



Escola da magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Teoria das Escolhas Trágicas e o Direito à Saúde

Natalia Bodstein Trotte

Rio de Janeiro
2012

NATALIA BODSTEIN TROTTE

Teoria das Escolhas Trágicas e o Direito à Saúde

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 Júnior

TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS E O DIREITO À SAÚDE

Natalia Bodstein Trotte

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: Nos dias atuais, há preocupação crescente com a saúde em razão da finitude dos recursos e infinitude das demandas, equação cada vez mais difícil de resolver, diante do crescente desenvolvimento tecnológico e da retração da economia. O trabalho ora proposto enfoca a temática das escolhas que a administração faz em suas políticas públicas na área da saúde, que em sua grande maioria são trágicas, pois não conseguem satisfazer completamente os ditames que regem o texto constitucional. Para tal, estabelece o papel da Administração Pública e do Poder Judiciário diante dessas políticas, esse como um órgão de controle para que não sejam descumpridos preceitos constitucionais. Diante desse panorama, a judicialização da saúde nos últimos anos revela a crescente importância da saúde pública devendo ser discutida com certa urgência por parte dos governantes e com a própria participação da sociedade incluindo a ressignificação de certos valores da reforma sanitária e a revisão na forma de atuação do Estado em tais políticas. A dimensão humana da crise econômica de hoje e da desigualdade de sempre – que afeta os direitos sociais- deve ser pensada de imediato, sob pena de iniquidades sociais se ampliarem, com graves danos à saúde.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Saúde. Escolhas Trágicas. Judicialização. Políticas Públicas.

Sumário: Introdução. 1. A efetivação do Direito à Saúde na Constituição Federal. 2. As Escolhas Trágicas e sua Relação com o Princípio da Reserva do Possível. 3. Judicialização do Direito à Saúde. 4. Reflexão sobre as Medidas para Tornar Mais Efetivo o Direito à Saúde e Medidas Alternativas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde configura-se hoje como um ramo autônomo do direito administrativo. O nascente direito sanitário brasileiro, por cuidar da saúde humana, bem protegido pelo art. 6º da Constituição Federal e por vincular-se ao direito à vida (art.5º CRFB), merece destaque e profundos estudos em razão do grande arsenal de normas

constitucionais, legais e infralegais que conformam o direito à saúde.

O trabalho ora proposto enfoca a temática das escolhas que a administração faz em suas políticas públicas na área da saúde, que em sua grande maioria são trágicas, pois não conseguem satisfazer completamente os ditames que regem o texto constitucional.

Busca-se despertar atenção para a problemática em que o Estado se encontra no dever de garantir o mínimo existencial no tocante aos direitos sociais ou se deve definir um padrão de integralidade de atenção à saúde.

Diante desse panorama, pretende demonstrar quais seriam as escolhas trágicas a serem feitas na implementação de políticas na área da saúde devido à escassez de recursos e ao aumento das demandas, de forma que deva ser feito uma ponderação de interesses. É obrigação de o Estado garantir o direito à saúde de um único indivíduo que pleiteia judicialmente seu direito, respaldado no texto constitucional, ou guardar aquela verba para que possa ser atendido o maior número de pessoas que se beneficiar?

A judicialização da saúde nos últimos anos revela a crescente importância da saúde pública e deve ser discutida com certa urgência por parte dos governantes e com a própria participação da sociedade incluindo a ressignificação de certos valores da reforma sanitária e a revisão na forma de atuação do Estado em tais políticas.

Para tal, se estabelece o papel da Administração Pública e do Poder Judiciário diante dessas políticas, esse como um órgão de controle para que não sejam descumpridos preceitos constitucionais.

A situação cada vez mais dramática do sistema de saúde brasileiro exige urgente reestruturação, que deverá ocorrer pelo bom senso dos administradores em suas escolhas ou por meio do cumprimento coercitivo das decisões do Poder Judiciário. Caminha-se, assim, rumo à tentativa de buscar soluções como, por exemplo, uma maior efetividade na

implementação de políticas públicas na área da saúde, de forma preventiva, e a conciliação para a solução desses conflitos quando já estiverem na esfera judicial.

1. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No exercício dos poderes, o Estado desenvolve atividade administrativa para realizar seus fins de acordo com a ordem jurídica (função administrativa objetiva), por meio de um conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas com a incumbência de executar as atividades administrativas (função administrativa subjetiva). A Administração Pública, sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes Estruturais do Estado¹, haja vista que todos os Poderes exercem funções administrativas no desempenho de suas funções.

No estado Democrático de Direito existe uma nítida separação entre Governo e Estado, porque o exercício do mandato confere ao seu titular a autonomia da vontade, sujeitando o governante apenas aos ditames de sua consciência, haja vista que este não está vinculado àqueles que o elegeram, nem tão pouco aos programas apresentados no momento da eleição.

A efetivação desse direito está a depender de escolhas públicas dos governantes que traçam as políticas a serem implementadas. Os demais Poderes Públicos também desempenham papel relevante. A atuação do legislador define os limites e orçamentos para o custeio das ações sociais e estão diretamente relacionadas com os ditames da responsabilidade fiscal e da garantia conferida pelo judiciário, a quem compete ser guardião da Constituição e zelar pela correta aplicação das leis para a concretização do direito à saúde.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.7.

A Constituição² brasileira, em seu art. 196, estabeleceu como dever do Estado e direito de todos, à saúde:

Art. 196. A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O dispositivo constitucional traz consigo um conceito jurídico indeterminado, na medida em que consagra a “saúde” como seu elemento essencial. Como se percebe, o vocábulo se traduz no estado de quem é, são ou de quem tem funções orgânicas no seu estado normal, ou seja, a saúde é atributo da pessoa humana.

