



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Efetividade da Tutela Jurisdicional na Saúde

Regina Célia de Andrade Ferreira

Rio de Janeiro
2012

REGINA CÉLIA DE ANDRADE FERREIRA

Efetividade da Tutela Jurisdicional na 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.

Orientadores: Prof^ª. Mônica Areal
Prof^ª. Neli Luiza C. Fetzner
Prof. Nelson C. Tavares Junior

EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NA SAÚDE

Regina Célia de Andrade Ferreira
Graduada em Medicina pela Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro
Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada

Resumo: O estudo trata da tutela jurisdicional de direitos fundamentais não patrimoniais, que gravitam e resguardam o direito à saúde, sua evolução histórica, a omissão do Estado e a consequência prática na saúde pública, tendo em vista a tutela do Poder Judiciário a este direito fundamental, com base ordenamento jurídico constitucional brasileiro e a sua eficácia.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Saúde, direito fundamental; efetividade e cumprimento das decisões judiciais.

Sumário: Introdução. 1. Saúde como direito fundamental. 2. Políticas Públicas de saúde. 3. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Saúde 4. Eficácia Concreta das decisões Judiciais. 5. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Escrever sobre a saúde e sua proteção na ordem jurídico-constitucional constitui, sem dúvida, desafio para todos que se ocupam do tema, seja pela sua relevância, seja pelos múltiplos aspectos que suscita, razão pela qual, desde logo, impõe-se uma delimitação do tema. Assim, registra-se que o ponto central a ser versado na presente análise diz com a posição que a saúde ocupa no ordenamento jurídico, na condição de direito e dever fundamental, positivado na Constituição Federal de 1988.

Num primeiro momento, buscará caracterizar o direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana, e desta premissa demonstrar importantes consequências no que diz com a eficácia e efetividade desse direito diante das tutelas jurisdicionais.

Também, pretende-se abordar a questão do direito fundamental à saúde, matéria cada vez mais suscitada no meio jurídico, em razão do grande número de ações, nos órgãos jurisdicionais, pleiteando a liberação e concessão, em caráter de urgência, de medicamentos,

internações e procedimentos cirúrgicos, eletivos ou não, entre outras obrigações de prestação assistencial médica pelos entes públicos, e suas consequências imediatas para os usuários, agentes de saúde e o Poder Judiciário.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a aplicação dos princípios que resguardam o direito a Saúde, o que vem a ser a implementação de Políticas Públicas de Saúde, a intervenção do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas, o princípio do Mínimo Existencial em contraponto a Reserva do Possível. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber, assim, a possibilidade de judicialização de políticas públicas de saúde para que sejam concretizados os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sem que haja violação ao princípio constitucional da separação de poderes já que deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, que é norteador de todo ordenamento jurídico.

1.SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

De início, para a análise e explanação acerca do tema, é de importância a distinção entre as expressões direitos fundamentais, direitos humanos e direitos naturais.

Os direitos fundamentais são os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado. A expressão direitos humanos, por sua vez, ‘guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem Constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Os direitos naturais não se equiparam aos

direitos humanos uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos.

Acerca da teoria dos Direitos Fundamentais, faz-se uma breve análise filosófica e histórica demonstrativa da evolução dos direitos fundamentais através dos tempos.

A ligação primordial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, nos seus teores históricos e filosóficos, demonstra a pertinência desses direitos, ao qual são inerentes da pessoa humana, delineando toda sua universalidade como ideal. Assim, se manifestou pela vez primeira, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A fase anterior aos acontecimentos do final do século XVIII é representada, no âmbito dos direitos fundamentais, pelas cartas e declarações inglesas. A partir da Declaração francesa, com um grau de abrangência muito mais significativo do que as declarações inglesas e americanas, que se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.

Como se vê, a Declaração francesa designava um caráter humano de grande valia, assumindo sua universalidade. Demonstrava a carta, o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII, ao qual descreve José Afonso da Silva em sua obra que diz: " dessa corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal."

A partir desses momentos históricos inerentes aos direitos fundamentais, observa-se que ali os direitos do homem munidos também do direito de liberdade, ganharam força e legitimidade. Externar-se-á então dentro dos direitos fundamentais as características de direitos naturais, inalienáveis e sagrados, caracteres próprios das sociedades democráticas.

A partir destas configurações de direitos, surgem os direitos de primeira geração, representando os direitos civis e políticos, que postulavam uma atividade negativa por parte do Estado, não violando o cunho individual destes direitos. Não obstante a isso, surgem novos modelos de constituições, que primavam não só pela proteção individual dos indivíduos, mas também por direitos sujeitos à prestações, denominados de direitos da Segunda geração, ou seja, os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência.

Já as sociedades modernas, nas suas constituições, começaram a prestigiar o surgimento de novos direitos, denominados de terceira geração (direitos ao desenvolvimento, à paz, à propriedade sobre o patrimônio comum, à comunicação e ao meio ambiente). Também há que se falar em direitos de Quarta geração, que prescrevem a globalização política (direito à democracia, o direito à informação e direito ao pluralismo).

O surgimento dos direitos sociais reflete o contexto de passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, também conhecido como *Welfare State* .

O Estado Liberal era concebido como Estado mínimo, não-intervencionista. Sua atuação limitava-se a proteger as liberdades individuais. Entretanto, o liberalismo revelou-se insuficiente para garantir o equilíbrio social, uma vez que as desigualdades sociais se intensificavam progressivamente, levando grande parcela da população a viver em condições miseráveis. Nesse contexto, as liberdades clássicas não passavam de direitos meramente formais, já que não podiam ser efetivamente fruídas pelos indivíduos que não dispunham de condições materiais mínimas para viver.

Essa situação conduziu a uma evolução da concepção do Estado, ao qual se atribuíram novas funções. O Estado, assim, deixou de ter uma postura *absenteísta* e passou a intervir na ordem econômica e social, estabelecendo políticas de médio e longo prazo. Surgiu, então, o Estado Social, caracterizado pelo *government by policies*, que substituiu o *government by law*

do liberalismo. É nesse contexto que os direitos sociais passaram a ser introduzidos nas Constituições.

