante a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais que consagram tal direito, tendo em vista a interpretação conjunta dos artigos 5º, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal de 1988, que garantem, aplicabilidade imediata as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, e que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Por outro lado, a fundamentalidade em sentido material, fica clara em razão da importância da saúde para a manutenção da vida do ser humano, assim como para a fruição dos demais direitos garantidos ao indivíduo, sobretudo em uma Constituição que tem como fundamento o ser humano. Nesse sentido, ainda que exista uma série de controvérsias quanto aos limites e formas que deve ser realizado, é inegável que há um consenso que a saúde deve ser protegida e promovida.²

O Capítulo II ('Dos Direitos Sociais'), do Título II ('Dos Direitos e Garantias Fundamentais'), no art. 6º da Constituição Federal, elenca, entre os direitos sociais, o Direito à Saúde. Além disso, a saúde possui uma normatização pormenorizada no Título VIII ('Da Ordem Social'), Capítulo II ('Da Seguridade Social'), Seção II ('Da Saúde'), entre os art. 196 e 200.

² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à Saúde*. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2015. p. 36.

No que tange ao direito à saúde, o art. 196 elenca como princípios a universalidade e a igualdade de acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, bem como reconhece ser um direito de todos e dever do Estado.

De igual modo, os princípios informadores da saúde pública podem ser extraídos dos art. 194 e 198, quais sejam, o princípio da universalidade, que compreende a saúde como direito de todos os brasileiros, sem qualquer condição para sua fruição, com acesso universal e igualitário; o caráter descentralizado e democrático da administração; o atendimento integral, compreendido como a prevenção, promoção e recuperação. Por fim, a regionalização e hierarquização a fim de que haja uma distribuição espacial dos serviços e recursos humanos.³

A Constituição, ao elencar os princípios e diretrizes pelos quais deve ser concretizada a estrutura institucional de implementação da saúde, torna possível considerar o Sistema Único de Saúde (SUS), como uma garantia fundamental, tendo em vista a amplitude e detalhamento feito em nível constitucional.⁴

Quanto à competência, a Constituição confere competência legislativa para proteção e defesa da saúde concorrentemente aos entes federados. De acordo com o art. 24, parágrafo 1º da Constituição a União deve estabelecer normas gerais; os Estados consoante art. 24, parágrafo 2º, a suplementação da legislação federal e os Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, assim como suplementar a legislação estadual e federal (art. 30, I e II).

Administrativamente a competência é comum à União, Estados e Municípios, consoante art. 23, II, podendo todos os entes federados formular e executar políticas de saúde. A Constituição prevê ainda que deve haver uma cooperação entre os entes.

³ RIGOLDI, Viviane. *A Tutela jurisdicional da Saúde sob o enfoque do princípio da Igualdade*. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f5d21999da31330> > Acesso em: 20 de março de 2016. p.8

⁴ FIGUEIREDO, op. cit. p. 14

Destaque-se, ainda, que, como direito fundamental, o direito à saúde possui uma dimensão subjetiva e uma objetiva. A subjetiva se reflete no fato de que o direito à saúde gera um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas que podem ser tanto de direitos de defesa como de direito a prestações. Como direito de defesa o direito à saúde garante o direito a saúde individual e pública na medida em que veda ingerências indevidas sob a esfera jurídica do titular do direito tanto do Estado como de particulares.⁵

Já como direito a prestações, engloba não somente o direito a prestação em sentido *lato* como o direito a prestação em sentido estrito. Dessa forma, é garantido ao indivíduo o direito à organização e procedimento, à implementação de instituições e serviços, procedimentos de acesso, regulamentação da participação e do controle social, enfim, a implementação dos serviços e ações de saúde como previsto no texto constitucional.

