

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

RODRIGO ALVES DE ARAUJO

ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:
PARÂMETROS PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE

SOUSA/PB

2016

RODRIGO ALVES DE ARAUJO

ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:
PARÂMETROS PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Osmando Formiga Ney.

SOUSA/PB

2016

RODRIGO ALVES DE ARAUJO

ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:
PARÂMETROS PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE

Data de aprovação: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Osmando Formiga Ney

Banca Examinadora

Banca Examinadora

Onde quer que haja um direito individual
violado, há de haver um recurso judicial
para a debelação da injustiça.
Este, o princípio fundamental de todas as
constituições livres.

(Rui Barbosa)

RESUMO

O Poder Judiciário atualmente, assim como, nos últimos anos tem atuado como protagonista na vida institucional brasileira, em decorrência do grande problema da dogmática constitucional e do constitucionalismo moderno: o fenômeno denominado de síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Assim, o Judiciário tem sido alçado a concretizar e dar efetividade as normas constitucionais de conteúdo de direito fundamental, em especial, os direitos sociais de dimensão prestacional, para que as referidas normas não se tornem promessas constitucionais inconsequentes. Especificamente quanto ao direito social à saúde, o Estado brasileiro vive um caos político e um total desgoverno, com a falta de medicamentos, de médicos e profissionais da saúde, de tratamentos eficientes e adequados, falta de leitos, entre outros. Todas essas questões são objeções à efetivação do direito constitucional à saúde que goza o cidadão, e, do próprio direito à vida. Nesse ambiente, tratando-se de um direito constitucionalmente assegurado, o Judiciário é provocado a intervir, mediante determinações ao Poder Público para que forneça prestações de saúde em uma gama de situações, a fim de concretizar a promessa constitucional de preservar à saúde, à vida e dignidade dos indivíduos. Essas questões fizeram surgir o debate sobre os limites as decisões judiciais que intervêm nas políticas públicas de saúde. E assim, questiona-se: quais os parâmetros a serem observados pelos julgadores no momento de decidir demandas judiciais que requerem a condenação do Poder Público a fornecer prestações materiais de saúde? Como hipótese para o questionamento, temos que a construção dogmática de parâmetros para que os julgadores atuem em demandas de saúde proporcionará segurança jurídica a todos e legitimidade plena as decisões judiciais. Diante disso, a presente pesquisa objetiva verificar a legitimidade da intervenção Judicial nas decisões que determinam ao Poder Público o fornecimento de prestações de saúde, assim como, analisar a construção doutrinária e jurisprudencial dos parâmetros a serem observados pelos tribunais e magistrados na concretização do direito à saúde. O estudo adota como método de abordagem o dedutivo, à metodologia empregada, segue o modelo qualitativo, e, como técnica de pesquisa, utiliza-se a bibliográfica, através da análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Como resultados, tem-se que a decisão judicial que determina ao Poder Público o fornecimento de prestações da saúde deve respeita e ter como parâmetros: a dignidade da pessoa humana; os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da subsidiariedade e da proporcionalidade; os limites estabelecidos pelo STF no julgamento da STA nº 175.

Palavras chave: Ativismo Judicial. Judicialização da saúde. Parâmetros para intervenção judicial.

ABSTRACT

The today's Judiciary , as well as power in recent years has acted as protagonist in the Brazilian institutional life, due to the big problem of constitutional dogmatic and modern constitutionalism: the phenomenon called syndrome ineffectiveness of constitutional norms. Therefore, the judiciary has been raised to implement and give effect to the constitutional rules of fundamental right content, in particular social rights prestacional size, so those standards do not become inconsequential constitutional promises. Specifically the social health right, the Brazilian state lives a political chaos and total mismanagement, with a lack of medicines, medical and health professionals, efficient and appropriate treatments, lack of beds, among others. All of these are objections to the realization of the constitutional right to health enjoyed by the citizens, and the right to life itself. In this environment, in the case of a constitutionally guaranteed right, the judiciary is caused to intervene by determinations to the Government to provide health benefits in a range of situations in order to fulfill the constitutional promise to preserve health, life and dignity of individuals. These issues have raised the debate on the limits of judicial decisions intervening in public health policies. And so, the question is: what are the parameters to be observed by judges when deciding lawsuits that require the condemnation of the government to provide health benefits materials? As a hypothesis for questioning, we have the dogmatic construction parameters so that the judges act on health demands will provide legal certainty to all and full legitimacy judgments. Thus, this research aims to verify the legitimacy of judicial intervention in the decisions that determine the Government to providing health benefits, as well as examine the doctrinal and jurisprudential construction of the parameters to be observed by the courts and judges in the implementation of the right to Cheers. The study adopts the approach of the deductive method, the methodology follows the qualitative model, and as a research technique used to literature, through legislative, doctrinal and jurisprudential analysis. As a result, it follows that the court decision determining the Government the supply of health services must respect and take as parameters: the dignity of the human person; the principles of inafastabilidade jurisdiction, subsidiarity and proportionality; the limits established by the Supreme Court in the trial of STA nº 175.

Keywords: Judicial Activism. judicialization of health. Parameters for judicial intervention.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	10
2.1. A saúde como direito e dever fundamental do Estado	10
2.2. Considerações sobre o conteúdo do direito à saúde	15
2.3. A eficácia e efetividade do direito à saúde	18
2.4. As políticas públicas de fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares	23
3. ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	27
3.1. Notas acerca do ativismo judicial	27
3.2. A judicialização da política e do direito à saúde	37
3.3. Obstáculos e críticas à judicialização excessiva do direito à saúde	44
4. PARÂMETROS PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	53
4.1. O Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde	53
4.2. Parâmetros para a interferência do Judiciário no fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares	67
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário atualmente, assim como nos últimos anos, tem atuado como protagonista na vida institucional brasileira, em decorrência do grande problema da dogmática constitucional e do constitucionalismo moderno: o fenômeno denominado de síndrome da inefetividade das normas constitucionais. O Judiciário tem sido alçado a concretizar e dar efetividade as normas constitucionais de conteúdo de direito fundamental, em especial, os direitos sociais de dimensão prestacional, para que as referidas normas não se tornem promessas constitucionais inconsequentes.

Em virtude de sua posição ativista, em casos de grande repercussão nacional que envolve direitos sociais de cunho prestacional, o Poder Judiciário tem sido alvo de elogios e de fortes críticas. Essa posição ativista dar-se primordialmente em decorrência do constante desrespeito aos direitos fundamentais sociais, em especial os que necessitam de uma atuação positiva do Poder Público.

Especificamente quanto ao direito social à saúde, o Estado brasileiro vive um caos político e um total desgoverno, com a falta de medicamentos, de médicos e profissionais da saúde, de tratamentos eficientes e adequados, falta de leitos, entre outros. Todas essas questões são objeções à efetivação do direito constitucional à saúde que goza o cidadão, e, do próprio direito à vida. Nesse ambiente, tratando-se de um direito constitucionalmente assegurado, o Judiciário é provocado a intervir, mediante determinações ao Poder Público para que forneça prestações de saúde em uma gama de situações, a fim de concretizar a promessa constitucional de preservar à saúde, à vida e dignidade dos indivíduos.