A primeira Constituição a prever os direitos sociais foi a do México, de 1917, seguida pela Russa, de 1917 e a alemã de Weimar, de 1919. No Brasil, a primeira Constituição a prever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934. No Brasil, com a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934, inaugurou-se uma nova fase do constitucionalismo. Influenciada, sobretudo, pela Constituição Alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, a Constituição de 1934 trouxe em seu texto uma nova corrente de princípios até então desconhecidos pelo direito positivo pátrio.

Esses novos princípios faziam ressaltar o aspecto social dos direitos fundamentais que jamais havia sido tratado em um texto constitucional. A nova corrente de pensamento propugnava a intervenção do Estado em setores até então intangíveis, como a economia, e substituiu a antiga concepção do Estado de Direito, de inspiração liberal, com a implantação do denominado Estado de bem-estar social. O modelo de Estado de bem-estar é caracterizado por valores refratários ao individualismo e ao absolutismo no poder e visa, sobretudo, a efetividade de direitos sociais básicos.¹

No entanto, a Constituição democrática e social de 1934 durou pouco mais de três anos e, no final dos anos 30, foi substituída pela Carta Constitucional de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, extremamente autoritária e de inspiração fascista. Foi um documento destinado, exclusivamente, a institucionalizar o *Estado Novo*, modelo de Estado autoritário que durou até 1945, quando foi iniciado o processo de redemocratização do país.

O retorno da democracia foi marcado pelo movimento de restauração constitucional que deu origem à Constituição de 1946. O objetivo da nova Lei Fundamental era por fim ao Estado autoritário. Foi uma das melhores constituições do Brasil, tecnicamente muito bem

¹ BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros. 2008.p. 827

elaborada e, do ponto de vista ideológico, abraçava nitidamente uma linha de pensamento libertária, sem se descuidar da abertura para o campo social iniciada em 1934. A Constituição de 1946 teve vigência até abril de 1964, quando eclodiu o golpe militar que desfigurou o texto constitucional através da edição de Atos Institucionais que visavam à centralização do poder nas mãos do Presidente da República. Nesse contexto, da denominada Revolução Militar, foram outorgadas as Cartas Constitucionais de 1967 e de 1969, de características absolutamente autoritárias e que legitimavam o regime ditatorial que prevaleceu por mais de vinte anos no cenário político nacional. No ano de 1984, foi iniciado um movimento social pela redemocratização da política do Brasil. A campanha foi bem sucedida e, em 1985, o Colégio Eleitoral elegeu o Deputado Federal Tancredo Neves o novo Presidente do Brasil.

Entretanto, Tancredo acabou falecendo e o seu vice assumiu a Presidência da República. No governo de transição de José Sarney foi promulgada a Constituição Federal de 1988 que restabeleceu o regime democrático no país.

Interessante notar que, no período que sucedeu a Primeira Guerra Mundial, a expressão direito social referia-se basicamente aos direitos trabalhistas. Estava relacionada, pois, a apenas um grupo determinado de pessoas. Somente mais tarde é que os direitos sociais passaram a corresponder ao direito de acesso a serviços oferecidos em caráter universal, como saúde e educação. Atualmente, os direitos sociais estão previstos em grande parte das ordens constitucionais e são concebidos como condições essenciais à legitimidade de um autêntico Estado de Direito.

No caso da Constituição de 1988, a primeira Constituição brasileira que reconheceu expressamente o direito à saúde como direito fundamental, apresenta diversos dispositivos, e encontra-se previsto de forma genérica no artigo 6º, bem como nos artigos 196 a 200 que conte uma série de normas sobre o direito à saúde. Inclusive os os Pactos Internacionais ratificados e internalizados ao ordenamento jurídico vigente.

O direito à saúde é um dos direitos sociais arrolados no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todos, e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público. Sua aplicação tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos.

Assim, a saúde comunga, na ordem jurídica constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual revestem os direitos e garantias fundamentais na ordem constitucional brasileira².

A Constituição de 1988 operou uma revolução na organização do setor saúde. Este sistema especificado na Constituição foi denominado Sistema Único de Saúde - SUS. O modelo de atenção à saúde, de acordo com os preceitos constitucionais, passou a ser universalista, prevendo uma maior equidade na distribuição dos serviços e na atenção a toda a população.

Antes da Constituição, somente aqueles que contribuía para a Previdência Social é que poderiam ter acesso a ações e serviços de saúde. No entanto, agora com a instituição do SUS, todos podem ter esse acesso, de forma “gratuita”, independentemente de sua condição social. Somente quatro países no mundo são sistemas de saúde universais: ao lado do Brasil, figuram o Canadá, Costa Rica e Cuba.

No que concerne à assistência pública à saúde no Brasil, pode-se afirmar que prestações positivas defluem não apenas dos mandamentos constitucionais, mas também dos comandos legais que estruturam o SUS e demais mecanismos reguladores da assistência à saúde (Lei nº 8.080, de 19.09.90, Lei nº 8.142, de 28.12.90 e Atos Normativos Complementares), além de algumas legislações especiais protetoras de portadores de determinadas doenças como a AIDS (A Lei nº 9.313/96), Câncer e doenças mentais (Lei

² SCARLET, Ingo Wolfgang. *A respeito da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria dos Advogados. 1998.p.234

10.216/2001). O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003, arts. 8º, 9º, 15 e segs.) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 7º e segs.) também possuem comandos legais específicos garantidores do acesso integral à saúde.