Outrossim, em sentido estrito, a prestações materiais, que consistem na exigibilidade de diversos tipos de prestação, inclusive na via judicial como o fornecimento de medicamentos, tratamentos, cirurgias. Logo, se trata de um direito subjetivo sem restrições. Por sua vez, em sua dimensão objetiva os direitos fundamentais, como valor ou bem jurídico, exige do Estado e da sociedade a necessária proteção.

Como é cediço, os direitos sociais, como o direito à saúde, são direitos de segunda dimensão ou geração, prestacionais, e geram um custo maior para sua efetivação, uma vez que, como destacado, necessitam da edição das chamadas políticas públicas, que devem ser desenvolvidas pelo Estado. Nesse sentido, sua concretização assume papel fundamental na proteção das mais diferentes esferas pelas quais se manifesta e desenvolve o ser humano, sobretudo na sociedade brasileira que é marcada por índices altos de desigualdade social.

⁵ Ibid., p. 49.

Isso porque, de nada adianta a Constituição garantir formalmente o direito à saúde se, no plano fático, não existirem mecanismos para que haja a sua efetivação. Indispensável, portanto, um maior comprometimento das instituições nacionais na busca do modo mais seguro e eficaz de garantir a saúde pública no Brasil, através de políticas públicas eficazes.⁶

Dessa forma, os entes ficam vinculados a adotarem as medidas necessárias à implementação dos comandos constitucionais, inclusive aqueles positivados eminentemente sob a forma de princípio. Quando não se tem uma política pública para garantir a saúde do indivíduo, ou quando apesar de existir não é eficiente, não alcançando o fim social a que se destina, a judicialização e o ativismo judicial ganham força na efetivação do direito fundamental à saúde. Todavia, é indispensável que se reflita sobre os limites e possibilidade de atuação do Poder Judiciário.

2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

No Estado constitucional de direito, que se consolida na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial, a Constituição tem status de norma jurídica e como tal, além de disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, acaba por estabelecer limites para o seu conteúdo e impõe deveres de atuação do Estado.⁷

Entende-se por jurisdição constitucional a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais, englobando duas atuações. A primeira a aplicação direta da Constituição a situações nela contempladas e a segunda uma atuação da

⁶ RIGOLDI, op. cit., p.9

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. In: Coordenadores George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais Estudo em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Juspodium, 2012, p. 366

aplicação indireta da Constituição, quando o intérprete faz o controle de constitucionalidade e quando atribui o melhor sentido a norma constitucional.⁸

A judicialização é um fenômeno mundial, que significa que questões relevantes do ponto de vista social e política estão sendo decididas pelo Poder Judiciário. Inúmeros exemplos de judicialização deixam evidente o estreitamento entre a política e a justiça de modo que a divisão entre criação e interpretação do direito muitas vezes não é clara.

Luís Roberto Barroso, aponta três principais causas para o fenômeno da judicialização. A primeira é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas. Segundo porque há uma evidente crise de representatividade no parlamento. A terceira é que atores políticos, com frequência, preferem deixar questões polêmicas para que o judiciário decida.⁹

O ministro destaca que o Brasil conta ainda com uma peculiaridade que contribui para que a judicialização tome uma proporção maior que é o fato da Constituição Federal de 1988 ser extremamente analítica e abrangente. Em suas palavras,¹⁰ “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹¹ atribui a judicialização da política no Brasil, além das causas já referidas, ao estilo da Constituição brasileira, “suas ambiguidades, seus defeitos de redação, a imprecisão de sua linguagem, abundância de princípios cogentes, e, sobretudo, a multiplicação de instrumentos judiciais de atuação ou controle sobre as políticas de governo e sobre o proceder dos demais Poderes”.

⁸ Ibid, p. 367.

⁹ Ibid, p. 369.

¹⁰ Ibid.

¹¹ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas implicações. In: Coordenador José Carlos Francisco. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional, do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p. 223.