Também, há de se considerar que as demandas judiciais que pleiteiam a prestação de saúde cresceram exponencialmente, o que exige, indubitavelmente do Judiciário uma atuação importante. Porém, essa atuação deve-se dar de maneira razoável, e para tanto, é necessário à construção de parâmetros para legitimar a atuação judicial, evitando-se decisões extravagantes e de cunho emocional que condena o Poder Público a prover qualquer tipo de prestação material da saúde requerida. Esses excessos podem provocar a descontinuidade, das já tão ineficientes, políticas governamentais.

Desta forma, questiona-se: quais os parâmetros a serem observados pelos julgadores no momento de decidir demandas judiciais que requerem a condenação do Poder Público a fornecer prestações materiais de saúde, como o fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares? Como hipótese para o questionamento, temos que a construção dogmática de parâmetros para que os julgadores atuem em demandas de saúde, levará aos jurisdicionados e aos entes estatais segurança jurídica, termos pronunciamento judiciais que respeitarão inegavelmente à Constituição e as escolhas governamentais, e, por outro lado, não impedirá que o Judiciário cumpra sua função de prover a supremacia da Constituição e de efetivar e concretizar os direitos e garantias individuais do cidadão.

O estudo adota como método de abordagem o dedutivo, o qual proporciona uma análise que parte do geral ao particular, permitindo uma visão global e sistemática da matéria, ou seja, parte de fundamentação genérica chegando à dedução particular, valendo-se de premissas amplamente reconhecidas e devidamente deduzidas, chegando-se às conclusões almejadas para o trabalho.

Quanto à metodologia empregada, segue o modelo qualitativo, onde alcança a natureza e a abrangência do tema a ser perquirido, verifica as interpretações possíveis para análise do fenômeno jurídico a ser analisado, compreende e interpreta de forma ampla os diversos fatos jurídicos envolvidos, de modo a entender os fenômenos do ativismo judicial e a judicialização excessiva do direito à saúde, bem como, os parâmetros limitadores da atuação judicial nas políticas de saúde.

E como técnica de pesquisa, utiliza-se a bibliográfica, através da análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, visando à construção de uma estrutura teórica para fundamentar o problema a ser investigado.

A presente pesquisa tem como objetivo verificar a legitimidade da intervenção Judicial nas decisões que determinam ao Poder Público o fornecimento de prestações de saúde, assim como, analisar a construção doutrinária e jurisprudencial dos parâmetros a serem observados pelos tribunais e magistrados na concretização do direito à saúde.

Para tanto, no primeiro capítulo analisa-se a posição jurídica que o direito à saúde ocupa como direito de todos e dever do Estado, positivado na Constituição Federal de 1988, bem como, tecer considerações propedêuticas para o incremento

desta pesquisa, como: o conteúdo, a eficácia e efetividade do direito à saúde, e, as políticas governamentais no campo da saúde.

Construído esse arcabouço, no segundo capítulo, são expostas considerações acerca dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política e do direito à saúde. Bem como, tratar-se-á das críticas e obstáculos a judicialização excessiva do direito à saúde.

Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem edificado a efetivação do direito constitucional à saúde, e, faz-se a exposição dos parâmetros doutrinários e jurisprudências para a legítima intervenção judiciais nas políticas públicas de saúde, particularmente, no fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

2. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Pressuposto lógico para o regular desenvolvimento de qualquer pesquisa científica é conhecer o conteúdo dos institutos jurídicos que circulam o tema.

Assim, o escopo deste capítulo é a análise da posição jurídica que o direito à saúde ocupa como direito de todos e dever do Estado, positivado na Constituição Federal de 1988, bem como, tecer considerações propedêuticas para o incremento desta pesquisa, como: o conteúdo, a eficácia e efetividade do direito à saúde, e, as políticas governamentais no campo da saúde.

2.1. A saúde como direito e dever fundamental do Estado

A opção do constituinte originário em positivar uma série de direitos fundamentais sociais, e no caso, a consagração constitucional do direito fundamental à saúde, influenciado, conforme literatura jurídica, pelo constitucionalismo de cunho democrático-social, é sem dúvidas, um dos maiores avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no que se refere ao seu objetivo de proteção dos direitos individuais.

Descrevendo como o direito à saúde fora tratado antes da Carta da República de 1988; Sarlet e Figueiredo (2008), informam que o tema ficava restrito a poucas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (art. 179, XXXI, Constituição de 1824) e a inviolabilidade do direito à subsistência (art.113, Constituição de 1934).

O tratamento constitucional dado ao direito à saúde dava-se indiretamente, por meio de normas de definição de competências entre os entes Federativos, no que se refere à competência legislativa e executiva (exemplos: Constituição de 1934, art. 5º, XIX, alínea “c”; Constituição de 1937, art. 16, XXVII; Constituição de 1946, art. 5º, XV, alínea ‘b’; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, alínea ‘c’), assim como, a tutela da saúde ocorria através das normas sobre a proteção do trabalhador e que versavam acerca da assistência social (Constituição

de 1934, art. 121 e 138; Constituição de 1937, art. 127 e 137; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1976, art. 165, IX e XV).

Propaga Barroso (2007), que a saúde pública no século XIX, época da vinda da Corte portuguesa ao Brasil, era realizada apenas por atitudes de combate às doenças como à peste e à lepra, e, o controle sanitário sobre as ruas e os portos. Entre os anos de 1870 e 1930 o Estado brasileiro praticou algumas atitudes efetivas no trato da saúde, com o denominado modelo “campanhista”, onde se caracterizou pelo uso da autoridade e da força policial no controle de epidemias.

Como afirma o referido autor, apesar dos abusos cometidos pelas autoridades públicas, tanto que, em 1904, no governo do então presidente Rodrigues Alves, desabrocha a conhecida Revolta da Vacina, caracterizada pelo descontentamento da população frente à obrigatoriedade da vacinação ativaríola e a requisição de atestados de vacinação para matrículas em escolas, casamentos, viagens e para assumir empregos públicos, o modelo “campanhista” obteve sucessos no controle de doenças epidêmicas.

Na década de 30, o Estado inicia o processo de estruturação das políticas públicas de saúde curativa, pois, até então, o serviço de saúde curativa era exercido apenas pela iniciativa privada e por instituições filantrópicas. Descreve Barroso (2007), que foi então criado: em 1953 o Ministério da Saúde Pública, substituindo o antigo Departamento Nacional de Saúde Pública, vinculado ao Ministério da Justiça; os Institutos de Previdência, que proporcionavam serviços de saúde de caráter curativo. Destaca o doutrinador que o serviço fornecido não era universalizado, apenas os contribuintes dos institutos de previdência que gozavam do benefício público.

Em seguida, durante a época do regime militar, foram criados a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social e o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência, no qual, o trabalho urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário dos órgãos, sendo tratado na rede pública de saúde. Contudo, ainda assim, a grande maioria da população, que logicamente, não compunha o sistema de trabalho formal, era excluída do atendimento da saúde pública.

Oportuno destacar que a atribuição de contornos próprios ao direito à saúde pelo Constituinte de 1988, é consequência lógica de uma série de outros direitos e interesses tutelados pelo sistema constitucional. A Constituição da

República ao assumir e conferir proteção aos bens fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o ambiente, o trabalho, a seguridade social, a proteção da família, das crianças, dos adolescentes e idosos.