No entanto, o direito à saúde não é efetivado apenas pelo SUS, uma vez que esse é apenas um instrumento para essa tarefa. O artigo 196, da CRFB diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, em consonância com o texto constitucional, o artigo 3º, da lei 8080, de 1990, diz que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

O fato de a Constituição Federal de 1988 ter elevado a saúde à condição de direito social fundamental, e como tal é expressamente previsto nos artigos 6º, *caput*, e 196 da CF/88, significa que a Administração Pública tem o dever e a responsabilidade de elaborar e implementar programas operacionais que garantam a atenção e a assistência à saúde de toda a população. Também significa que a população, individual ou coletivamente, pode exigir a consecução desse direito, ainda que tenha de se valer da via judiciária. Tal entendimento decorre do princípio da universalidade (art. 196 da CF/88 c/c o art. 7º, I, da Lei 8.080/90) pelo qual o Estado deve dispensar a atenção necessária à saúde de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, na medida de suas necessidades.

Ademais, pelo princípio da integralidade, o cidadão tem o direito de ser atendido e assistido sempre que necessitar, em qualquer situação ou agravo (art.198, II da CF/88 e art. 7º, II da Lei 8.080/90), de modo que o atendimento deve ser definido em razão da necessidade da pessoa. E, finalmente, pelo princípio da igualdade (art. 196 da CF/88 e art. 7º, IV da Lei

8.080/90), fica o Poder Público obrigado a oferecer atendimento igual para todos, sem qualquer privilégio, devendo, as prioridades, serem pautadas pela necessidade das pessoas.³

Por fim, a saúde também é direito difuso que apresenta uma faceta política. De fato, a comunidade como um todo é titular de direito a comportamentos positivos e negativos em relação a particulares e ao próprio Estado.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Na Grécia Antiga, a saúde era compreendida como uma realidade natural resultante do equilíbrio entre os elementos da natureza. Com o decurso do tempo, essa concepção naturalista de saúde foi substituída pela visão de duas outras correntes de pensamento: o utilitarismo e a epidemiologia.

Para o utilitarismo⁴, a saúde deveria ser analisada como um bem estar individual e coletivo. Por outro lado, a epidemiologia, influenciada pelo marxismo, possuía como valor central a busca da igualdade universal, com a abolição das diferenças de classes e a mudança do modo de produção.

O paradigma do Estado Liberal inaugura o constitucionalismo moderno. Com suas bases nas ideias iluministas, segue uma lógica formal centrada na autonomia individual e na intervenção mínima do Estado. Nesse contexto de aparente neutralidade estatal, não há espaço para um direito à saúde, mas apenas a liberdade para adquirir os serviços de saúde. O fracasso

³ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. Márcio Iorio Aranha(org.). Brasília. Ministério da Saúde, 2003.p.87

⁴ Ocorre que o utilitarismo teve um importante papel na concretização da noção ampla de saúde, notadamente na constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946, que dispõe que “saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade.”

desse modelo constitucional levou ao desenvolvimento do Estado Social, identificado com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

O Estado Democrático de Direito surge como resposta à crescente crise de legitimação do Estado Social, oriunda do aumento exacerbado da atuação estatal, que culminou na redução dos indivíduos à condição de clientes do Estado. Os cidadãos passaram a ser um objeto da tutela estatal. O constitucionalismo social se depara atualmente com diversos desafios relacionados à cidadania, à democracia e à dicotomia público/privado, com o surgimento de novas categorias de direitos que se distanciam dessa antiga oposição.

Sob esse prisma, o direito à saúde, cuja implementação deve observar os critérios da universalidade, igualdade e integralidade, está longe de ser assegurado, de forma minimamente satisfatória, a todos os cidadãos. Como consectário da dignidade da pessoa humana e objetivo constitucional fundamental, tem-se que sua implementação imediata, por intermédio de políticas públicas eficientes, é imposição constitucional, alheia à esfera de discricionariedade dos poderes legislativo e executivo.⁵

Com efeito, a Constituição de 1988, classificada como Dirigente, é promulgada com o intuito de positivizar tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos, abandonando, assim, a antiga premissa de autorregulação do mercado.

Dessa forma, pode-se dizer que a Constituição dirigente não substitui a política, mas torna-se a sua premissa material.⁶No entanto, argumenta-se que a Teoria da Constituição Dirigente pressupõe a autossuficiência da Constituição, sob o fundamento de que ela, por si só, resolveria todos os problemas. Nesse sentido, leciona Bercovici, convicto no instrumentalismo constitucional.

⁵ O próprio fundamento das políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci, é a existência dos direitos sociais, que se concretizam através de prestações positivas do Estado, e o conceito de desenvolvimento nacional, que é a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *As Políticas Públicas e o Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público n° 13, p. 135).

⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 58.

Embora sua juridicidade seja essencial, a Constituição não pode ser entendida isoladamente, sem ligações com a teoria social, a história, a economia e, especialmente, a política.⁷

O Estado Democrático de Direito, cuja Constituição Federal prevê como um dos objetivos fundamentais promover uma sociedade livre, justa e solidária, assim como, o bem de todos, identificado pela prevalência dos direitos humanos,⁸ encontra-se imerso em dilemas para a efetivação das promessas constitucionais.

Nesse sentido, leciona Jose Luis Bolzan de Moraes, ser a Constituição, um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, de outro lado, delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista que, não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de um tal projeto. Ou seja, vive-se sobre a dualidade: política de inclusão versus economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão.⁹

Verifica-se, portanto, que ainda nesse modelo estatal convive-se com a aceitação de certo nível de exclusão, ou seja, um determinado arranjo cujo preço para que uns vivam bem é o perecimento de outros. Há uma margem intransponível de segregação econômica, em que muitas promessas modernas não são usufruídas por uma relevante parcela da população, como é o caso dos serviços de saúde.