Consequentemente, diversas questões relevantes política e socialmente já foram decididas pelos tribunais superiores, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, merece destaque a questão da judicialização das prestações de saúde em que diversas audiências públicas foram realizadas a fim de debater a questão perante o STF, visando buscar parâmetros de atuação judicial.

Sendo assim, a judicialização torna-se inevitável, pois é consequência do modelo institucional adotado, não sendo uma opção política do judiciário, o qual ao ser provocado tem o dever de se pronunciar sobre o pleito.

Vale ressaltar, entretanto, que dependendo da forma como o juiz se manifesta poderá haver o ativismo judicial. Enquanto a judicialização é uma consequência do modelo institucional brasileiro, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido de alcance”.¹²

Luís Roberto Barroso¹³, ressalta como espaço inequívoco do Poder Judiciário:

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre as normas ou fazer escolhas fundamentadas [...].

3. TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE: CRÍTICAS E PARÂMETROS DE ATUAÇÃO JUDICIAL

¹² BARROSO, op. cit., p. 372.

¹³ Id., Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016, p. 21.

A tarefa de dar efetividade aos direitos sociais é um grande desafio, que em relação à saúde no Brasil, assume contornos dramáticos. Primeiro porque, como é cediço, se trata de um direito fundamental social em que os custos inerentes para efetivação são naturalmente maiores, uma vez que necessitam da edição de políticas públicas, demandando altos investimentos. Além disso, o Brasil é um país de dimensões continentais, em desenvolvimento em que os custos com a saúde aumentam exponencialmente.

Se por um lado, a evolução tecnológica representa um ganho em qualidade dos serviços de saúde, por outro, os serviços ficam mais caros. Soma-se a isso o fato de que hoje a população vive mais tempo, demandando mais por serviços de saúde. Ademais, há a má gestão dos recursos públicos e lamentavelmente os desvios de corrupção. Esse contexto acaba gerando um cenário em que a demanda por serviços de saúde supera em muito a oferta.

A expressão “judicialização das políticas de saúde” é utilizada quando um direito a proteção da saúde for reclamado judicialmente perante a Administração Pública e o fundamento desse direito passa por compreender a constitucionalidade ou a legalidade de um comportamento comissivo ou omissivo do Poder Público no que tange as políticas de saúde.

Em um primeiro momento, no que tange à tutela judicial do direito à saúde, se negou aplicabilidade direta, de modo que, os tribunais possuíam um posicionamento tradicional no sentido de que os direitos sociais em geral não seriam autoaplicáveis. Os argumentos utilizados estavam sempre ligados ao princípio da separação de poderes, invocando a ausência de lei regulamentadora, a não aplicabilidade direta da norma constitucional, a ausência de dotação orçamentária específica e de previsão legal.

Entretanto, houve na jurisprudência do STF um *turning point* em alguns precedentes. Um que se destaca, podendo ser usado como *leading case*, é o AgRg-RE nº 271.286/RS, que teve como relator o ministro Celso de Mello, e é utilizado como fundamento de decisões, principalmente no que tange ao fornecimento de medicamentos.

No julgado o ministro reconhece o direito à saúde como um direito público subjetivo, a qual representa consequência indissociável do direito à vida, tendo eficácia plena e auto aplicabilidade. Ele destacou que a interpretação da norma programática (art. 196, CF) não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. Logo, é possível que se formule demandas ligadas ao direito fundamental à saúde com base diretamente no dispositivo constitucional.¹⁴

Essa linha jurisprudencial foi confirmada em diversos outros julgados, a exemplo da ADPF 45, em que o também ministro Celso de Mello firmou posição no sentido da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, de modo que não seriam uma questão exclusivamente política, mas que se sujeitariam a limites jurídicos que condicionam a sua validade.

Essa virada jurisprudencial, que reflete a normatividade e a efetividade da Constituição, acabou gerando uma judicialização excessiva do direito à saúde com base em precedentes genéricos, de modo que, é importante se questionar o que compreende o direito à saúde. Segundo a Organização Mundial da Saúde, o conceito de saúde é extremamente amplo, compreendendo o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças.