Nesse tom, ensinam Sarlet e Figueiredo (2008), que a salvaguarda do direito à saúde igualmente se dá pelo amparo conferido a outros bens fundamentais, com os quais existe zonas de convergência, de interdependência e mútua conformação de todos os direitos constitucionalmente garantidos aos indivíduos. Em reforço, ao explicitado, onde o direito à saúde não é efetivado apenas com medidas de saúde, mas também com a proteção a outros direitos, Mesquita (2008), lembra que a atuação sobre os fatores sociais e econômicos que influenciam as desigualdades nos padrões epidemiológicos é mais complexa por se tratar de um campo de interseção com outras áreas, com habitação, educação, trabalho, entre outros.

Assim sendo, em que pese à acertada opção em constar expressamente no texto constitucional o direito à saúde, caso o Constituinte Originário de 1988 assim não tivesse procedido, alertam Sarlet e Figueiredo (2008), que a saúde seria admitida como direito fundamental implícito, à semelhança do que ocorre em outros sistemas constitucionais, a exemplo da Alemanha, pois, uma ordem constitucional que protege a vida e a integridade física, seguramente deve salvaguardar a saúde.

Nesse sentido, Sarmiento e Souza Neto (2008), descrevem que no modelo interamericano dos direitos humanos, os ditos direitos sociais vêm sendo acautelados através de direitos correlatos, especialmente o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, e, cita como exemplos, a sentença no caso “Niños de la calle” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Villagrán Morales y outro, sentencia de 19 de noviembre de 1999).

Também cabe colacionar que a saúde, assim como todos os direitos e garantias fundamentais, possui, na ordem constitucional, uma dupla fundamentalidade. Segundo nos ensina Sarlet (2007), a fundamentalidade material está relacionada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, e, sendo a saúde de indispensável importância para a vida humana, do ponto de vista material, a saúde resta devidamente fundamentada a estar elevada à categoria de direito fundamental.

Quanto à fundamentalidade formal, tem-se que a saúde se encontra ligada ao direito constitucional positivo, e possui três elementos: os direitos

fundamentais como parte integrante da Constituição Escrita situam-se no topo do ordenamento, e cuida-se de normas de superioridade hierárquica; sendo direito fundamental, encontram-se limites formais e materiais de reforma constitucional, ou seja, refere-se a cláusulas pétreas; por serem normas que definem direitos fundamentais, possuem aplicabilidade direta.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) não apenas constitucionalizou o direito à saúde, o inserindo como direito social, e, portanto, conforme doutrina, valorando a categoria de direito fundamental, como também, em várias passagens normatizou e sistematizou as regras ao longo do texto constitucional, em buscar de efetivar o direito posto.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 reconhece o direito à saúde, em conjunto com a educação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados, como direito social. Assim, como se vê, a saúde trata-se, por direito social que é, no dizer de Bulos (2015), direito de crédito, pois envolve o poder de se exigir prestações positivas do Poder Público, ou seja, revela um fazer por parte dos órgãos do Estado, ou ainda, como bem lembra Silva (2007, p. 286), os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais”.

A carta brasileira ainda consagra, além da condição de direito fundamental, à saúde como dever do Estado no artigo 196, na qual, *in verbis*:

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 e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (*grifos nossos*).

Identifica-se do texto constitucional, solene e claramente, a relação jurídica obrigacional existente entre o indivíduo e o Poder Público. Impõe a norma constitucional a adoção por parte do administrador de políticas sociais e econômicas necessárias para a proteção e promoção do direito à saúde. A interpretação que se deve dar não é de simples norma programática, mas sim, imposição aos entes federativos do dever constitucional de promover a saúde pública (MENDES; BRANCO, 2014).

Ensinam Sarlet e Figueiredo (2008), que o dever fundamental do Estado de promover à saúde pode ser efetivado, sem prejuízo de outras formas, através de sua dimensão defensiva, que revela o dever de proteção da saúde (por exemplo: normas penais de proteção à vida, integridade física, normas administrativas sanitárias, entre outros), e, por meio de sua dimensão prestacional *lato sensu*, que é o dever de promoção da saúde, concretizada através de programas públicos (exemplo: regulamentação e organização do SUS, alocação de recursos orçamentários, entre outros).

Também, do artigo 196, se extrai que, com a redemocratização que culminou na promulgação da Constituição de 1988, enfim houve a universalização dos serviços públicos de saúde com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Além de a saúde ser direito de todos e dever do estado, o acesso será “universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Assim, hoje, o serviço público de saúde é prestado pelo Poder Público a toda a população, independentemente de ser contribuinte da seguridade social, pois, “todos” são titulares e destinatários do direito à saúde.

O SUS foi instituído no artigo 198 da Constituição Federal, tal sistema, segundo a Carta da República, deve ser descentralizado e prover integral atendimento, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistências. Segundo Barroso (2007), o texto constitucional retrata o compromisso com o Estado de bem-estar social, por positivar o direito à saúde e um sistema que lhe garanta em termos dos mais abrangentes.

No que se refere às competências dos entes federativos, conforme os artigos 24, XII, e, 30, II, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à competência concorrente à União, aos Estados e aos Municípios para legislar sobre a proteção e defesa da saúde. Cabendo à União a edição de normas gerais (art. 24, §1º, da CF/88), aos Estados complementar as normas federais (art. 24, §2º, da CF/88) e os Municípios complementar a legislação federal e estadual nos casos omissos, e, legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I e II, da CF/88). Na seara administrativa, instituiu a Constituição competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art.23, II, da CF/88), assim, compete a todos os entes federados a promoção de políticas públicas de saúde.

Assim, a Carta de República de 1988 adotou o modelo de federalismo cooperativo, onde o Estado fundamentado pelo compromisso do bem-estar social

deve buscar atuação conjunta dos entes federados para erradicação das desigualdades sociais, exemplo disso, é o destaque à distribuição de receitas pelo produto arrecadado e ampliada participação de Estados e Municípios na renda tributária (MENDES; BRANCO, 2014).

Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de maneira cristalina definiu o papel e as funções do Estado no que se refere ao direito à saúde, ao garantir a todos o acesso universal a qualquer serviço público de saúde e o dever do Poder Público de promover e efetivar, mediante ações e políticas públicas, este direito fundamental do cidadão.

2.2. Considerações sobre o conteúdo do direito à saúde

Uma das demandas mais árduas, no que diz respeito à interpretação das normas constitucionais que garantem o direito fundamental à saúde, diz respeito à determinação do conteúdo que daí pode ser extraído e então ser exigido do Estado, uma vez que o Constituinte de 1988, assim como em outros tantos direitos fundamentais, acertadamente, não especifica o que estaria incluído no conteúdo do direito à saúde, cabendo ao interprete constitucional assim dizer. Contudo, a referida circunstância não pode ser utilizada como subterfúgio do Estado para se eximir do seu dever constitucional de propiciar aos indivíduos uma saúde eficaz, efetiva e adequada. No presente tópico, será analisado o conteúdo a ser protegido pelo direito à saúde que atenda à amplitude do respectivo direito.

Ensina Figueiredo (2007), que o direito à saúde é fruto de um longo desenvolvimento conceitual alcançado não só pelo Direito, mas pela própria ideia de o que seja saúde em si mesmo considerada. A criação das Organizações das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estimularam a criação de órgãos dedicados especialmente à garantia de alguns direitos indispensáveis, no caso da saúde, fora criada a Organização Mundial de Saúde (OMS).