A saúde também se traduz em um direito social, em um bem público exigível do Estado pelos cidadãos. Para tanto, o art. 198 da Carta Maior estabelece que as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada em um sistema único, organizado com base na descentralização política e a autonomia dos entes federados, conferindo liberdade de atuação da iniciativa privada de forma complementar.

A partir da edição da Lei 8.080/90 (Sistema Único de Saúde), o legislador conferiu certa aplicabilidade ao dispositivo constitucional (art. 196 da CRFB), fato que ensejou a atuação positiva dos entes federativos na realização das políticas públicas de saúde, observando o princípio da reserva do possível e a reserva de orçamento. No entanto, as ações públicas não se esgotam apenas no núcleo elencado pelo SUS; é preciso lembrar-se da permanente evolução tecnológica que propicia, por sua vez, constante evolução nos serviços da saúde.

Para a correta implementação desses programas, é imprescindível que o financiamento do Sistema Único de Saúde seja feito com recursos do orçamento de todos os entes federados e também da seguridade social e de outras fontes.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/03/2011.

Em um primeiro momento, a interpretação do art.196 da CRFB significava um direito social, porém não daria ensejo a uma relação obrigacional do Estado para com os cidadãos, mas tão somente a prestações positivas e negativas visando à prevenção e ao tratamento de doenças. Nesse período, a efetivação do direito à saúde dependeria de escolhas públicas e da atuação do legislador.

Após histórico precedente da Suprema Corte tornou-se obrigatório para o SUS à entrega gratuita de medicamentos para o combate a AIDS daqueles portadores que não possuíam condições de pagar o tratamento. Assim, iniciou-se uma segunda fase da interpretação do art.196 da CRFB, à medida que o ordenamento jurídico já continha elementos suficientes para dar plena aplicabilidade ao direito constitucional.

Consoante a tradicional classificação das gerações de direitos do renomado jurista italiano Norberto Bobbio³, o direito à saúde consubstancia-se como um direito de Segunda Geração, já que, se externa como um verdadeiro direito à prestação, ou seja, um direito social prestacional, uma vez que esses necessitam de uma atuação positiva por parte do ente estatal.

Na Carta Maior de 1988, os direitos de Segunda Geração estão expressos no ordenamento a partir do art. 6º, que reconhece o direito à saúde como um direito social. Logo, a saúde é, também, um direito de Segunda Geração, uma vez que passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas, para desse modo evidenciar a sua garantia/efetividade.

Os direitos fundamentais da Segunda Geração tornam-se tão essenciais quanto os direitos fundamentais da primeira geração, tanto por sua universalidade quanto por sua eficácia. Assim, segundo Bonavides⁴, os direitos fundamentais da segunda geração "são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social [...]".

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.1-65.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 518.

Posto isso, os direitos da Segunda Geração estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, bem como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho.

A interpretação do art. 196 da CRFB, nesse momento, passa a considerar a saúde como um direito fundamental, cuja aplicabilidade prescinde de integração legislativa ou mesmo de políticas públicas voltadas para esse fim, basta apenas a presença do binômio necessidade-possibilidade para sua concessão judicial.

Inferre-se da garantia do princípio da dignidade da pessoa humana o reconhecimento, pelos poderes do Estado, de que a saúde é prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todas as pessoas pela própria Constituição.

Então, os direitos fundamentais da Segunda Geração, marcam uma nova fase dos direitos fundamentais, não só pelo fato de esses direitos terem o escopo positivo, mas também por exercerem uma função prestacional Estatal para com o indivíduo.

Nesse movimento gradual da efetividade do direito à saúde, a terceira fase pode ser composta pela efetividade do direito à saúde com a cooperação dos entes federativos na prestação das ações em saúde.

Interpretação que decorre da aplicabilidade do art. 196 da CRFB é a presença do Estado em juízo na defesa de suas prerrogativas constitucionais e de sua autonomia para formular políticas públicas na área de saúde.

O entendimento de que os entes federados são solidariamente responsáveis pelo fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento de doenças prevaleceu. Precedentes no STF e no STJ primam pela efetivação dos direitos elencados na Constituição, independentemente de integração legislativa, reserva orçamentária ou políticas públicas.

A cooperação dos entes federativos possibilita a conjugação de esforços em torno do objetivo comum de proporcionar o amplo acesso das ações e serviços da saúde à população.

Tal cooperação decorre do pacto federativo e merece a integração dos três poderes para sua implementação.

É necessário, além da conjugação de esforços, o controle interno de legalidade dos atos do Poder Público pelas Procuradorias Gerais do Estado, a atuação do Ministério Público em conjunto com as Defensorias Públicas e a advocacia privada.

O grande desafio na efetivação dos direitos constitucionais é justamente traçar limites de atuação do Estado; daí a necessidade de cooperação entre todos os agentes, órgãos, instituições e poderes envolvidos.

2. AS ESCOLHAS TRÁGICAS E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduz ao centro do sistema jurídico, em que se desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infra-constitucional, o que significa interpretação e leitura de seus institutos sempre à luz da Constituição.

A lição de Luís Roberto Barroso⁵ auxilia a compreender o momento e o constitucionalismo brasileiro ao afirmar: “O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de mudanças de paradigma”.

O momento agora é pela busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição e o desenvolvimento de uma dogmática da

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p. 43-50.

interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao poder público, especialmente porque a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser necessariamente implementado, mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis.

O administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, a sua própria finalidade: o bem estar e a justiça social.

Destaca-se, portanto, que a margem de discricionariedade é limitada, o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e a conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois essa questão foi deliberada pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. Essa discricionariedade se demonstra apenas no que se refere às políticas públicas já elencadas no texto constitucional, como por exemplo, conferir direito à vacina para um grupo da população ou custear o tratamento de apenas um paciente com alguma enfermidade rara.