Nesse sentido, a falta de uma diretriz objetiva do supremo ocasionou uma avalanche de ações com pedidos sem urgência, tratamentos ir razoáveis, além do

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg-RE n. 271.286/RS. Relatora: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo210.htm#Medicamentos para Pacientes com AIDS \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo210.htm#Medicamentos%20para%20Pacientes%20com%20AIDS%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)) >. Acesso em: 30 maio. 2016.

fornecimento de aparelhos, financiamento de tratamentos de saúde e medicamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde.

Em março de 2009, objetivando redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde, o supremo realizou audiências públicas, em que o STF ouviu diversos setores da sociedade, traçando critérios de atuação do magistrado.

O primeiro critério seria que, existindo política pública estatal que envolva o pedido da parte, o Judiciário estará apenas determinando o seu cumprimento, já no caso de não existir a política estatal, deve-se analisar se a ausência decorre de omissão legislativa ou de decisão administrativa. Em casos de solicitações de medicamentos, é necessário o registro na ANVISA, bem como exame judicial acerca das razões pelas quais o Sistema Único de Saúde (SUS) não o fornece. Deve ainda ser dada preferência ao tratamento oferecido pelo SUS, salvo se provado que o tratamento oferecido pelo SUS não é eficaz.

Refletindo a força normativa e a efetividade que a Constituição adquiriu nos últimos anos, a jurisprudência pátria no que diz respeito a efetivação do direito à saúde é extremamente farta. Com efeito, as normas constitucionais passaram a ter aplicabilidade direta e imediata pelo Poder Judiciário, o qual tem exercido papel importante na promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.¹⁵ Nesse contexto, o supremo proferiu importantes decisões; alguns julgados podem ser destacados.

A ministra Carmem Lúcia, em uma decisão emblemática, votou pela vedação a importação de pneus usados, dando prevalência a proteção constitucional dos direitos

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016, p. 3.

fundamentais à saúde e ao meio ambiente, em detrimento do alegado desenvolvimento econômico sustentável.¹⁶

O STF tem entendido que a omissão estatal na execução de políticas públicas decorrentes do dever de proteção e promoção da saúde justifica a intervenção do Poder Judiciário, afastando o argumento de uma violação ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido, cumprindo o seu dever constitucional, pode o Poder Judiciário em situações excepcionais determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que se configure como violação do princípio da separação de poderes.¹⁷

No AgRg – RE nº 393.175-0/RN, o ministro Celso de Mello destacou que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e a saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela constituição, e um interesse financeiro do Estado, o julgador deve privilegiar o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.¹⁸

No que tange à responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos, o supremo reconheceu a repercussão geral sobre o tema e ratificou o entendimento dominante da jurisprudência no julgamento do RE nº 855.178/SE, no sentido de ser solidária a responsabilidade entre os entes da federação, principalmente quando se tratar de pessoas carentes.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 101. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+101%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+101%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ag5xf9k>>. Acesso em: 30 maio. 2016.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg-RE n. 762.242/RJ. Relatora: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+762242%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+762242%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojn6y6p>>. Acesso em: 30 maio. 2016.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg-RE n. 393.175-0/RN. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>>. Acesso em: 30 maio. 2016.

Entendeu o julgado que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados, de modo que o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.¹⁹

Tal entendimento se fundamenta na interpretação conjunta do art. 196 com as normas a respeito das competências legislativas e executivas (art. 30, I, II e VII; e art. 24, XII e parágrafos 1º a 4º). Consequentemente, a corte entende que o cidadão pode escolher um dos entes federativos para ajuizar a ação e afasta a possibilidade de chamamento ao processo do ente federativo que não tenha sido incluído na demanda.