É importante determinar o conteúdo próprio do direito à saúde para podê-lo concretiza-lo, pois a mera escritura no texto constitucional não resolverá o problema. Assim, entendem Bliacheriene e Santos (2010), que o direito à saúde

possui um conteúdo flexível, podendo ser entendido, em síntese, como o bem-estar físico e mental, e, em dimensão subjetiva, o bem-estar individual, construído por intermédio de atividades, serviços e mercadorias oferecidas e praticadas pelo Estado, o próprio indivíduo e também por terceiros.

O direito fundamental à saúde é de grande abrangência, alcança um âmbito muito mais amplo que o simples fornecimento de medicamentos. Nessa linha, aponta Figueiredo (2007, p. 77), que:

O direito à saúde caminha em direção a uma ampla proteção do indivíduo, envolvendo a criação e a manutenção de estruturas públicas voltadas a essa proteção e a garantia de condições de vida, de um meio ambiente e de trabalho que não comprometam esse bem essencial. Sendo preservada em níveis progressivamente mais altos, a saúde, salvaguarda do patrimônio genético e a proteção da integridade física, mental e emocional dos indivíduos.

Deste modo, o direito à saúde deve acobertar a maior gama de bens, serviços e condições, necessários para que o cidadão alcance o mais alto nível possível de bem-estar, assim, descreve Figueiredo (2007, p. 78), que o direito à saúde possuiria elementos mínimos que compõe o seu conteúdo, que são:

Disponibilidade, relativamente à suficiência dos estabelecimentos, serviços, bens, programas e centros de atenção prestados pelo Estado; acessibilidade no tocante a não discriminação quanto aos aspectos físicos, geográfico e econômico; aceitabilidade alusivo à ética médica, aceitando as diferenças culturais e particulares de cada indivíduo; qualidade, compreendo o direito de todos gozar dos benefícios do progresso científico.

Portanto, a saúde localiza-se, de acordo com Figueiredo (2007, p. 80), num “cruzamento de direitos, o direito à saúde revela um caleidoscópio de direitos”. Nesta linha, Mendes (2012), expõe que os documentos da OMS, cujo Brasil é signatário, apontam que para a contemplação do conteúdo da saúde, é necessária a atuação de múltiplos determinantes que ultrapassam a biologia humana. O Marco Normativo Brasileiro (Lei nº 8.080/90) estabelece que a saúde possui como fatores determinantes e condicionantes a alimentação, a moradia, o meio ambiente saudável, saneamento básico, a educação e outros serviços essenciais.

No campo jurídico, tem seu marco associado aos direitos sociais e ao Estado de Bem-estar social, cujos ideais emergiram na segunda metade do século

XX, tendo como nota característica a negativa das premissas do individualismo liberal. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas de 1948, e, em seguida no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, pode-se dizer que o direito à saúde foi, evidentemente no plano positivo-normativo, na comunidade internacional, como um dos direitos humanos. Entretanto, mesmo que não previsto expressamente, no dizer de Figueiredo (2007), o direito à saúde poderia ser extraído do direito à vida, à integridade física, enquanto direito fundamental implícito.

Somente após 40 anos de previsão do direito à saúde na Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a acolhida da proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento supremo da República do Brasil, em torno do qual giram as demais normas, a Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde à categoria de direito e dever fundamental, sendo a primeira Carta da República a proteger os direitos sociais como fundamentais.

O Constituinte ao prever no texto constitucional a saúde como direito fundamental, objetivou garantir aos cidadãos meios materiais para o pleno gozo dos demais direitos sociais. Nessa linha, Bonavides (2011, p. 565), escreve que “a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida”.

A Constituição da República de 1988 perfilou-se à noção mais abrangente do direito à saúde, conforme orientação da OMS, que ademais de um pensamento eminentemente curativo, compreende a importância preventiva e promocional da tutela do Estado. Deste modo, consoante Sarlet e Figueiredo (2008), é mais apropriado falar não puramente em direito à saúde, mas no direito à proteção e à promoção da saúde.

É recomendado destacar que conforme a doutrina, o direito à saúde abrange um conjunto de posições jurídicas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações. Sobre o ponto, Sarlet e Figueiredo (2008), descrevem que como direito de defesa o direito à saúde visa à preservação da saúde individual e da saúde pública contra interferências indevidas, por parte do Estado ou de outros sujeitos.

Na categoria de direito a prestações, em sentido amplo, o direito à saúde comina deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de

cunho organizatório e procedimental, como, por exemplo, a regulamentação dos serviços assistências de saúde, a forma de acesso, a edição de normas relativas à distribuição dos recursos financeiros e sanitários, entre outros. Em sentido estrito, o direito a prestações sustenta as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais, a exemplo de tratamentos médicos, exames, consultas, entre outros.

Destarte, na esteira do já dito linhas acima, o conteúdo do direito fundamental à saúde deve ser apreciado de maneira dilatada, englobando a possibilidade de garantir, por parte dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), o bem-estar físico, mental e psicológico do cidadão, não se limitando, por exemplo, às interferências curativas, mas sim, dispensarem um comportamento progressivo a assegurar a plenitude da saúde do indivíduo.

2.3. A eficácia e efetividade do direito à saúde

Ensina Silva (2012), que as normas deliberativas dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, e, isto significa que tais normas constitucionais possuem todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam.

Conforme o autor, a regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais, ditos de 1ª dimensão, sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos, chamados de 2º dimensão, especialmente as que mencionam lei integradora nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação.

Entende a doutrina, que a tese de que as normas constitucionais que articulam direitos sociais, culturais, econômicos são normas simplesmente programáticas, por transferir sua concretização para a atuação do Legislativo, está superada, uma vez que representa um obstáculo à força normativa da Constituição e à máxima efetividade das normas constitucionais.

Nessa linha, Bonavides (2011), reconhece que as normas constitucionais que consagram direitos sociais são dotadas de total eficácia, pois, há uma natureza

obrigatória do vínculo dessas espécies normativas para com os órgãos legislativos e a consequente invalidade das leis subsequentes que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas. Também, Rui Barbosa (2009 apud BONAVIDES, 2011), doutrinou que não existem na Carta Constitucional normas ociosas, sem força cogente, cláusulas que se revelam como meros conselhos, tendo todas as disposições constitucionais força imperativa. Piovesan (2012), alerta que enquadrar os direitos individuais e sociais em categorias diferenciadas de direito, é na verdade negar operatividade aos direitos sociais, trata-se de questão meramente ideológica e não científica. Ainda, sobre o ponto, Agra (2014, p. 277), sensivelmente escreve:

A afirmação que as mencionadas normas (direitos sociais – acrescenta-se) apresentam apenas valor político, destituído de eficácia, padece de razoabilidade porque todos os dispositivos jurídicos têm coercitividade, do contrário não estariam agasalhados em dispositivos normativos. Classificar as normas jurídicas, principalmente as constitucionais, em normativas ou não normativas mitiga a estruturação sistêmica e retira-lhe a potencialidade de produção de efeitos. A alegação de que são normas incompletas em razão de exigirem complementação do legislador se mostra infundada, devido à eficácia imediata dos direitos humanos.

Destarte, definir as normas constitucionais de direitos sociais como programas institucionais, assevera Tavares (2012), que vulnera os princípios constitucionais e a hierarquia das normas da própria Constituição. Além disso, destaca o doutrinador que os direitos e garantias alçados à norma constitucional não podem ficar relegados a uma definição puramente programática, como promessa de futuro promissor, mas que impõe vinculação direta dos poderes instituídos.