⁷ Ibid, p. 41

⁸ A doutrina aponta três problemas referentes à concepção de direitos humanos. Em primeiro lugar, a crítica da legitimidade constata que a doutrina dos direitos humanos confunde consequências dos sistemas legais, que conferem às pessoas direitos bem definidos, com princípios pré-legais, que não podem realmente dar a uma pessoa um direito juridicamente exigível. Nesse sentido indaga-se, “como os direitos humanos podem ter qualquer status real, exceto por meio de pretensões que sejam sancionadas pelo Estado, como a suprema autoridade legal?”. A segunda crítica, a chamada crítica da coerência, relaciona-se à necessidade de deveres correlatos para que os direitos humanos sejam considerados como direitos propriamente ditos. Por fim, a crítica cultural analisa os direitos humanos como pertencentes ao domínio da ética social. Assim, a contestação do alcance dos direitos humanos geralmente provém dessas críticas culturais, uma vez que se argumenta que não existem valores universais, reconhecidos por qualquer sociedade. (SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. Editora Companhia das Letras, 2008, p. 262-263).

⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em ciência jurídica da Univali. V. 12, nº 2, jul/dez 2007, p. 251.

Com efeito, o SUS e a Constituição de 1988, em seu artigo 196, acolheram duas concepções produzidas nos embates pré-constituintes pelo chamado movimento sanitário.¹⁰ Em primeiro lugar, nota-se que incorporou a compreensão de que a saúde é produto das relações sociais e econômicas de determinada sociedade, por meio da indicação de que as políticas sociais e econômicas devem concorrer para a redução do risco de doença e de outros agravos. Em segundo lugar, ressalta-se uma diretriz de política pública para a garantia de ações e serviços atinentes à saúde – acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O fim dos institutos de previdência, com a implantação do SUS, igualmente, induziu a criação de uma saúde supletiva, que não depende do financiamento do Estado e nem está diretamente subordinada a ele. Ocorreu, entretanto, que a expansão do setor privado se deu à custa da perda de qualidade do setor público, que ainda é a única chance de cura ao alcance da maioria da população. Portanto, essa espécie de universalização excludente é marcada por estratégias individuais ou corporativas de proteção contra riscos, sendo que os excluídos não têm chance de se assegurarem contra eles, ficando sujeitos às prestações públicas estatais de caráter subsidiário.

As políticas públicas são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e a sociedade, em razão de mediações entre atores da sociedade e do Estado. São políticas explicitadas, sistematizadas ou

¹⁰ O movimento sanitário surgiu na Itália, rompendo com o sistema mutualista até então vigente, e instituiu a saúde como um direito propriamente dito. Ele propunha a democratização das relações entre a sociedade e o sistema de saúde, como posição política aglutinadora. Defendia, outrossim, quatro pontos doutrinários centrais: “i) concepção de saúde como direito universal de cidadania; ii) a compreensão da determinação da saúde e doença pelas relações econômicas e sociais prevalentes; iii) a responsabilidade do Estado na garantia do direito e a necessidade de criar um sistema público unificado de saúde e de livre acesso a toda a população, superando a antiga dicotomia organizacional e de usuários que adivinha da existência separada dos serviços de saúde pública e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS); e iv) a participação e o controle direto, isto é, o controle social deste sistema unificado por representantes da população e das entidades civis da sociedade.” (PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. op. cit., p. 107).

formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos.¹¹

As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais.

Como o poder é uma relação social que envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter um mínimo de consenso e, assim, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia.

3.CONTROLE JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE

A concepção do direito de ação como direito fundamental deve servir de base para a atuação do Juiz diante do caso concreto e de necessidade do direito material. Justamente no âmbito da atuação jurisdicional é que se destaca essa qualidade especial dos direitos fundamentais.

¹¹ [...] Dessa forma, parcelas da população brasileira dispõem atualmente de diferentes vias de acesso a serviços de assistência médica, decorrentes de composições distintas no financiamento, cujos contrastes espelham as mesmas profundas desigualdades que se fazem presentes em inúmeros outros âmbitos da vida social. As duas formas predominantes de acesso colocam, de um lado, os que possuem planos ou seguros privados de saúde, aos quais está garantido igualmente o acesso aos serviços do SUS, e, de outro lado, os que têm acesso exclusivamente aos serviços prestados pelos estabelecimentos e profissionais do SUS (...) Essa situação de iniquidade social – expressa por condições diferenciadas de atendimento lastreadas em recursos públicos – poderia ser ainda mais agravada se houvesse uma completa separação entre as duas vias de acesso a serviços de saúde, fazendo que o SUS fosse destinado apenas à população carente. Um sistema focalizado nos indivíduos de mais baixa renda tenderia a ser ainda mais frágil, politicamente, nas disputas orçamentárias. Mas o pior efeito adverso dessa opção de separação formal das duas clientelas seria a criação de um sistema pobre para os pobres, na contramão dos sistemas universais de saúde que deram certo em outros países.” (PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. op. cit., p. 159).

Nesse sentido, deve o magistrado buscar na norma processual a técnica que se mostre mais apta e idônea para outorgar a máxima efetividade à tutela jurisdicional pleiteada. Isto permite o alargamento do campo de proteção processual, de modo a atender a todas as situações carecedoras de tutelas jurisdicionais.

Os artigos 461 do CPC e 84 do CDC instituem verdadeiras cláusulas gerais destinadas a definir a medida adequada e necessária ao concreto, postas à disposição do Juiz, como forma de lhes outorgar parcela de poder que lhes permitam estabelecer a tutela adequada diante do caso concreto. Marinoni adverte que se o legislador eventualmente se esquecer de prever a técnica processual adequada [...] “o juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva...ao considerar as necessidades de tutela dos direitos.”¹²

A transformação da sociedade e do próprio estado fez emergir os direitos fundamentais às prestações sociais, à proteção e à participação, assumindo relevo a necessidade de estruturação de técnicas processuais idôneas e efetivas à tutela dos novos direitos. Nesse sentido, destaca-se a importância da tutela específica, como meio de dar aos cidadãos o que efetivamente lhe é proporcionado pelo direito material, mormente quando a sentença condenatória não é suficiente para a guarda dos novos direitos.

Em se tratando de obrigações de fazer, a tutela específica constitui afirmação na autoridade do próprio ordenamento jurídico-material, uma vez que conduz à satisfação pela obtenção do próprio bem devido.