Questão importante se coloca em relação à legitimidade para propositura das demandas em defesa do direito à saúde. A propósito, o STF, assim como o STJ reconhecem a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para o ajuizamento de ações tanto coletivas, como individuais em função do caráter indisponível do direito e de sua relevância pública.²⁰ Outrossim, também em função da relevância pública do direito, o STJ considera irregular a suspensão do fornecimento de energia elétrica a hospitais e postos de saúde.²¹

Desde 2010, houve um aumento de 500% nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Naquele ano, o valor consumido foi de R\$ 139,6 milhões.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-Rg n. 855.178/SE. Relatora: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q6u8omz> >. Acesso em: 30 maio. 2016.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agr-RE n. 820-910/CE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+820910%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+820910%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o3frymm>>. Acesso em: 30 maio. 2016.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 831.010/RS. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600664095&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 30 maio. 2016.

Apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2,1 bilhões.²²

Hoje em que pese o Poder Judiciário exercer um importante papel na efetivação do direito à saúde, cumprindo o seu papel constitucional, a doutrina tem apontado uma série de críticas quanto a sua atuação.

A primeira delas se baseia no princípio da separação de poderes, sob o argumento de que a Constituição é uma diretriz sendo necessário a edição de uma lei regulamentadora específica. Nesse sentido, o Poder Judiciário, ao conceder o direito sem a edição da lei estaria agindo como legislador positivo, criando direitos sem lei e, portanto, violando o princípio da separação de poderes.

O artigo 196 da Constituição Federal é uma norma programática e tais normas não possibilitariam a exigibilidade de prestações positivas ou negativas do Poder executivo bem como providências normativas do Poder Legislativo.²³ O dispositivo dispõe ser tarefa dos órgãos executores de políticas públicas e econômicas e não através de provimentos judiciais. Dessa forma, as decisões judiciais no âmbito da saúde, ao condenar o Poder Público, por exemplo, ao fornecimento gratuito de um medicamento estaria alterando o arranjo institucional proposto pelo constituinte originário.

Outra crítica é a financeira, conhecida como o argumento da “reserva do possível”²⁴, que consiste na constatação de insuficiência de recursos públicos para a garantia dos direitos individuais e sociais, obrigando o Estado a fixar prioridades, sobretudo na efetivação do direito à saúde em que há um quadro de demanda maior que

²² Dados do Ministério da Saúde. Disponível em: [http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao / principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais](http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais). Acesso em 23 setembro 2016.

²³ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo. Atlas. 2015, p. 83

²⁴ CF. Assume duas vertentes, a reserva do possível fática que é constatar que não há recursos em todo o Estado para aquela determinada prestação e a reserva do possível jurídica que é a ausência de dotação orçamentária para a prestação.

a oferta e que os tratamentos possuem altos custos. Logo, a aplicação dos direitos sociais, estaria condicionada à existência de recursos financeiros do Estado. Por diversas razões, o Poder Judiciário não seria a instituição mais adequada para fixar tais prioridades e para definir a alocação dos gastos públicos.

Nesse contexto, surge uma crítica democrática, de carácter político-ideológico, no sentido de que, sendo os recursos públicos provenientes de impostos, pagos pelo povo, caberia ao povo decidir sua alocação, por meio de representantes eleitos. Dessa forma, quem deve definir como os recursos devem ser alocados seria quem carrega a legitimidade democrática dos votos, de quem foi eleito, através da lei orçamentária que é de iniciativa do chefe do executivo e cuja aprovação resulta da comunhão de vontades do Poder Executivo eleito e dos parlamentares. Ocorre que, quando se está diante de um quadro de judicialização excessiva das prestações de saúde em que o judiciário passa a ser o protagonista na implementação das políticas públicas, essa lógica se inverte.

Com efeito, o administrador e o legislador foram eleitos para estabelecer uma pauta de prioridades, no que tange às políticas sociais, não possuindo o judiciário tal função, uma vez que os juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos.