A Constituição Federal de 1988, filiando-se a este movimento, estabelece no art. 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto constitucional não se refere apenas aos direitos individuais, mas aos direitos fundamentais como um todo.

O peso essencial dessa cláusula constitucional, segundo Mendes e Branco (2014), é realçar que as normas que definem direitos fundamentais, onde se engloba os direitos sociais, são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Extrai-se também que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei, de tal modo que deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos individuais, não o contrário. Desta forma, tais normas não

são meras normas matrizes de outras normas, mas sim, normas que regulamentam relações jurídicas entre o Estado e os indivíduos. Posto isto, os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolverem os casos instados a apreciar.

Desta maneira, o art. 5º, §1º da nossa Carta Federal revela uma decisão inequívoca de que às normas de direitos fundamentais não mais estão na dependência de atuação do legislador para gerar a plenitude de seus efeitos, permanecendo o pensamento de Herbert Krüger (2000 apud SARLET, 2007), no sentido de que hoje não há mais que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais.

Portanto, filia-se a presente pesquisa na linha da doutrina da efetividade, que nos dizeres de Barroso (2007), representa um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade, que buscou, além de elaborar classificações dogmáticas da normatividade do texto constitucional, ultrapassar algumas crônicas que se materializavam na insinceridade normativa e no uso da Lei Maior como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em lhe dar cumprimento. Em síntese, o referido movimento é exatamente defender o que já vem sendo exposto, que é tornar as normas da Constituição aplicáveis direta e imediatamente na sua máxima extensão de sua densidade normativa.

Superado este ponto, passa-se a tratar especificamente sobre a eficácia e efetividade das normas constitucionais que tratam do direito à saúde. Na linha do já comentado, vale a lembrança que a concretização do direito à saúde pode-se dar de inúmeras formas, contudo, predominantemente, temos a eficácia ou dimensão negativa do direito à saúde (a saúde como direito de defesa do indivíduo) e a eficácia ou dimensão positiva do direito à saúde (a saúde como o direito a prestações matérias).

No campo da denominada dimensão negativa, o direito à saúde não revela a condição de algo que o Estado e/ou a sociedade devem fornecer à população, ao menos como uma prestação concreta, como o acesso a serviços médico-hospitalar, medicamentos, dentre outros. Na rotulada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos ou direitos de defesa, em síntese, quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Quer dizer, o Estado e os

particulares de modo geral, tem o dever jurídico de não afetar a saúde dos cidadãos, de nada fazer, por isso direito negativo.

Desta forma, a ação do Poder Público agressiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade. A título de exemplo, cuja finalidade é impedir a determinados cidadãos o acesso ao SUS, seria capaz de vir a ser declarada inconstitucional, o que, por si só, já se evidencia como um meio de tornar efetivo o direito à saúde, tomando por base esta dimensão negativa (SARLET, 2007).

Ainda no contexto da dimensão negativa do direito à saúde, Sarlet (2007) alerta para a importância da aplicação do princípio da proibição de retrocesso. Para o autor, o princípio da vedação de retrocesso, conquanto não tenha a capacidade de desconsiderar determinada margem de liberdade da qual desfruta o legislador infraconstitucional no Estado Democrático de Direito, impede, contudo, que o legislador ordinário venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele, Constituinte Originário, havia dado às normas da Constituição, notadamente quando se trata de normas constitucionais que, em maior ou menor escala termina por depender destas normas infraconstitucionais para atingirem sua total eficácia e efetividade, ou seja, para serem aplicadas e cumpridas pelos Poderes do Estado e pelos particulares (SARLET, 2007).

Sabe-se que existem inúmeras leis que normatizam o direito à saúde, como exemplo, na legislação federal e de vários Estados da Federação, existem diplomas normativos que determina que o Poder Público seja obrigado a fornecer, de maneira gratuita, medicamentos específicos aos cidadãos, que não reúnem condições financeiras para arcarem com as despesas, para tratarem de suas moléstias, como a hipertensão, diabetes e os portadores do HIV.

Do mesmo modo, o SUS possui vasta regulamentação quanto à prestação de serviços médico-hospitalares, tratamentos e intervenções médicas, fornecimento de medicamentos, entre tantas outras situações. Também, o Estado regulamenta a iniciativa privada, no tocante a fornecimento dos planos de saúde, o que mais uma vez, demonstra a eficácia negativa do referido direito, pois, evita-se assim, que os particulares por meio de suas iniciativas privadas possam ferir o direito fundamental à saúde, em troca do comércio exacerbado.

Da situação exemplificada, segundo Sarlet (2007), com a aplicação do princípio da proibição de retrocesso, evita-se que o legislador infraconstitucional revogue, no todo ou em parte essencial, normas infraconstitucionais que concretizaram o direito à saúde, pois, estas normas, em maior ou menor incidência, dão efetividade ao direito à saúde, ao menos na dimensão negativa.

A dimensão positiva do direito à saúde, em suma, representa a saúde como direito a prestações materiais por parte do Estado. Revela a possibilidade do indivíduo, titular do direito fundamental, com fundamento nas normas constitucionais que lhe asseguram a saúde, exigir do Estado prestações materiais, como fornecimento de medicamentos específicos, tratamento médico, exames clínicos, intervenções cirúrgicas, enfim, reivindicar benefícios decorrentes do direito à saúde.

No particular, disserta Sarlet (2007), que a dificuldade quanto à dimensão positiva é delimitar quais as prestações do Poder Público podem ser exigidas pelos titulares deste direito, se o direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana, desde atendimento médico até o oferecimento de óculos, aparelhos dentários, por exemplo, ou se este direito limita-se às prestações básicas e vitais do ser humano. Nesse sentido, quem delimitará as prestações será o legislador infraconstitucional, seja o Federal, Estadual ou Municipal, de acordo com a competência estabelecida na Constituição.

Também, há questionamento se o Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos cidadãos, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Poder Público ao fornecimento de leitos hospitalares, medicamentos, exames, enfim, toda e qualquer prestação da área de saúde. Em virtude que o Estado não consegue cumprir com seus compromissos básicos de saúde, se verifica no país inúmeras demandas judiciais compelindo o Poder Público a proceder com ação efetiva. Sobre o tema, adiante, em tópico específico, abordaremos com a devida e merecida densidade que o assunto requer.

Portanto, as breves noções expostas, nos permite concluir que o momento atual da dogmática jurídico-constitucional confirma a superação da mera programaticidade das normas definidoras de direitos fundamentais, em especial o direito social à saúde.

Conforme exposto por Celso de Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 271.286-AgR, de sua relatoria, o direito à saúde qualifica-se como direito fundamental constitucional indissociável do direito à vida, e

sendo assim, o Poder Público qualquer que seja a esfera de sua atuação, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, por omissão, em grave comportamento inconstitucional. Destarte, a interpretação de norma programática não pode ser concebida como promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Estado fraudar as expectativas legítimas nele depositadas pela coletividade.

Ademais, o reconhecimento de plena aplicabilidade, eficácia e efetividade das normas constitucionais de saúde, representa um relevante e solidário gesto, dos Poderes da República, à vida e a saúde das pessoas, especialmente, nas palavras do Ministro Celso de Mello (no julgamento do Recurso Extraordinário referido) “na vida daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”.