Não se pode imaginar o direito à tutela jurisdicional como simples direito de ação, sem a coexistência de técnicas processuais e de procedimentos que sejam efetivos para a proteção e promoção do direito material reclamado, sob pena de ofensa ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.33.

Ademais, a tutela jurisdicional efetiva deve ser pensada de acordo com a realidade social, considerando as desigualdades dos sujeitos da relação jurídica, uma vez aqueles que merecem técnicas ou procedimentos processuais diferenciados são exatamente aqueles que possuem dificuldade de enfrentar as dificuldades dos procedimentos comuns.

Outrossim, não obstante a tutela ao bem da vida procurado pelo autor de uma demanda judicial ser, geralmente, concedida somente ao final do procedimento, não se pode esquecer que o jurisdicionado tem direito à tutela antecipatória que, quando cabível, deve ser efetiva.

Como não tem sentido falar em direito sem pensar em meios processuais adequados para a sua efetivação, ganha importância os provimentos mandamentais, os quais conferem maior extensão e potencialidade de efetivação da tutela jurisdicional, haja vista que o direito de ação significa o direito à efetivação concreta da tutela buscada. É o caso, no direito brasileiro, dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, os quais conferem ao juiz o poder e os mecanismos necessários para a utilização no caso concreto, capazes de atender ao direito à tutela jurisdicional.

A plasticidade desses procedimentos, bem como a possibilidade da concessão de provimento (ou meio executivo) diverso da solicitado e da imposição de meio executivo diferente daquele que não conduziu ao resultado objetivado, deve ser compreendida a partir da necessidade de se conferir ao juiz poder suficiente à efetivação da tutela jurisdicional.

A escolha dos provimentos ou dos meios executivos vai depender da adequação e da idoneidade para a efetividade do direito, não se olvidando de que, sempre que possível, o meio escolhido deve ser o menos grave possível para o demandado, ou seja, a execução precisa estar adequada ao caso concreto. Como bem pondera a doutrina em geral, o juiz tem o dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem

necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ela submetida^{13,14}.

Isso significa dizer que a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, e mesmo quando a técnica positivada não se mostrar idônea diante do caso concreto, é preciso que o juiz dê à técnica processual a interpretação que garanta a máxima efetividade à tutela jurisdicional, partindo do pressuposto de que o objeto a ser tutelado está diretamente vinculado com a realidade social.

Neste caso, vale lembrar que a melhor interpretação deve partir dos princípios a serem considerados em face do caso concreto. Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Esse juízo, pertinente ao peso dos princípios, é um juízo de ponderação, que assim permite que os direitos fundamentais tenham efetividade diante de qualquer caso concreto, considerando os princípios que como eles possam colidir¹⁵.

Para tanto, e para se chegar à técnica processual adequada à situação concreta, além de partir da premissa do direito fundamental como princípio, mister se faz considerar previamente as necessidades concretas das partes e a tutela prometida pelo direito material. Diante do caso concreto, se o juiz chegar à conclusão de que a técnica ou regra processual, ou mesmo a omissão legislativa, impedir a concretização da tutela judicial, mister se faz que o magistrado interprete o sistema processual à luz dos princípios constitucionais visando tutelar efetivamente direito material reclamado. Partindo da premissa de que não há dúvida de que o juiz deve prestar a tutela efetiva, é fácil justificar, em conformidade com a constituição, que determinada técnica é imprescindível à tutela da situação concreta.¹⁶

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004., p.266-227.

¹⁴ GUERRA, Apud MARINONI, op. cit., p.217

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.211.

¹⁶ Ibid. p.233

A outorga de poder para que o juiz possa conceder tutela antecipada no processo de conhecimento, em como para que possa determinar as medidas executivas necessárias e adequadas diante do caso concreto, apontam para a idéia de que a tipificação legal das técnicas processuais pode não ser a melhor solução para a prestação jurisdicional. Este é o fundamento das previsões dos arts. 273, 461,461-A do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa Consumidor, que se constituem em ferramentas adequadas a prestação jurisdicional. Cabe ao magistrado proceder à adequação da técnica processual diante das necessidades do direito substantivo e do caso concreto.

4. EFICÁCIA CONCRETA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Com frequência, enfrenta-se a tormentosa questão da eficácia concreta das decisões judiciais, já que o administrador descumpre, na grande maioria das vezes, a decisão judicial, que determina a remediação da lesão do cidadão ao seu direito à saúde.

O cidadão, que vai a juízo, seja através da substituição do Ministério Público ou individualmente, não busca meramente uma decisão judicial, mas sim um efeito fático-jurídico concreto. A pretensão relativa a um medicamento ou tratamento não terá seu direito atendido com uma mera declaração judicial acerca de sua existência.

Busca-se uma tutela condenatória ou mandamental, ou seja, uma tutela marcada pelo sancionamento. O problema maior reside em fazer incidir o sancionamento sobre o Estado.

Distingue-se a sentença mandamental da condenatória, porque aquela tem algo a mais que a condenação. Na sentença mandamental, não se limita o juiz a verificar se há direito violado e a fixar a sanção aplicável, mas uma vez realizada esta operação, vai além e ordena ao demandado o cumprimento da sanção declarada.

As sanções podem ser uma obrigação de fazer, de dar coisa certa, uma ordem, ou a fixação de multa diária, de acordo com o meio judicial escolhido, buscando a tutela jurisdicional.

4.1. MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança tem sido o remédio constitucional mais usado na defesa do direito à saúde, em razão do seu rito sumário e pelo fato da prestação jurisdicional, no mandado de segurança, ser um mandamento. Apesar de estar sujeita ao duplo grau, os recursos cabíveis contra a sentença proferida no mandado de segurança, ocorrem apenas no efeito devolutivo, sendo a execução imediata, à luz do parágrafo único, do artigo 12, da lei 1533, de 1951.