Além disso, há uma crítica técnico institucional, uma vez que o Poder Judiciário atua na lógica da microjustiça, ou seja, da justiça no caso concreto. Por outro lado, o Poder Executivo, atua na lógica da macrojustiça, possuindo uma visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem atendidas sendo o mais apto a otimizar a eficiência dos gastos públicos.

Outrossim, há o limite subjetivo da coisa julgada, na medida em que a decisão só atinge as partes do processo, o que limita o espectro do Poder Judiciário, sendo um entrave no que tange a efetivação do direito à saúde que é uma questão de macrojustiça, sendo mais eficaz a edição de uma política pública do que uma decisão individual. As políticas

públicas envolvem alocação de recursos públicos e um meio de solução do problema, sendo naturalmente vocacionada a macrojustiça e a justiça distributiva.

A doutrina aponta ainda uma crítica quanto a deficiência técnica do Poder Judiciário no sentido de que este não detém conhecimento específico para a instituição de políticas de saúde, não tendo como avaliar, por exemplo, a efetividade de determinado medicamento para a promoção da saúde. Ainda que disponha de peritos e laudos técnicos, a decisão do magistrado se baseia em um caso concreto.²⁵

Por fim, se fala na violação ao princípio da igualdade, uma vez que a tutela judicial do direito à saúde não atenderia a igualdade em seu sentido material. Isso porque, como é cediço, o acesso à justiça ainda sofre sérias restrições no Brasil, em que muitos Estados, por exemplo, ainda não possuem Defensoria Pública, sendo certo que, ao se enfatizar a tutela via judiciário, direciona-se os recursos para quem o acionar, que não tende a ser as camadas mais pobres, o que fere a igualdade, já que em um cenário de escassez é natural que se priorize os mais necessitados. Por outro lado, as políticas públicas de saúde devem seguir as diretrizes de reduzir as desigualdades econômicas e sociais.

Nesse contexto, fica evidente o conflito entre o interesse de poucos jurisdicionados contra os mesmos direitos e garantias do todo. A atuação administrativa é destinada a coletividade, de modo que, ao ser judicializada passa a ser oponível apenas aos demandantes, gerando a exclusão das minorias e inviabilizando a promessa constitucional da universalidade e igualdade de acesso às políticas de saúde.

Há ainda uma crítica em relação a legitimidade passiva nas demandas por prestações de saúde, uma vez que, a responsabilidade solidária entre os entes da

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016, p. 28.

federação, cria uma dificuldade administrativa e dispêndio desnecessário de recursos uma vez que três estruturas passam a defender a Fazenda Pública em juízo.

Em trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Luis Roberto Barroso, à época procurador do estado, destacou que o Brasil está diante de um quadro excessivo de judicialização das políticas de saúde, sendo uma “hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal”. Isso porque, na visão dele, a jurisprudência pátria é extremamente casuística, há uma série de decisões extravagantes que condenam a administração a tratamentos ir razoáveis, além de uma falta de critério e de voluntarismos diversos.²⁶

Nesse contexto, surgem diversas teorias que buscam dar um conteúdo adequado aos direitos sociais, tal como o direito à saúde, e conseqüentemente à sua tutela judicial. A teoria que prevalece no Brasil é a de que os direitos sociais possuem uma dupla dimensão: coletiva e individual.

Coletiva no sentido de que gera o direito coletivo a uma política pública razoável, e, por outro lado, uma dimensão individual, na medida em que dão origem a direitos subjetivos, mas que não são absolutos, ou seja, devem ser ponderados com outras normas, especialmente com as normas constitucionais que preveem a separação de poderes, a democracia e a legalidade orçamentária.