Nesse diapasão é que se encontram as escolhas trágicas. A própria existência de políticas públicas, por si só, implica escolhas trágicas, pois decorre de opção por determinadas políticas públicas, em detrimento de outras. A necessidade de “escolhas trágicas” consiste também em optar por concretizar determinados direitos, para algumas pessoas, em detrimento dos direitos de outras.

Essa tese foi desenvolvida por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein⁶, que sustentam que escolher 'x' sobre 'y' significa desistir de 'y', que, se for a alternativa perdida mais valorizada, é definido como o custo de escolher X. Destacam os autores que quando um direito é efetivado, alguém ganha e alguém perde. A aplicação de um direito é “aceita” pela parte vencida porque essa parte não tem escolha, ou seja, porque todo o poder do Estado está ao lado do detentor do direito e, portanto, contra a parte vencida.

Em outras palavras, o ato de escolha para fazer valer um direito, como todas as escolhas, tem um custo. Até mesmo os direitos negativos têm custos, pois, para assegurar o direito de propriedade dos indivíduos, o Estado deve manter a ordem pública, o respeito recíproco entre os proprietários e coercitivamente desestimular terceiros de desrespeitá-lo; para tudo isso existe gastos.

Para que sejam assegurados esses direitos, a Administração Pública precisa criar fontes de receita, sendo a principal delas a arrecadação tributária. Em contrapartida, para o cidadão ter seus direitos efetivados, deve pagar tributos. Nesse sentido, o financiamento dos direitos fundamentais, por meio de receitas fiscais, ajuda a ver claramente que os direitos são bens públicos. Todos os direitos são direitos positivos⁷. E isso implica não somente um problema de cálculo orçamentário, mas também questões filosóficas sobre a justiça distributiva e a responsabilidade democrática⁸.

A teoria das escolhas trágicas se define justamente pelo estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro⁹.

⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Co., 1999, p. 255.

⁷ *Ibidem*, p. 48.

⁸ *Ibidem*, p. 121-131.

⁹ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 50.

Como se analisa, incide sobre o poder público a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas preventivas e de recuperação, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve no art. 196 CRFB, tal como o Supremo Tribunal¹⁰ tem reiteradamente reconhecido: “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”.

Contudo, a escassez de recursos públicos impõe sacrifícios, impedindo que se resolvam todos os anseios da sociedade, por mais imprescindíveis que sejam. Assim, o agente público fica obrigado, à margem de sua vontade pessoal, a que faça escolhas. A realização dos fins sociais deverá necessariamente acarretar o sacrifício de outros.

Direitos que demandam prestações estatais, frequentemente entram em colidência, por ser inevitável uma opção trágica, no sentido de que algum direito não será atendido ao menos em alguma medida¹¹.

Uma escolha que gerará sacrifícios não pode jamais gerar desigualdades. A racionalidade econômica deve nortear as escolhas, pois é quem fomenta a realidade, não há recursos para todas as aspirações sociais – educação, saúde, segurança, lazer. Dessa forma, tanto o jurista quanto o político terão que sob pesar essas escolhas para que não se amplie ainda mais a discrepância das camadas sociais.

De acordo com Andreas Joachim Krell¹²: “A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado livre espaço de conformação.”

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393175-0. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJU de 02.02.2007.

¹¹ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 159.

¹² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22-23.

Considerando que os direitos efetivados pelo Poder Público derivam de escolhas estratégicas acerca da melhor forma de distribuir e aplicar os recursos públicos, essas decisões devem ser tomadas da maneira mais aberta possível, e podem ser criticadas e questionadas, inclusive judicialmente.

Na realização dos direitos sociais não se pode ignorar a dependência de vínculo financeiro, subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que comprovada objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeiro da pessoa estatal dessa não poderá razoavelmente exigir, sendo considerada a limitação material referida à imediata efetivação do comando fundado no texto da Constituição.

Quando necessária, uma escolha trágica deve ser realizada exclusivamente pelo Legislativo e pelo Executivo, que possuem legitimidade e conhecimento técnico (em tese) para esse fim. Porém, essa escolha se configura, principalmente, nos medicamentos e tratamentos de alto custo, nos quais se presume o comprometimento do orçamento público para a saúde e o prejuízo para um grande número de pessoas. Mera alegação de insuficiência orçamentária, sem a devida e indiscutível comprovação, não pode ser aceita com esse intuito¹³.

Não se mostrará lícito, ao poder público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que a revele partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativo – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

O princípio da reserva do possível¹⁴ tem extrema relevância, pois relaciona os limites do Estado (principalmente dos recursos públicos) com a efetivação dos direitos sociais, e pode ser invocada somente quando demonstrar motivo justo e objetivamente comprovável. Não

¹³ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

¹⁴ *Ibidem*, p. 72.

pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade.

Em razão da existência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas para a implementação dos direitos sociais implicaria invariavelmente escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas ações políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas em critérios de macro-justiça.

A escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado e a maximização dos resultados, dentre outros.

Dilema que surge com a necessidade das escolhas trágicas: deve o poder público fornecer um tratamento ou um medicamento de alto custo, se o valor desembolsado em 20 meses, por exemplo, é suficiente para construir um posto de saúde? Ainda, pode-se deferir, em antecipação de tutela, o transplante imediato de um órgão ao autor, sem ter ciência plena de suas condições de saúde, nem de quantas pessoas aguardam na “fila” do SUS por esse mesmo transplante? Por outro lado, pode-se negar esse direito a uma pessoa com alto risco de morte (mesmo sem saber se existem – ou não – pessoas na mesma condição, necessitando do mesmo órgão)?