A natureza das sentenças no mandado de segurança abriga controvérsias. No entanto, basta observar, o objeto da ação da ação, para se determinar a natureza da sentença a ser proferida. Se o impetrante pretende uma prestação ou se deseja uma abstenção, a sentença será condenatória. Se o pedido se limitar à anulação de um ato viciado, a sentença será constitutiva. E, finalmente, se a inicial restringir-se a pedir o reconhecimento da nulidade de um ato, sem mais nada pleitear, tem-se uma sentença declaratória.

De toda sorte, a sentença mandamental proferida no mandado de segurança “manda” que se cumpra a prestação, mediante coerção indireta. A força do Estado já está nela contida. Nas sentenças condenatórias, somente sua eficácia é executiva, em si, ela não tem força nenhuma, nem mesmo executiva.

A sanção patrimonial e a sanção penal são os primeiros caminhos para constranger o impetrado a cumprir a ordem judicial.

a) sanção patrimonial

No Brasil, há uma lacuna quanto à destinação da multa por descumprimento da ordem judicial. O artigo 461 do CPC apenas diz que a imposição da multa pode vir a requerimento da parte ou de ofício e que "a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)". Ante a inexistência de tal norma, que determine o encaminhamento do resultado da incidência da multa ao Estado ou a um fundo, o ordenamento jurídico pátrio não permite outra saída a não ser a incorporação do numerário ao patrimônio do credor, o que se faz, inclusive, com suporte analógico no quanto disposto no art. 601 do Código de Processo Civil: "nos casos previstos no artigo anterior (atos atentatórios à dignidade da justiça), o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução".

b) Sanção penal

Além de estar sujeito ao pagamento de multa, bem como à incidência de prisão civil nas hipóteses previstas na Constituição Federal, se o destinatário descumprir a ordem judicial poderá sofrer sanção penal. A finalidade da sanção penal, todavia, é distinta da finalidade das demais sanções: a sanção penal tem por escopo punir a infração cometida pelo agente; as demais servem como mecanismo de coerção para o cumprimento do comando judicial.

De toda forma, ainda que o objetivo final da sanção penal seja punitivo, indiretamente serve ela como meio de coerção.

Vale consignar que não apenas as decisões transitadas em julgado ensejam a caracterização do crime de desobediência. Todas as espécies de decisões, desde que contenham uma ordem, podem acarretar a conduta delituosa.

Os sujeitos ativos da conduta delituosa, prevista no artigo 330 do CP, podem ser "o particular ou o funcionário público, em sentido amplo, em relação a atos e fatos não relacionados ao exercício do cargo e função públicos". Na hipótese de o funcionário público estar no exercício da função, a não observância ao mandamento judicial pode configurar crime de prevaricação (artigo 319, Código Penal) ou crime de responsabilidade (arts. 85 e 100, § 5º, da CRFB).

Caso haja desobediência a ordem dirigida contra pessoa jurídica de direito privado, a pessoa física responsável pelo cumprimento do comando, e a quem estava endereçada a ordem, é o agente que pratica o delito. A esse respeito, consigna Eduardo Talamini que "é irrelevante a circunstância de o representante, pessoalmente considerado, ser 'terceiro' no processo civil de que proveio a ordem, até porque – reitere-se – o sancionamento por desobediência é alheio ao processo em curso. De resto, sempre se reconheceu que o crime de desobediência é praticável por terceiros em relação ao processo".

Em relação às pessoas jurídicas de direito público, em tese, deveria ser aplicada igual solução. Porém, como já fora mencionado, o funcionário público, no exercício de sua função, não pratica essa espécie de crime. E o problema surge quando se verifica que o crime de prevaricação necessita do elemento subjetivo "satisfazer interesse ou sentimento pessoal". Com isso, o funcionário que deixa de cumprir a ordem judicial por outra razão que não aquelas previstas no tipo penal, e aí, não pode ser punido por prevaricação. Tal fato abre via para tornar a Administração Pública imune a qualquer sanção de natureza penal por descumprimento a preceito judicial.

Verificada a desobediência em flagrante delito, pode o juiz que expediu a ordem determinar a prisão do destinatário. Caso contrário, somente poderá ser feita pelo juiz criminal que presidir a respectiva ação penal.

Após tomadas essas providências e, mesmo assim, o demandado não cumprir a ordem judicial, a questão comporta duas outras alternativas, conforme o caso: 1) converter a obrigação infungível em perdas e danos e invadir o patrimônio do desobediente para ressarcir o vencedor da causa; 2) viável em algumas hipóteses, é converter o caráter mandamental da sentença em executivo *lato sensu*.

O direito processual há muito convive com situações em que a tutela relativa à obrigação de fazer ou não fazer não é alcançada na forma específica. Pouco importa a razão pela qual o destinatário da ordem não a tenha cumprido: o fato é que não se chegou a dar à parte a prestação na forma em que foi requerida, apesar de o direito ter sido reconhecido pelo Poder Judiciário.

Nesses casos, deve-se verificar a possibilidade de eventual conversão da medida, a fim de verificar até que ponto a utilização de meios sub-rogatórios contribuirão para a efetividade da prestação jurisdicional, com a obtenção do resultado prático equivalente.

Porém, como se disse anteriormente, não são todos os casos que possibilitam a obtenção da tutela específica ou de resultado prático equivalente sem o cumprimento do mandamento judicial. Por exemplo, na hipótese de se determinar a um pintor, por meio de mandado, que faça a pintura de uma pessoa idosa, prestes a falecer. Descumprida a ordem e advindo o falecimento da pessoa, não há como se pretender a obtenção da tutela específica. Nesse caso, somente resta a possibilidade de pleitear as perdas e danos decorrentes do descumprimento do contrato, sem prejuízo das sanções pelo descumprimento da ordem.

O descumprimento do mandamento judicial, tornando impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, abre caminho para a tutela ressarcitória. Neste

ponto, busca-se colocar o autor em posição equivalente àquela sustentada caso não tivesse ocorrido o dano.