2.4. As políticas públicas de fornecimentos de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares

Na linha do exposto, os direitos sociais para sua plena concretização necessitam de atuação ou prestações positivas do Estado, e, estas prestações se dão por meio das políticas públicas. Segundo Grinover (2010, p. 06):

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de atos de governo ou questões políticas, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado, ou, em última análise à sua constitucionalidade.

Para Barros (2008), as políticas públicas é o conjugado de disposições, medidas e procedimentos que regem as atividades governamentais relacionadas ao interesse público, no campo jurídico, as políticas públicas são as ferramentas para

concretização dos direitos fundamentais. Para o autor, os instrumentos de concretização ultrapassam o aspecto individual e se efetiva pela via coletiva.

No mesmo sentido, Appio (2007, p. 133), descreve que as políticas públicas são “programas de intervenção estatal a partir de sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas nas articulações entre a sociedade e o Estado”.

Os direitos fundamentais, ou parte deles, só podem ser usufruídos pela população através do desenvolvimento das políticas realizadas pelo Estado, isso ocorre com os direitos sociais, culturais e econômicos, que necessitam de atuação positiva dos Poderes Públicos, no qual, conforme Barros (2008), não se realizam (os direitos sociais) em níveis aceitáveis sem uma política, um serviço e condições orçamentárias adequadas.

No caso das políticas públicas de saúde (em especial de fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos), vale ter em vista o disposto na Constituição Federal, onde:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; [...].

Bem como, na Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, bem como, regulamenta o Sistema Único de Saúde, estabelece:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. §1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

[...].

Art. 6º. Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I – a execução de ações:

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

[...].

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere à alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

No Poder Executivo Federal, o Ministério da Saúde é o encarregado pela formação de planos e políticas públicas voltadas para a promoção, prevenção e assistência à saúde. É função do Ministério da Saúde dispor de materiais para a defesa e recuperação da saúde da população, diminuindo as enfermidades, monitorar as doenças endêmicas, a fim de proporcionar melhor qualidade de vida e saúde ao brasileiro.

Nesse sentido, o Ministério da Saúde expediu a Portaria nº 3.916/98, onde regulamenta a Política Nacional de Medicamentos e atribui a este órgão o dever de estabelecer e efetivar ações que objetivem à atualização contínua da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

A RENAME é uma publicação do Ministério da saúde onde constam os medicamentos de combate às doenças comuns que atingem a população. A referida Portaria criou também a Política Nacional de Medicamentos com a finalidade precípua de assegurar o acesso integral da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, a fim de que os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuem em parceria.

O Poder Executivo Federal conta ainda com outros programas, entre eles, o programa para o atendimento e a concessão de tratamentos médico-hospitalares consubstanciados em políticas públicas específicas, com vistas ao atendimento especializado de diferentes grupos sociais. Entre os objetivos de tais políticas encontra-se a ampliação da oferta de cirurgias e tratamentos médico-hospitalares e a consequente redução das filas de espera.

Portanto, os Estados vêm buscando formular políticas estatais que não foram previstas, ao menos, expressamente no Texto da Constituição, como forma de concretizar as disposições de saúde previstas nos artigos 6º, 196 e seguintes, da Constituição. Entretanto, de conhecimento comum as enormes dificuldades existentes em concretizar tais políticas públicas, a garantir plenamente e integralmente aos indivíduos o direito à saúde. Os problemas são muitos, como os elevados índices de corrupção política, o desvio de verbas públicas, a ausência de uma correta alocação de recursos para a saúde, falta de preparo técnico dos profissionais da saúde, decorrente também, das péssimas condições de trabalho oferecida pelo Estado, como por exemplo, a ausência de materiais adequados de trabalho, ou seja, uma série de dificuldades que não cabe listar.

Em decorrência do exposto, o papel de efetivar o direito social à saúde tem sido transferido ao Poder Judiciário em variadas situações; e, este Poder vem a condenar o Poder Público a promover as prestações decorrentes do direito social à saúde. Assim, torna-se imperioso avançar no presente estudo da construção de parâmetros de interferência judicial nas políticas de saúde, com a análise de situações correlatas aos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

3. ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O propósito central da presente pesquisa, qual seja, a análise de parâmetros para as intervenções judiciais nas políticas estatais ligadas ao direito à saúde, tange o ativismo judicial na proporção que se avalia a postura adotada pelo Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, com a aplicação de cominações aos outros Poderes da República, em decorrência de sua omissão inconstitucional. O ativismo judicial é objeto de ampla discussão na doutrina, acerca de sua definição conceitual, bem como, das variadas dimensões existentes no denominado ativismo judicial.

Sendo assim, neste capítulo, busca-se tratar do fenômeno do ativismo judicial, e, em consequência, da judicialização da política. Por fim, tratar-se-á das críticas e obstáculos a judicialização excessiva do direito à saúde.

3.1. Notas acerca do ativismo judicial

Por muito tempo o Poder Judiciário foi considerado um poder reduzido e limitado apenas a pronunciar e aplicar o fixado pelo Poder Legislativo, ou seja, anunciar e fazer valer a vontade da lei. Contudo, sabe-se que com a evolução histórica e jurídica, proporcionada pelos ideais do constitucionalismo, o Poder Judiciário adquiriu o status, e, assumiu o ofício de legítimo Poder do Estado, em paridade com os demais Poderes, aperfeiçoando suas vocações técnicas-jurídica, adquirindo independência formal e material, com o propósito de preencher os vazios legislativos, interpretar as normas de conteúdo impreciso e aberto, ante a exigência de efetivação dos comandos constitucionais, em especial, à realização dos direitos fundamentais sociais.

Todavia, o Judiciário ao, acertadamente, assumir a posição de realizar atividades de concretização dos preceitos constitucionais, em muitos casos ao preencher as lacunas dos textos legais, em outras situações determinando obrigações de fazer ou não fazer aos Poderes Legislativo e Executivo, vêm sendo objeto de inúmeras críticas da doutrina quanto as suas ações intervencionistas,

em especial, quanto a possível ilegitimidade democrática de suas decisões. Muitas das críticas têm proporcionado uma equivocada vulgaridade sistemática ao ativismo judicial, propagando um entendimento, propositalmente, negativo, ao rotular de ativista todos os pronunciamentos judiciais que decorram de uma maior participação no âmbito discricionário dos Poderes Legislativo e Executivo, quando estes são condenados em obrigações de prestar.

Nessa linha é que Tavares (2012), observa que os ataques a decisões do Poder Judiciário, caracterizando-as como ativistas e intrusas aos outros Poderes, precisam ser melhores explicadas, pois, quando se questiona, especificamente, à violação da separação de poderes, no sentido crítico ao ativismo, não há responsabilidade em tornar mais preciso o sentido dogmático dessa separação dos poderes, desse modo, a vaga invocação de sua violação não constitui óbice à concretização da Constituição pelo Poder Judiciário.

Deste modo, para melhor alcançar o objetivo deste tópico da pesquisa, é necessário inicialmente trazer breves considerações acerca do conceito de ativismo judicial a partir de origens históricas, para que se possam afastar falsas percepções acerca deste fenômeno.

Segundo Canela Junior (2011), a “submissão” do Poder Judiciário aos outros Poderes do Estado só seria reduzida a partir do instante que o Judiciário passasse a exercer o controle de constitucionalidade das leis, pois, em um momento contemporâneo do Estado Democrático de Direito, nenhum dos Poderes está acima da Constituição e das leis, competindo ao Poder Judiciário proteger a supremacia da Constituição.