Tal teoria parece ser a mais adequada, pois, ao se adotar essa dupla dimensão, ela protege situações peculiares e não torna a norma de direito fundamental à saúde absoluta, ao estabelecer que deve haver uma ponderação com outras normas. O ordenamento jurídico dispõe de mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016. p.4

Alguns parâmetros específicos podem ser apontados a fim de tornar essa ponderação objetiva. Inicialmente, destaque-se que a reserva do possível, tanto fática quanto jurídica, não são suficientes, uma vez que para uma prestação específica sempre haverá recursos, a questão é se haverá recursos para todas as prestações de saúde, sendo primordial que se pense sob a ótica da macrojustiça, da justiça distributiva e não individualmente.

Por outro lado, a reserva do possível jurídica que impõe que haja uma dotação orçamentária específica é extremamente lesiva a efetividade do direito à saúde, ou seja, seria uma volta àquela jurisprudência inicial do supremo de que enquanto a norma fundamental não for regulamentada não existe direito subjetivo.

A ideia de igualdade fornece um parâmetro fundamental; deve-se questionar se é razoável a universalização da prestação pleiteada individualmente, de modo a garantir os princípios constitucionais da universalidade e igualdade de acesso.

Outro parâmetro é dar prioridade as ações coletivas em detrimento das ações individuais, que também se relaciona com o parâmetro razoável da universalização da prestação. Isso porque, no âmbito das ações coletivas, se exigirá um exame do contexto geral, das políticas públicas e dos recursos disponíveis. Além disso, o efeito das ações coletivas é *erga omnes*, garantindo a igualdade e a universalidade da prestação, de modo que o magistrado passa a ser obrigado a fazer uma análise razoável da universalização.

Ademais, se entende que as prestações ligadas àquilo que designa como mínimo existencial, compreendido como saúde preventiva e curativa naquilo que for essencial a vida, devem ser tuteladas imediatamente pelo Poder Judiciário. Todavia, em que pese o mínimo existencial ser invocado comumente, em matéria de saúde não pode corresponder a qualquer tratamento imaginável que, em determinado contexto, tenha alguma

potencialidade de produzir efeito positivo para o paciente, sob pena de inviabilizar todo o sistema.

Segundo Luís Roberto Barroso, a interferência judicial na efetivação do direito à saúde, quando já há lei regulamentando uma política pública, deve ter a marca da autocontenção, de modo a respeitar as opções legislativas e administrativas. Por outro lado, cumprindo o seu dever constitucional deve o judiciário agir onde não exista lei ou ação administrativa implementando os comandos constitucionais e quando havendo lei e atos administrativos estes não forem cumpridos.²⁷

Recentemente, o julgamento do RE 566.471, que discute o tema do dever de fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos de alto custo, foi interrompido pelo pedido de vista do ministro Luis Roberto Barroso após o voto do relator, o ministro Marco Aurélio.

O relator propôs dois critérios cumulativas como condição para que o Poder Judiciário determine a entrega de medicamentos não incluídos nas listas de fornecimento do Sistema Único de Saúde. O primeiro seria a imprescindibilidade, ou seja, o medicamento deve ser necessário e adequado para melhorar a saúde e/ou a qualidade de vida do paciente, inexistindo alternativa de eficácia similar incluída nos programas oficiais.

O segundo critério inovou na controvertida temática, ao impor como condição a necessidade, ou seja, o paciente deve demonstrar que ele e seus familiares próximos não possuem condições financeiras para arcar com os custos. Nesse sentido, a obrigação estatal seria subsidiária, utilizando as regras da legislação civil que regem a prestação de alimentos. A ideia é que as verbas públicas sejam direcionadas para os pacientes

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016, p. 22.

hipossuficientes que não disponham de meios razoáveis de obter os tratamentos excepcionais.²⁸

O voto trouxe, mais uma vez, o complexo debate da judicialização das políticas de saúde. A expectativa em relação ao voto do ministro Luis Roberto Barroso é grande, especialmente em razão dele ser autor do artigo mais completo sobre o tema quando era procurador do estado do Rio de Janeiro.²⁹

CONCLUSÃO

A efetivação do direito à saúde se insere em um problema bem maior, que é o da generalizada carência de países em desenvolvimento como o Brasil. O país é marcado por desigualdades sociais, havendo uma expressiva quantidade de cidadãos carentes e o Estado tem inúmeras necessidades que não encontram recursos suficientes para serem supridas. Nesse contexto, a implementação das políticas públicas no âmbito da saúde pressupõe a prestação do serviço público que é notavelmente complexo e caro, representando um grande desafio.