Ainda, tendo em vista que a saúde não é a única política social a ser efetivada pelos órgãos públicos, pode o direito de um particular ser satisfeito em detrimento de outras políticas públicas (tais como a previdência social e a educação)? Em virtude desse questionamento, deve ser estritamente respeitada a previsão orçamentária para a saúde pública

aprovada pelo Legislativo (diante da natural necessidade de se fixar um limite, para abranger todos os fins do Estado), ou pode haver um redirecionamento dos gastos públicos?

É imperioso que se insira o ato de governo ou judicial em uma perspectiva coletiva e não individual. Sopesar o custo social de uma concessão individual em prol da coletividade frustraria a própria ideia de segurança jurídica compartilhada.

Com isso, a reserva do possível, em princípio, pode ser um argumento aceitável para afastar o fornecimento de medicamento pelo Executivo, quando o valor do remédio ou do tratamento tiver um impacto significativo no orçamento público.

O que se busca é uma meio de compatibilizar o texto constitucional com a realidade de um país carente. Essa compatibilização não deve se dar exclusivamente no Judiciário, nem mesmo a margem do estrito controle de juridicidade, e muito menos, com invasão de discricionariedade, o que torna o Poder Judiciário, em última análise, como um “mero carimbador de decisões políticas”.

3. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Como anteriormente analisado, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público¹⁵, ainda mais se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis.

A Constituição brasileira de 1988 instituiu um efetivo direito à tutela individual, coletiva e metaindividual (direitos difusos). São várias as possibilidades abertas às pessoas para permitir que políticas públicas atinentes a essas áreas sejam determinadas ou ajustadas conforme o programa constitucional.

A Ação Civil Pública, as ações específicas previstas no controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 103 da CRFB), a ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental), dentre outras ações constitucionais, são exemplos dos caminhos abertos para que entidades ou grupos legitimados possam questionar a omissão do legislador ou do Poder Executivo o que enseja, no limite, o ajuste das condutas administrativas aos desideratos e fins previstos na Constituição.

Tais ações não são somente fundadas em alegada ilegalidade ou eventualmente inconstitucionalidade de atos, programas ou políticas públicas, como objetivam também

¹⁵ ANDRADE, Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.207.

corrigir desvios ou alterar concepções ou objetivos na implantação de determinados programas governamentais, que envolve uma gama enorme de segmentos, como os relativos à saúde, educação, serviços públicos de modo geral.

Tem se constatado a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos – decisões nas quais se discute, inclusive, os critérios para o fornecimento.

Tais decisões¹⁶ encerram inúmeras questões polêmicas. As mais comumente encontradas na doutrina são: a) a violação a larga ao princípio da separação de poderes, na medida em que o Judiciário – a pretexto de conhecer violações de direito – poderia estar a invadir esfera de competência reservada atribuída aos demais poderes, o que acarreta assim inconstitucionalidade; b) o não cabimento por parte do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas alternativas, a pretexto de corrigir atos ilegais ou inconstitucionais, papel do poder eleito e democrático e não do judiciário; c) decisões judiciais não poderiam substituir-se ao orçamento público, criando ou alterando despesas regularmente estabelecidas pelos poderes ou autoridades competentes. d) O papel do Judiciário é prestar a justiça distributiva e equitativa de modo, criativo e inovador? Em que termos e em que limites?

O direito à saúde, como outros direitos fundamentais previstos na Constituição (como segurança, a educação, o trabalho e a moradia), não é regulamentado pelo Legislativo de modo a garantir a necessária concretização, tampouco é efetivado de forma satisfatória pelo Executivo. Em consequência, aqueles que são privados do exercício de seu direito buscam no Judiciário o preenchimento de tais omissões.

No entanto, o Judiciário não pode atuar de forma ilimitada, sem observar as normas pertinentes como a separação das funções estatais e a competência para elaboração de políticas públicas, que é papel dos agentes administrativos e não o Judiciário. E essa questão é

¹⁶ PODER Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 02/02/2012.

tão importante quanto à competência para o cumprimento dessas políticas, pois implica a delimitação do âmbito de atuação judicial.

Em decorrência das omissões do Executivo e do Legislativo¹⁷, há quem sustente a existência de uma “política judicial de medicamentos”, diante da proliferação de ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos, o que causa uma interferência indevida do Judiciário e na política nacional de medicamentos.

A partir de então, pode-se extrair outra indagação: essa “política judicial de medicamentos” é democrática, em comparação com a política nacional de medicamentos efetivada pelo Executivo, nos termos da lei elaborada pelo Legislativo?

As decisões políticas não devem ser restritas aos representantes do povo, devendo ser admitida a participação direta desse, sendo o processo judicial um dos mecanismos para alcançá-la.

Considerando que a aplicação dos direitos gera despesas, os direitos em si também têm custos. O direito à saúde, como todos os direitos fundamentais, não é ilimitado e absoluto, pode ser restringido ou não incidir em determinada situação fática quando em confronto com outro direito.

Contudo, isso não impede, *a priori*, que o jurisdicionado questione as escolhas do Executivo, principalmente quando esse, por exemplo, desembolsa vários milhões de reais para a aquisição de preservativos e lubrificantes, às vésperas do carnaval (importantes para o controle de natalidade), e deixa de fornecer medicamento que, em muitas situações, pode ter importância inclusive para a manutenção da vida de quem dele necessita.

O controle e a efetivação pelo Judiciário dos direitos fundamentais devem ter limites que ainda não estão devidamente definidos. Os principais, já mencionados, são os recursos

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1442-0. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJU de 29.04.2005.

financeiros do Estado, insuficientes para conferir efetividade aos direitos fundamentais de todos. Deles derivam outras restrições, como a reserva do possível.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Em decisão monocrática na ADPF n. 45, o Min. Celso de Mello¹⁸ ressaltou que o Poder Público não pode alegar a reserva do possível para se eximir de qualquer obrigação sua na efetivação dos direitos fundamentais, tendo o Judiciário legitimidade para apreciar e julgar os casos concretos.