Para o autor, esse fenômeno tem como destaque o conhecido caso *Marbury x Madison* de 1803, quando o *Chief Justice* John Marshall afirmou que cabe ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir se determinada questão é ou não política, sendo a Suprema Corte dos Estados Unidos o árbitro final das questões constitucionais. Deste modo, o controle de constitucionalidade modificou a função do Judiciário, passando a exercer controle sobre atos dos Poderes Legislativo e Executivo que contrariem a Lei Maior, e, o Judiciário deixou de atuar como simples aplicador da lei ao caso concreto.

Descreve Barroso (2012), que as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, onde, inicialmente foi marcada por uma natureza conservadora. Foi nesse primeiro momento, conforme o autor, em

uma atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial, como no caso *Dred Scott v. Sanford* de 1857, para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), que acabou por resultar no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte, culminando na mudança de orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal.

Posteriormente, ocorreu uma revolução profunda em relação às práticas políticas nos Estados Unidos, em especial a partir da década de 50, quando a Corte americana fora presidida por Warren (1953-1969), quando houve uma jurisprudência progressista no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, a exemplo de situações que, envolveu direitos da população negra (*Brown v. Board of Education*, 1954), das mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), direitos de intimidade e privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

A origem do termo ativismo judicial é hoje objeto de acalorado debate, sobre o seu real significado e delimitação, ora utilizado por alguns de maneira pejorativa, para desqualificar pronunciamentos judiciais ou atuações de Cortes de Justiça que adotam posições progressistas.

Branco (2011, p. 389), traz uma importante notícia histórica sobre o tema. Para o autor, há uma imprecisão na difusão da expressão ativismo judicial, advinda do próprio contexto de surgimento, que ocorreu através de artigo escrito por Arthur Schlesinger Junior em 1947, e, publicado na revista “Fortune” dos Estados Unidos, que relatava apenas “mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade”. No artigo publicado, havia uma separação dos membros da Corte americana em dois grupos, os dos “ativistas judiciais” e os “campeões de autocontenção”, e, analisava as posições ideológicas dos juízes membros, mas não apresentava nenhum critério científico para classificar as decisões judiciais como ativista.

Superada estas breves questões históricas, a doutrina atualmente, mais do que conceituar o fenômeno do ativismo judicial, vem a construir balizas sobre esta temática que possui inúmeras faces e dimensões, com o objetivo de preencher essa lacuna teórica. Nesse sentido, a noção de ativismo judicial está agregada a uma participação mais aberta e intensa do Judiciário na concretização dos valores

constitucionais, com maior interferência no campo de atuação dos outros dois Poderes. Para Barroso (2009, p. 283):

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Na mesma linha, Brauner (2011), enxerga o ativismo judicial como uma forma intersubjetiva de interpretar a Lei Maior, ampliando ou até mesmo balizando o seu sentido e alcance. O ativismo acaba por se alojar em ambientes onde há graves omissões do Poder Legislativo e descontentamento com a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, que para Barroso (2012), são as condutas pela qual o Poder Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes do Estado. Nessa roupagem, as cortes e os magistrados evitam aplicar diretamente a Constituição a circunstâncias que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, ao passo que aguarda o pronunciamento do Poder Legislativo. Também, na autocontenção, utiliza-se o Judiciário de critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Para Branco (2011), o comportamento de autocontenção do Poder Judiciário revela a presença de uma dimensão ideológica dos que defendem existir ilegitimidade democrática do Judiciário para proceder de maneira objetiva na efetivação dos direitos fundamentais, em especial, dos sociais. Revela, segundo o autor, uma postura de deferência do Judiciário em relação aos outros Poderes do Estado, em uma submissão ou timidez que produz resultados infaustos.

A ferrenha crítica ao denominado ativismo judicial possui por base, na linha de Bulos (2015), o fato de o ativismo revelar um perigoso veículo de fraude à Constituição, na medida em que os magistrados criam verdadeiras pautas legislativas, atuando como se fossem os próprios Legisladores, o que acarreta, em

variadas circunstâncias, mutações inconstitucionais, com interferência do Poder Judiciário na esfera do outro Poder do Estado, ao arrepio da cláusula de separação de Poderes. Na visão do autor, o Judiciário ultrapassa as suas funções essenciais estabelecidas no Texto Constitucional ao no lugar de dizer o direito nos conflitos de interesse, cria comandados normativos por meio de seus pronunciamentos judiciais.

Nessa mesma linha, o também opositor Ramos (2010), ver o ativismo judicial como o exercício da função jurisdicional ultrapassando os limites que o ordenamento jurídico impõe, pois, há uma desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em relação aos outros poderes.

Por outro lado, conforme o autor, o ativismo provoca maior lesão ao Poder Legislativo, quando este tem um ato seu irregularmente invalidado por decisão excessivamente criativa, em especial as proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Cita o autor como causa do ativismo judicial, o modelo de Estado Democrático de Direito Social, que tudo intervêm e se compromete a provê, sem, contudo, possuir condições materiais prestacionais de cumprir suas normas programáticas, e, também, o sistema de controle de constitucionalidade, que produz uma prevalência do Poder Judiciário sobre o Legislativo.

No meio termo, entre os entusiasmados e os críticos do ativismo, temos doutrina abalizando o fenômeno, construindo posições que mostram pontos positivos e negativos do ativismo. Nessa linha, Marrara e Nunes (2010), apontam como aspecto positivo do ativismo a inserção do Poder Judiciário como agente que efetiva os direitos fundamentais e sociais previstos no artigo 6º da Constituição, vigilante a garantir direitos mínimos que comportem bem-estar individual e social aos cidadãos, bem como, desestimula a inércia e mau funcionamento do outros Poderes do Estado, que por variados motivos não atendem as necessidades coletivas e sociais da população.

Especificamente quanto à saúde, aduz o autor que a postura ativista dos juízes e das cortes de justiça coíbe o esvaziamento de investimentos no setor da saúde e respeito às regras previstas no artigo 198 da Lei Maior, setor onde o volume de ilegalidades com a verba pública é altíssima. Como ponto negativo, aduzem a autorização de demandas individuais dos cidadãos perante o sistema de saúde, deixando-se de lado a universalidade das políticas públicas existentes, o que ocasiona pronunciamentos judiciais desprovidas de técnica e com ralo conhecimento específico do tema.

Também, citam como aspecto desfavorável do ativismo, o desrespeito à reserva do possível e a estrutura financeira do Estado, que possui sempre como contraponto o alegado mínimo existencial, que a necessidade de se garantirem direitos mínimos do indivíduo. Por último, sustentam a invasão de um Poder na esfera de atuação dos outros, violando a separação dos Poderes, o que ocasiona um atrito institucional entre os Poderes do Estado.

No Brasil há muito não se reconhece a plenitude das escolhas políticas que tratam afetam os direitos indivíduos, este é um dos motivos que se vem reconhecendo, apesar de posições em sentido contrário, dos pronunciamentos judiciais dotados de postura ativista, que passaram a interferir em matérias políticas de atribuição típica dos outros Poderes da República.

Nesse sentido, noticiam Mendes e Branco (2014), que a doutrina dos assuntos políticos chegou ao Supremo Tribunal Federal com o polêmico *Habeas Corpus* 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1824, onde Rui Barbosa sustentou com fundamento na doutrina norte-americana da *political questions* (decorrente da decisão da Suprema Corte americana no caso *Marbury vs. Madison*), que os casos, que, se por um lado tocam interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo, e, proferiu a conhecida frase: “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça”.