Em que pese a judicialização ser inevitável, consequência do modelo institucional adotado, não sendo uma opção política do judiciário, que ao ser acionado tem o dever de se pronunciar sobre o pleito, não deve ser um meio natural de definição de políticas

²⁸ MENDONÇA, Eduardo. *Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde*. Disponível em < <http://jota.info/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude#.V-q-iHQFPEE.facebook> > Acesso em: 24 de outubro de 2016.

²⁹ Autor do artigo mais completo sobre o tema (“*Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*”), nele o ministro propôs alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial. Segundo ele, em relação às ações individuais que pleiteiem medicamentos que estejam na lista do SUS, deve ser direcionada ao ente federativo que tenha incluído o medicamento em sua lista o medicamento. Já em relação às ações coletivas, a discussão sobre a inclusão de um novo medicamento nas listas do SUS, deve ser excepcional, tendo em vista que as complexas avaliações técnicas de ordem médica, administrativa e orçamentária competem preferencialmente aos Poderes Legislativo e Executivo. Por fim, a discussão sobre eventual inclusão do medicamento só deve considerar medicamentos de eficácia comprovada, excluindo os experimentais/alternativos e devem preferencialmente serem substâncias disponíveis e fornecedores situados no Brasil, além de privilegiar os de menor custo.

públicas. É essencial que haja um comprometimento maior do administrador público na edição de políticas públicas eficazes, diante da importância do direito à saúde para manutenção da vida.

O magistrado deve ser extremamente cuidadoso, uma vez que, precisa tomar decisões difíceis, ponderar o direito à saúde com vários aspectos importantes para a manutenção da ordem social e em consonância com os princípios descritos na Constituição Federal, sobretudo porque, muitas vezes, precisa ponderar o direito à saúde de um com o direito à saúde dos outros e, portanto, é essencial que a questão seja tratada sob a ótica da macrojustiça, a fim de garantir a promessa constitucional de acesso igualitário e universal às políticas de saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016.

_____, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. In: Coordenadores George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais Estudo em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Juspodium, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Lei 8090/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 11 mar. 2016.

COSTA, Mônica Cristina da. *A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado*. Disponível em < <http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/viewFile/77/80> >

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à Saúde*. 4. ed. Salvador. Juspodium. 2015.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas implicações. In: Coordenador José Carlos Francisco. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional, do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

MENDONÇA, Eduardo. *Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde*. Disponível em < <http://jota.info/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude#.V-q-iHQfPEE.facebook>> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo. Atlas. 2015.

MOURA, Elisangela Santos de. *O direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988> > Acesso em: 10 março 2016.

PERLINGEIRO, Ricardo. *A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado*. Disponível em < <http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/viewFile/77/80>> Acesso em: 20 de março de 2016.

_____, Ricardo. *A tutela judicial do direito público a saúde no Brasil*. Disponível em < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>> Acesso em: 20 de março de 2016.

PIVETTA, Lindorfer Pivetta. *Direito fundamental à saúde*. Revista dos Tribunais, 2014.

RIGOLDI, Viviane. *A Tutela jurisdicional da Saúde sob o enfoque do princípio da Igualdade*. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f5d21999da31330> > Acesso em: 20 de março de 2016.

SILVA, Edimar Carmo. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a restrição de direitos como tutela penal e o devido processo legal*. Disponível em < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7512 > Acesso em: 10 março 2016.