Levando em consideração que os recursos da União, dos Estados e dos Municípios são limitados e que não há viabilidade para se fornecer qualquer medicamento ou tratamento a todas as pessoas, deve-se buscar também adquirir aqueles com menor custo e com eficácia similar, para viabilizar o acesso a uma maior quantidade de pacientes. Busca-se, com esse raciocínio, evitar que uma pessoa com melhor condição cultural e socioeconômica que pleiteou a tutela jurisdicional possa ser beneficiada com um medicamento de alto custo, prejudicando outras que, sem o mesmo discernimento ou condição financeira para requerer ao

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Publicada no DJU de 04.05.2004.

Judiciário, possam ser privadas do medicamento ou tratamento necessário (ainda que de menor valor e já fornecido), por insuficiência orçamentária.

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador? Uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Efetivamente, não há previsão constitucional expressa acerca da prestação direta de tratamento ou do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público. O que a Constituição determina é somente que o Estado formule políticas públicas preventivas (para reduzir o risco de doenças) que visem ao acesso às ações e serviços referentes à sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 CRFB), e não que conceda remédios individualmente para cada cidadão.

O art. 200 do texto constitucional lista as atribuições do SUS, que se resumem a ações de controle, fiscalização, coordenação e supervisão de atividades referentes à saúde, e de execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, da saúde do trabalhador e de saneamento básico. No mesmo sentido, a Lei n. 8.080/90 prevê, em seu art. 2º, §§ 1º e 2º, que o dever da Administração Pública de assegurar a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais, e na manutenção de condições que garantam o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação; da mesma forma, tais obrigações do Estado não excluem o dever da sociedade, empresas, famílias e pessoas em assegurar o exercício do direito à saúde.

Todavia, a obrigação de o Poder Público fornecer medicamentos e prestar tratamento médico é matéria atualmente pacificada pelos tribunais superiores brasileiros¹⁹.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Publicado no DJU de 30.04.2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286-8. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJU de 24.11.2000. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: Min. Celso de Mello.

As partes recorrem ao Poder Judiciário, em sua maioria, para postular tratamentos não contemplados pela política nacional de saúde pública. Essa é a decisão trágica que deve ser tomada, em face da escassez de recursos e do custo do direito à saúde, sacrificando-se o deferimento de tutelas caríssimas, que não possuem qualquer comprovação de eficácia, privilegiando os tratamentos eficazes e comprovadamente corretos.

Questão relevante que se apresenta diz respeito ao confronto existente entre o ativismo judicial e a judicialização das políticas públicas. Quando o juiz define/cria políticas públicas (por exemplo, diz como vai gastar, em que vai gastar, se constrói hospital ou creche) não tem legitimação para definir tais políticas públicas porque não foi eleito pelo povo, e, ainda, defronta clara violação ao princípio de separação dos poderes. Há um déficit de legitimação, o judiciário usurpa a competência do Legislativo e do Executivo.

No entanto, a judicialização se mostra perfeitamente aplicável, quando já existem as políticas públicas, definidas na lei (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei de Orçamento Anual), porém o Executivo se recusa a implementá-las. O Juiz nada mais faz que aplicar a lei, aqui a atuação é legítima, pois é competência do Judiciário corrigir o descumprimento da lei.

4. REFLEXÃO SOBRE AS MEDIDAS PARA TORNAR MAIS EFETIVO O DIREITO À SAÚDE E MEDIDAS ALTERNATIVAS

Como visto ao longo desta exposição, o deferimento ou indeferimento de um pleito não pode ignorar a realidade, a escassez de recursos econômicos. Uma pessoa tem direitos (inúmeros deles, por sinal), mas sua implementação não pode ser destacada da mínima verificação das possibilidades materiais de colocação prática. A “análise jurídica tradicional”

verifica somente a norma para o reconhecimento da existência de um direito subjetivo, independentemente da verificação de suas possibilidades reais de consecução.

Se a escassez é notória (não há recursos públicos para atender a todos), a decisão judicial nada mais faz do que escolher quem será ou não atendido e quem será ou não excluído, criando um privilégio jamais encontrado na Constituição Federal.

A escolha de quem está protegido ou de quem está desprotegido não pode ser feita de forma individual, mas sim de forma coletiva. Nesse último caso, devem-se privilegiar as massas menos favorecidas. Pode-se perceber que cada decisão judicial contribui para formar esse custo, o que gera um desequilíbrio na distribuição e promoção igualitária do direito à saúde.

Na verdade, de modo geral, sequer são cogitados os efeitos econômicos²⁰ das decisões judiciais. É possível afirmar que a análise jurídica ignora completamente as variáveis econômicas envolvidas nas questões que lhes são postas à solução. O Juiz possui um ambiente de visão limitado pelas pretensões postas pelas partes, ignorando os efeitos sociais dos seus julgados- o que limita o seu conjunto de oportunidades (e, portanto, as escolhas disponíveis) e afeta a qualidade da decisão.

Pode-se extrair a seguinte indagação: essa política judicial de medicamentos é democrática, em comparação com a política nacional de medicamentos efetivada pelo Executivo, nos termos da Lei elaborada pelo legislativo? A resposta parece ser negativa.

Como se perceberá, muito embora essa postura acarrete diversas vantagens, implica também consequências extremamente desvantajosas. Perceber-se-á que essa é uma decisão com efeitos vantajosos efêmeros e imediatos, mas com efeitos desastrosos e mediatos.

²⁰ “Ações judiciais para a aquisição de medicamentos consumiram R\$ 52 milhões do Ministério da Saúde em 2008, o triplo do valor gasto em 2007, revela levantamento do Governo Federal. Em três anos, o aumento dos custos com a judicialização foi quase de 2.000%.” RIBAS. A judicialização da política de medicamentos e o STF. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2009/01/judicializacao-da-politica-de-medicamentos.html>>. Acesso em: 23/11/2011.