É o que estabelece o artigo 927, do Código Civil de 2002 :Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Em relação a perdas e danos, o dispositivo é complementado pela norma do artigo 402 do mesmo estatuto: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Os dois dispositivos transcritos são importantes critérios para a questão da reparação dos danos causados pelo descumprimento à ordem. Saliente-se que nas perdas e danos computa-se tudo o que perdeu (*danum emergens*) — patrimonial e extrapatrimonial — e tudo o que razoavelmente deixou-se de lucrar (*lucrum cessans*).

Com isso, o sistema faz com que a impossibilidade de prestação da tutela jurisdicional na forma específica não aniquile o direito da parte. Os danos causados pela conduta (comissiva ou omissiva) do agente serão integralmente ressarcidos ao lesado.

4.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública é ação de conhecimento de rito ordinário e suas sentenças condenatórias padece dos mesmos problemas de efetividade, acima mencionados. Os remédios jurídicos são os mesmos, com destaque para o instituto da tutela específica, previsto no art. 461, do CPC, para a efetividade das medidas liminares e processo executivo para as sentenças de mérito.

5. O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Em um cenário de recursos escassos, com o aumento da expectativa de vida e o aumento das doenças, é difícil dizer qual é o mínimo de saúde que deve ser assegurado à coletividade. Não se pode oferecer a todos a assistência médica a que os mais ricos têm acesso. Portanto, como decidir qual é o nível de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham? A questão é: quanta inclusão é possível, ou, ao contrário, quanta exclusão se admite no Estado Democrático de Direito?

Dworkin faz um contraponto entre dois princípios que poderiam responder a esse questionamento. O primeiro, o princípio do resgate, diz que devemos gastar tudo que pudermos com a saúde de todos e de cada um dos indivíduos da sociedade até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Ao concluir que a aplicação desse princípio é inaceitável, sugere a adoção do princípio do seguro prudente, que admite certos limites na cobertura universal, não como transigências da justiça, mas como exigidos por ela. O seguro prudente equilibra o valor saúde com outros bens e riscos: presume que as pessoas possuem o direito de escolha quanto ao montante a ser gasto na saúde, para que possam se proteger contra outros riscos, igualmente perigosos e nefastos à vida.¹⁷

Diante da insatisfação popular quanto à realização das promessas constitucionais e da democratização do acesso ao Poder Judiciário, consolidada antes do texto da Constituição de 1988, a sociedade colocou nas mãos dos juízes uma responsabilidade nova e perigosa: definir a prestação dos serviços de saúde. É nesse contexto que surgem alguns questionamentos que vão das clássicas interrogações a respeito da eficácia dos direitos sociais até as dúvidas acerca

¹⁷ Dworkin sugere o ideal do seguro prudente. Esse ideal traz uma interessante hipótese em que “a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos”. Segundo o autor, nessas condições ideais, o que a sociedade gastaria com assistência médica é exatamente a quantia moralmente adequada, e a distribuição de recursos seria justa para tal sociedade, hipótese em que a justiça não exigiria assistência médica a quem não a comprou (DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 440).

da legitimação do Poder Judiciário para intervir nas opções políticas, tendo em vista a clássica tripartição de funções do Estado.

Por outro lado, José Joaquim Gomes Canotilho reconhece a dificuldade da existência de um controle de constitucionalidade de políticas públicas. Isso porque a política pública tornar-se-ia, em última análise, um padrão de conduta constitucional, definindo um fim a ser alcançado pela realização de determinadas tarefas, retirando-se essa escolha dos órgãos políticos. Ademais, o magistrado não pode, a seu ver, se transformar em agente político, tampouco se pode obrigar, em um Estado Democrático de Direito, os agentes políticos a cumprirem determinado programa de ação. No seu entendimento, o controle de políticas públicas poderia se dar tão somente no tocante à compatibilidade de determinada política pública com os princípios e dispositivos da Constituição, tanto sob o aspecto formal como material.¹⁸

Com efeito, predominava, nos tribunais brasileiros, a percepção de que os juízes deviam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador. As prestações sociais, ainda que positivadas no texto constitucional, seriam judicialmente exigíveis, tão somente, quando o legislador assim determinasse, devido ao cunho programático que era atribuído às normas que consagram os direitos sociais.¹⁹

Assim, pretender tornar a jurisdição um balcão de assistência social, em que o magistrado deve dizer não só sobre o conteúdo do direito deduzido em juízo, mas viabilizar a sua realização, muitas vezes sem levar em consideração os limites e as disponibilidades financeiras do Estado, não parece uma solução razoável. Isso porque uma decisão sobre a concessão ou não de uma prestação positiva que onere os cofres estatais tem uma repercussão

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Almedina, 2001, p. 832-833.

¹⁹ O autor Ingo Sarlet defende a intervenção judicial nos casos da ausência de concretização legislativa das normas constitucionais de baixa densidade normativa, desde que sejam observados alguns limites, tais como a reserva do possível, a falta de legitimação dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 268-269).

que ultrapassa os limites subjetivos da coisa julgada. Em outras palavras, o juiz deve sempre considerar aspectos de macro justiça ao examinar demandas sociais.²⁰

A questão da insuficiência de recursos não significa apenas que o Brasil está recebendo uma quantia de recursos inferior às necessidades do sistema, mas está empregando mal esses recursos. Além dessa ineficiência na destinação dos recursos, há também o problema da coordenação de ações e de serviços de saúde. Parece inevitável que, por mais recursos que se destine à saúde, nunca será possível atender a todas as necessidades de saúde de uma sociedade, isto é, o atendimento sempre implicará em escolhas, que são muitas vezes difíceis em se tratando de um bem tão valioso que é a saúde e a própria vida.

Verifica-se, outrossim, que o Poder Judiciário possui uma base informacional distinta daquela de que dispõe o Poder Executivo. De fato, a política pública possui algumas fases - agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação -, que devem ser respeitadas pelo administrador público. Quando o magistrado determina a internação de certo paciente na UTI, a entrega de um medicamento ou a realização de uma cirurgia, essa decisão não dará origem a uma política pública em todas as suas etapas. Ao contrário, como o magistrado não possui uma visão de todo o conjunto, acaba fazendo justiça dentro de limites muito restritos, com inobservância de aspectos essenciais à formulação de uma política pública. É o que Thomas Kuhn aponta como deficiência do instrumento científico²¹.

²⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 127.

²¹ Ao constatar o aumento progressivo das necessidades humanas no âmbito da saúde e a inexistência do aumento correspondente dos recursos orçamentários, Dworkin aponta o surgimento de novas tecnologias e tratamentos como principal fator do aumento dos gastos com saúde nos Estados Unidos. Nesse sentido, conclui que: “os Estados Unidos não estão pagando muito mais pela medicina pela qual pagavam menos anteriormente; pelo contrário, agora têm muito mais tratamentos médicos para pagar.” Esse argumento pode ser utilizado igualmente no contexto brasileiro. DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 433).

A judicialização das políticas de saúde, como resposta à ausência de um mínimo de saúde a ser conferido a todos, traz problemas não apenas de ordem financeira, técnica, e administrativa, mas também de isonomia. Com efeito, apesar da democratização do acesso à justiça, a principal clientela do Judiciário brasileiro continua sendo a classe média. Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente vão à justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes nem conhecem esses direitos. Esses segmentos continuam dependentes das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Não se trata, portanto, de uma colisão de princípios ou valores que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. Na verdade, o que está em jogo é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros, aqueles que não têm capacidade de mobilização suficiente, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia.^{22, 23}

A reação de alguns setores sociais, mais, sobretudo, dos gestores do SUS, mostraram ao Judiciário que a saúde não se restringe às receitas médicas juntadas na inicial. Ao contrário, o SUS é estruturado por uma série de normas, com destaque para os protocolos clínicos e terapêuticos, padronização de medicamentos, procedimentos de atenção básica, e outros. Não é à toa que a tomada de decisões pelo Judiciário esteve e continua submetida à ciência médica.

No entanto, há mecanismos disponíveis pelo Poder Judiciário para que seja reduzida essa deficiência do seu instrumento científico ou da sua base informacional, tais como as

²² KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 45.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 876.

audiências públicas, os Termos de Ajustamento de Conduta, a admissão do *amicus curiae* no processo judicial e, até mesmo, o simples dialogo entre as instituições.

A valorização da participação social na saúde é um caminho para o desenvolvimento do SUS na direção da inclusão. A busca por mais informações sobre cada caso concreto, de forma a entender as peculiaridades do quadro clínico do autor e do respectivo tratamento, permite identificar onde reside o litígio entre as partes. Essa aproximação da sociedade ao sistema de saúde permite observar que precisamos ir além das formas tradicionais e institucionalizadas de participação social para reduzir a exclusão social que cerca o sistema de saúde.²⁴

CONCLUSÃO

As políticas públicas formuladas pelos gestores da saúde são parâmetros normativos que devem ser observados pelos magistrados, em suas decisões judiciais que envolvam a saúde, pois, além de representarem normas jurídicas, são a expressão das escolhas sociais e políticas que dão densidade ao direito à saúde previsto na Constituição. Dessa forma, o Judiciário deve oferecer aos cidadãos procedimentos para que possam questionar a legitimidade, eficácia e atualidade das políticas públicas de saúde quando não forem suficientes as demais formas de participação e controle sociais.

No contexto brasileiro, no qual é impossível dar atendimento ilimitado a todos, o princípio da equidade exige que os recursos escassos sejam distribuídos de modo a priorizar a redução ou eliminação de diferenças entre indivíduos que advêm de fatores evitáveis e injustos.

²⁴ UNGER, Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*: São Paulo, Boitempo, 2004, p. 9.

Por vezes, as decisões de improcedência do pedido do autor sobre as prestações de saúde não deverá ser concebida como uma opção, mas uma realidade, que vai coadunar o binômio necessidade do jurisdicionado e possibilidade do estado diante do mínimo necessário e a reserva do possível.

A maioria das decisões irá priorizar o pedido do autor na proteção da saúde individual, e balizada numa combinação de princípios distributivos, nem sempre coerentes, implementados por diretrizes institucionais envolvendo fundamentos políticos e técnicos, mas principalmente pressionada pela premência da necessidade do indivíduo beneficiário e pela opinião pública.

O Poder Judiciário pode e deve atuar no controle das políticas públicas de saúde, pautado nas exigências do direito justo e amparado num sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado, em conformidade com o texto constitucional que, a par de estabelecer garantias das liberdades individuais, estabelece objetivos a serem perseguidos no plano social. Assim, ele deve colaborar para a concretização dos objetivos constitucionais, tendo em vista que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como é o caso do direito à Saúde.

Entretanto, convém salientar que, quando não se tem certeza diante do binômio dever estatal e necessidade pessoal de preservação da saúde, deve o Magistrado optar pela procedência do pedido, tendo em vista que se discute é a vida, o bem maior daquela pessoa.

Diante do exposto, conclui-se que pode o Poder Judiciário intervir para garantir a efetivação do direito à saúde, não havendo qualquer violação aos princípios da Reserva do Possível, tampouco da Separação dos Poderes, pois, nesse conflito de interesses, deve prevalecer a vida e a saúde do cidadão.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela Específica. Das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FRIEDE, Reis. *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares*. 5 ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: Forense Universitária, 2002.
- MEDINA, Miguel Garcia Medina. *Execução Civil. Teoria geral. Princípios fundamentais*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público* n° 13.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Almedina, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de Políticas Públicas. *Revista de Informação Legislativa* n° 138.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação stricto sensu em ciência jurídica da Univali*. Vol 12, nº 2, jul/dez 2007.

PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: *Políticas sociais: acompanhamento e análise*. Vinte anos da Constituição Federal. Vol. 1. Ipea.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SCARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. Editora Companhia das Letras, 2008.

Supremo Tribunal Federal. AGRRE 271286/RS. Relator Min. Celso de Mello. DJU 24.11.2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18/07/2011.

UNGER, Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.