Dessa forma, roga-se que a decisão a ser tomada leve em consideração que existe uma desigualdade provocada pelas decisões judiciais concessivas de tratamento de saúde; que os reflexos econômicos gerados são extremamente deletérios aos demais membros da sociedade; os custos do direito à saúde, suportados por uma realidade trágica, que provem de decisões políticas trágicas.

Apesar de não caber ao Poder Judiciário, a pretexto de corrigir atos ilegais ou inconstitucionais acolher ou formular políticas públicas alternativas (papel do poder eleito democrático e não do judiciário), a realidade brasileira demonstra a necessidade de o Judiciário se adequar e tentar em conjunto com o Poder Executivo fazer valer o comando constitucional da maneira mais efetiva possível.

Princípios como o da prevenção e da precaução são princípios que objetivam dar conta dos riscos na hipercomplexidade e que deveriam ser efetivados com maior atenção por parte do Poder Executivo reduzindo as demandas judiciais e as despesas com tratamentos médicos.

A missão é a de se antecipar ao problema para evitar que a população fique carente de políticas públicas, sem a prestação estatal à saúde, porém em ação integrada com o Judiciário deve-se pelo menos traçar estratégia para buscar resolver o atual problema da judicialização do direito à saúde.

Ao se fazer uma escolha trágica por parte da Administração Pública na aplicação das políticas públicas, faz-se necessária a observância irrestrita a esses princípios, na tentativa amenizar os impactos ao orçamento e que abranja o maior numero de pessoas.

Na década de 40, a ideia de prevenção foi introduzida por Sigerist²¹, que definiu as quatro tarefas primordiais da medicina: a promoção da saúde, a prevenção da doença, a recuperação do enfermo e a reabilitação.

²¹ GREGG, Anthony. *Henry E. Sigerist: his impact on American medicine*. Bull. Hist. Med., Philadelphia; 1948; p. 22-32.

Está estabelecida no artigo 196 da CRFB e em todos os comandos a vigilância sanitária e epidemiológica. O artigo 200 do mesmo diploma está repleto de diretivas e princípios de prevenção e precaução que são de fundamental importância. O princípio da prevenção está diretamente ligado à antecipada previsão de acontecimentos negativos ou incerteza sobre consequências desses.

Já o princípio de precaução significa que se há de agir antecipadamente frente a uma dupla fonte: a incerteza que é a ausência de conhecimento científico e o próprio perigo conhecido. Significa a necessidade de prática de ações, como, por exemplo, pesquisas ou até medidas extremas como barreiras alfandegárias ou a destruição de produtos diante de ameaça de danos sérios e irreversíveis.

Prestigia-se a precaução quando não se permite que o SUS propicie tratamento sem comprovação científica estabelecida. A obrigatoriedade de registro e aprovação de medicamentos pela ANVISA é outro exemplo de aplicação do princípio que tem como objetivo preservar os benefícios do desenvolvimento científico, agindo antecipadamente no sentido de assegurar a saúde pública.

O exemplo mais dramático de falhas na aplicação da precaução na liberação de medicamentos foi o que passou a ser denominado da Tragédia da Talidomida²², que cinquenta anos após a ocorrência motivou a edição da Lei nº 12.140, de 13/01/2010, concedendo indenização por dano moral aos vitimados pela síndrome da Talidomida. O remédio também era eficiente contra a gravidez. Retirada em quatro dias após o alerta de pesquisadores na Europa, levou quatro anos para ser retirado do mercado do Brasil. A Lei nº 7.070, de 20/12/1982, concedeu pensão especial às vítimas. A Lei 10.651/2003 controlou seu uso.

²² Cientistas japoneses identificaram em 2010 como a talidomida interfere na formação fetal. Eles descobriram que o medicamento inativa a enzima *cereblon*, importante nos primeiros meses de vida para a formação dos membros. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Talidomida>>. Acesso em: 21/04/2012.

Em outubro de 2008, o Conselho Nacional de Saúde expediu a Resolução CNS nº 30, com o objetivo de orientar os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde na tarefa de acompanhar e fiscalizar os fundos de saúde. Embora os esforços, o que se constata é que os recursos da saúde não são aplicados corretamente, os Estados deixaram de aplicar R\$ 3,6 bilhões em 2007.

A verba teria sido utilizada para “almoço de preso, farda de policial, merenda escolar, financiamento de casa própria, ampliação de rádio estatal, bolsa-família, etc.” São as escolhas trágicas mal empregadas diante da necessidade primordial que merece a saúde da população brasileira.

No intuito de que a sociedade, em todos os âmbitos, repense a problemática do direito à saúde e busque novas soluções e alternativas, inúmeros palestrantes na Audiência Pública nº 4²³ destacaram a importância da imediata normatização da questão. É uma situação que efetivamente só poderá ser alterada com a conscientização de todos e a aplicação de sanções ao gestor infiel na aplicação de recursos.

A questão discutida pelos palestrantes envolve os operadores do direito, os gestores públicos e os profissionais da área médica, e as decisões judiciais, conforme foi reconhecido pelo Ministro Gilmar Mendes na condução da Audiência.

A excessiva judicialização das questões que envolvem os serviços públicos de saúde e a importância de tais serviços para a população exigiu uma abordagem inovadora do Conselho Nacional de Justiça.

As Recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) durante a Audiência Pública nº 4, inserem-se na perspectiva assinalada pelo Ministro Gilmar Mendes, destinada aos temas de saúde pública, no sentido de que o Poder Judiciário não poderia deixar sem resposta, sem projeto, sem política institucional a questão da efetividade do direito à saúde.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública n. 4*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>>. Acesso em 10/11/2011.

Em 5 de março de 2009, por iniciativa do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no biênio 2008/2010, foi convocada a Audiência Pública nº 4, cuja abertura ocorreu no dia 28 de abril de 2009. Com profundo significado simbólico para o tema saúde pública, constituiu um marco para a compreensão da prática das políticas públicas na saúde brasileira.

São extraídos efeitos concretos dos elementos colhidos durante a sua realização, foi criado pela Portaria nº 650/2009 do CNJ um grupo de trabalho constituído por magistrados e professores especialistas em direito sanitário, com a incumbência de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

A primeira recomendação extraída assenta-se em experiências exitosas já em prática junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que a ação de espécie, antes de chegar ao despacho inicial do magistrado, recebe parecer técnico sobre o medicamento solicitado, se consta ou não dos protocolos clínicos, se é disponibilizado, constando das listas públicas (Rename). Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais que celebrem convênios para assegurar apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos, com o objetivo de auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor sobre questões clínicas apresentadas pelas partes.

Outra experiência interessante no trato da matéria foi identificada em São Paulo, onde há um corpo técnico que examina prescrições apresentadas ao gestor público antes do ingresso em juízo. No caso de haver parecer favorável pela aquisição, não há necessidade do ingresso da ação judicial. Há uma conciliação prévia.

Isso é bastante oportuno considerar, pois o objetivo é reduzir demandas da espécie, e os doentes deveriam ser atendidos sem a necessidade de ação judicial. Trata-se de uma composição prévia.

Também na intenção de subsidiar os magistrados com informações, foi elaborado um Termo de Cooperação Técnica nº 108/2009, firmado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com diversas instituições públicas, com a criação de um banco de dados a ser alimentado pelo Ministério da Saúde e disponibilizado no portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do qual o magistrado poderá receber informações rápidas sobre medicamentos e outras questões. Foi considerado que a operacionalização do sistema informativo deverá ser rápida, com objetividade sobre o medicamento, inclusão em lista, indicações, motivos de não inclusão, ou qualquer outra informação relevante.

Essas providências revelam-se necessárias, pois os magistrados não têm conhecimentos técnicos sobre questões médicas, sendo extremamente difícil decidir a beira do leito ou em situação em que se alega risco de vida em caso de não deferimento administrativo da medida ou do medicamento.

Conceder a medicação é a solução mais fácil, porém nem sempre a mais acertada. Nesse passo, o Conselho Nacional de Justiça preocupou-se em construir e oferecer “organização e procedimentos”, no sentido de que os magistrados alcancem melhor solução.

Outra orientação é para que os magistrados evitem autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental. Eis o princípio da precaução sendo aplicado.

Ficou evidenciada, durante a Audiência Pública nº 4, prática comercial bastante agressiva por parte de alguns produtores de medicamentos que forçam sua aceitação pelos prescritores, sem se submeter ao prévio registro e exame pela Anvisa. Tal proceder, além de colocar em risco a vida dos pacientes, constitui afronta à lei que rege a matéria. Os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela Anvisa, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.360/1977.

Ponto fundamental traçado diz respeito à oitiva, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, dos gestores antes da apreciação de medidas de urgência. Resultou tal recomendação da constatação de que muitas ações poderiam ser evitadas ou conciliadas por uma simples troca de informações. Os gestores públicos na saúde, de modo geral, ressentem-se e sentem-se desconsiderados em face das deliberações judiciais, que de surpresa impactam severamente em seus esforços gerenciais, colocando por terra a custosa e difícil organização dos serviços. A questão é crucial em caso de filas para transplantes, leitos em UTI, etc.

A oitiva prévia do gestor, com a devida consideração dos esforços gerenciais, mesmo que após contrariados, faz homenagem ao postulado da presunção de legalidade e adequação dos seus atos. Também auxilia na sustentabilidade do SUS e no seu gerenciamento. Alerta-se que os gestores mais solicitados ou demandados deverão manter possibilidade de acesso por contato eletrônico de forma rápida, designando pessoal capacitado para fornecer informações.

No momento da concessão de alguma providência (medicamentos, insumos, leitos) abrangida por política pública existente, seja determinada a inscrição do beneficiário no respectivo programa.

Exemplifica-se com o caso dos diabéticos. Para os portadores de tal doença o SUS disponibiliza todo um programa de apoio ao enfermo com educação alimentar, exercício, controle de peso, cuidados higiênicos, etc., e não apenas insulinas. O paciente do SUS deve submeter-se a todo o programa, pois só o medicamento não trará os benefícios esperados.

As recomendações sinalizam para a inclusão da temática do direito à saúde como ponto específico nos concursos para a magistratura na relação mínima de disciplinas, Resolução nº 75/2009-CNJ.

A recomendação para que as escolas de magistratura oportunizem visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, dispensário de medicamentos e hospitais públicos tem o objetivo de melhor conhecer a realidade de tais serviços, a exemplo

do que ocorre com as visitas aos presídios. Mais do que oportuna a visita, pois a providência é reclamada pelos gestores.

Por último, há recomendação dirigida à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e às escolas de magistratura, no sentido da promoção de seminários de estudos, congregando, além dos magistrados, os gestores públicos, defensores, procuradores e usuários do Sistema SUS para um diálogo e melhor conhecimento das realidades enfrentadas, o que poderá favorecer uma redução dos conflitos.

Assim, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça na sua missão institucional está a oferecer aproximação com os atores institucionais na área da saúde. Constrói gradativamente “organização e procedimentos”, que são um dever imposto às instituições públicas da área, no sentido de oferecer e tornar possível uma decisão segura pelo Juiz e a fruição por todos do direito assegurado.

No contato democrático com a sociedade, procurou recolher as múltiplas perspectivas em torno do assunto. Na área pública, procurou fazer com que o Estado tome consciência da relevância da matéria, todas as iniciativas tendentes a resolver a excessiva judicialização. Foram construídas políticas públicas judiciárias, organização e procedimentos para dar plenas condições para o melhor desempenho da jurisdição.

Pode-se afirmar que as recomendações vertidas na Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça constituem política pública judicial para melhor composição dos litígios e maior efetividade do direito constitucional à saúde.

Pode ser também citada a Proposta de Emenda Constitucional da Saúde (PEC 29), aprovada sua regulamentação em 8/12/2011 por 70 votos a um. A PEC da Saúde, que tramita desde 2007 no Congresso, e fixa um piso de investimento que a União, estados e municípios destinarão à saúde. Estabelece a participação da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal, no financiamento das ações e dos serviços públicos de saúde, através de uma

aplicação mínima de recursos, fixada por lei. A PEC 29 foi um passo de fundamental importância em direção ao Sistema Único de Saúde (SUS), que definiu o direito à saúde, recuperação e prevenção, a todo brasileiro.

CONCLUSÃO

Na ordem constitucional brasileira, os direitos fundamentais não são concebidos como simples direitos de defesa em face do Estado. Ao contrário, tais direitos exigem comportamentos ativos (proteção e promoção) dos vários poderes públicos da federação brasileira (federal, estadual, distrital e municipal).

O administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à sua finalidade: o bem estar e a justiça social.

A própria existência de políticas públicas por si só já configura uma escolha trágica, pois decorre de opção por determinadas políticas públicas em detrimento de outras, e ainda concretizar determinados direitos para algumas pessoas em prejuízo do direito de outras.

Assim, o agente público fica obrigado à margem de sua vontade pessoal e de acordo com sua discricionariedade a fazer escolhas. No entanto, essas escolhas devem ter um norte, deve-se além de respeitar a Constituição tentar atender um número maior de beneficiários com tais escolhas, efetivando princípios como o da prevenção e precaução.

O Poder Judiciário tem sido provocado a questionar e avaliar políticas públicas, notadamente direitos sociais, econômicos e culturais, quer em função das obrigações e direitos constitucionais diretamente sacados da Constituição, quer em razão de omissão, ilegalidade, desvio de poder ou irrazoabilidade (gênero) dos poderes públicos no cumprimento das metas constitucionais e infraconstitucionais.

Tais ações, individuais ou coletivas (conflitos de massa) pretendem, não raro, obrigar o Poder Público ou o Administrador Público a alterar um padrão de comportamento e, assim, também ajustar políticas públicas. Esse modelo é incentivado e promovido pelo desenho das normas constitucionais que pretendem infundir maior participação política e pública às decisões no Estado Democrático de Direito.

Ao conceder essa ampla tutela, o Poder Judiciário não deve “invadir” a área de atuação do poder executivo, mas sim pode e deve corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais ou desarrazoadas, como também corrigir ou promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.

A teoria da “reserva econômica do possível” como argumento e limite objetivo ao atendimento dos direitos sociais tem sido regularmente invocada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira²⁴. De um lado, temos partidários fiéis de sua integral aplicabilidade, de outro, há respeitáveis oposições à sua integral adoção em face da realidade constitucional brasileira.

Em face da realidade brasileira, ao Poder Judiciário é atribuída uma importantíssima missão de co-responsável à correção das desigualdades sociais, nos limites de sua atuação criativa e promocional dos direitos.

Conclui-se, dessa forma, que a Administração Pública em conjunto com todos os Poderes integrantes da República (diante da obrigação de todos os entes federativos em zelar pela aplicação do direito fundamental a saúde) devem se unir e aplicar profundas modificações na área de saúde.

Escolhas trágicas sempre existirão, pois não há como ser totalmente efetivo diante da problemática da escassez de recursos. No entanto, se forem traçadas medidas estratégicas

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 7643625100. Relator: Luis Miguel da Fonseca Pires. Publicado no DO de 28.10.2008. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 29049. Relator: Des. Josué de Oliveira. Publicado no DO de 23.01.2012.

como as apresentadas ao longo do tema, em cooperação com todas as esferas, o direito à saúde se mostrará muito mais efetivo, o que reduziria os processos judiciais em que se pleiteavam medicamentos, atendendo maior parte possível da sociedade com o orçamento empregado.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.
- BASTOS, Maria Helena. *Direito e Saúde – um campo em construção*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/03/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 226835-6. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJU de 10.03.2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286-8. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJU de 24.11.2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Publicada no DJU de 04.05.2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1442-0. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJU de 29.04.2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393175. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJU de 02.02.2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Publicado no DJU de 30.04.2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública n. 4*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>>. Acesso em 10/11/2011.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 493811. Relator: Min. Eliana Calmon. Publicado no DJU de 15.03.2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 577836. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJU de 28.02.2005.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 29049. Relator: Des. Josué de Oliveira. Publicado no DO de 23.01.2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 7643625100. Relator: Luis Miguel da Fonseca Pires. Publicado no DO de 28.10.2008.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GREGG, Anthony. *Henry E. Sigerist: his impact on American medicine*. Bull. Hist. Med., 1948.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Co., 1999.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Fabris, 2002.
- PODER Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 02/02/2012.
- RIBAS. A judicialização da política de medicamentos e o STF. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2009/01/judicializacao-da-politica-de-medicamentos.html>>. Acesso em: 23/11/2011.
- SANTOS, Lenir. *Direito da Saúde no Brasil*. São Paulo: Saberes, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TESSLER, Marga Inge Barth. As recomendações do Conselho Nacional de Justiça em face das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 42, jun. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao042/marga_tessler.html> Acesso em: 08 set. 2011.
- TORRES, Ricardo lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.