Contudo, inicialmente o Supremo Tribunal Federal indeferiu o *writ*, com o argumento de não caber aquela Corte envolver-se em questões políticas do Poder Executivo e Legislativo. Posteriormente a Corte Suprema voltou a analisar a questão, tendo no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 1.063 e 1.073, o Supremo deixou consignado que questão política não poderia deixar ao desamparo as liberdades individuais.

Sobre o ponto, Mendes e Branco (2014, p. 386), esclarecem o que seja questão política:

Como questões políticas devem entender-se somente aquelas que se referem ao exercício dos poderes que a Constituição confia à inteira discricção do Legislativo e do Executivo. Assim, em se tratando de decretação de intervenção nos Estados ou de celebração de tratados internacionais, o Judiciário não pode entrar na apreciação de motivos que determinam o ato legislativo ou executivo. Mas, se,

em virtude desse ato, for violado um direito privado, assegurado pela Constituição, então, para a proteção de tal direito, será legítima a ação do Judiciário.

Sabe-se o quanto é difícil precisar a fronteira que separa uma questão política de outra de natureza eminentemente jurídica ou não política, contudo, é notório que tal fato não deve servir de fuga para que o Judiciário se abstenha do seu dever supremo de defender a constituição e a os direitos fundamentais.

Assim, conforme Mendes e Branco (2014), o Supremo Tribunal Federal, e a Justiça brasileira, vêm ao longo de sua trajetória entendendo que a discricionariedade das medidas políticas não deve servir como fundamento para impedir a intervenção judicial, como meio de efetivar os direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, recentemente tem atuado claramente com uma posição ativista no controle judicial das questões políticas nas quais entende haver violação à Lei Maior, desse modo, vejamos situações que demonstram a posição adotada pela nossa Suprema Corte.

Barroso (2012), cita um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e que não houve manifestação do legislador para normatizar a situação, que foi o caso da fidelidade partidária. No caso, lembra o autor, o STF com fundamento no princípio democrático, restou decidido que a vaga no Poder Legislativo pertence ao partido político, criando, deste modo, uma hipótese de perda do mandato parlamento que não fora prevista na Constituição. Cita ainda, a extensão de hipóteses de nepotismo, ao Executivo e Legislativo, com a criação de uma súmula vinculante, mesmo tendo ocorrido, até o momento, somente o julgamento de um caso, o que mostrou uma posição de quase normativa da decisão judicial. No caso do nepotismo, utilizou-se dos princípios da moralidade e impessoalidade, como regra constitucional implícita para a fundamentação do seu pronunciamento.

Outra situação de ativismo judicial, segundo Barroso (2012), é a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos produzidos pelo Poder Legislativo, com apoio em critérios menos rígidos que do que a flagrante violação da Constituição. No caso, o Supremo Tribunal Federal, exercendo atribuição constitucional, porém, incomum, declarou inconstitucional a emenda constitucional que aplicava novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em

data anterior a um ano de sua promulgação, para tanto, deu ao art. 16 da Constituição Federal o status de cláusula pétrea.

Lembra Mendes e Branco (2014), a inúmeras demandas que foram levadas a conhecimento da Corte Suprema referentes a atos praticados nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), onde o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento na linha de que os atos das CPI são sim passíveis de intervenção e controle pela função jurisdicional, sempre e desde que, os atos praticados se revistam de exercício abusivo e derivem de injustas lesões ao regime das liberdades públicas e dos direitos e garantias fundamentais.

Pode-se dizer que o funcionamento e os atos das Comissões Parlamentares de Inquérito são exclusivamente políticos, contudo, para prevalecer e defender os direitos e garantias individuais o Judiciário pode e deve controlar os atos abusivos. Como se ver, repita-se, mesmo sendo atos políticos, a Judiciário deve intervir. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, relator do Mandado de Segurança nº 23.452, deixou gravado que:

Com a finalidade de impedir que o exercício abusivo das prerrogativas estatais pudesse conduzir a práticas que transgredissem o regime de liberdades públicas e que sufocassem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribui-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas de governamentais. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

Quanto a imposição de obrigações de fazer ou abstenções ao Poder Público, especialmente no tema referente a políticas públicas, pode-se notar o fenômeno da posição ativista do Judiciário nos casos de distribuição de medicamentos e determinação de terapias e tratamentos médico-hospitalares. Anota Barroso (2012), que muitos pronunciamentos judiciais vêm a condenar o Poder Público a custear medicamentos e tratamentos que invariavelmente não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou Secretarias de Saúde Estaduais e

Municipais, onde há situações que os tratamentos são experimentais e devem ser realizados fora do país. O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema em pedidos de Suspensão de Segurança. Sobre o ponto, adiante será analisado.

Sem dúvidas, o caso que ratificou a posição ativista do Supremo Tribunal Federal foi a recente decretação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) existente no sistema penitenciário brasileiro, adotado pela Suprema Corte no julgamento das medidas cautelares na ADPF nº 347/DF. Em apertada síntese, o Estado de Coisas Inconstitucional tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação do quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.

Conforme Cunha (2015), o reconhecimento do ECI só é possível, e demonstra indubitavelmente uma atuação ativista da Suprema Corte, revela-se uma espécie de ativismo judicial estrutural, pois, o pronunciamento judicial vai interferir nas funções típicas do Poder Legislativo e Executivo, com fortes repercussões inclusive orçamentárias.

O Supremo Tribunal Federal considerou um quadro grave de violação persistente dos direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, e deste modo, caracterizou o sistema penitenciário nacional como um “estado de coisas inconstitucional”.

Destarte, a Suprema Corte deferiu a medicação cautelar e determinou uma série de medidas aos Poderes Executivo e Legislativo da União e dos Estados, entre elas: proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e, que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; e determinou aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão.

Portanto, com este célebre caso, o Supremo Tribunal Federal reafirma sua posição ativista, e, com isto, vem a conferir real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e viabilizando, desse modo, o acesso das pessoas à plena

fruição de direitos fundamentais cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção dos Poderes Públicos.

Assim, o que se observa das críticas às posições ativistas do Judiciário, é que esse fenômeno só é reprovado quando o Executivo é constrangido pelo Judiciário a projetar políticas públicas, a fazer destinação de recursos, debater democraticamente e votar leis orçamentarias conciliável com as prioridades da Constituição, bem como, aplicar recursos de maneira eficiente, como a finalidade de oferecer, em maior grau, oportunidades de progresso da população, em especial os indivíduos vitimados pela desigualdade material. Apenas, em situações deste tipo, surgiu debate quanto ao abuso do exercício do Judiciário nas suas funções típicas e a violação do princípio da separação dos poderes, contudo, em seu plano de fundo, a uma fundada resistência dos poderes eleitos (Executivo e Legislativo) em se verem excluídos da condição de exclusivos dirigentes da efetivação de direitos fundamentais de seus eleitores.

Percebe-se também que a postura ativista do Judiciário surge em um contexto de descrença da população nos seus representantes, o Judiciário é acionado frequentemente pelo cidadão para que se reconheça direitos assegurados pela Constituição, mas que em decorrência dos Poderes Executivo e Legislativo extremamente omissos e desidiosos não se efetivam plenamente.

Na verdade, a edição de programas públicos envolve uma forte disputa política entre os representantes do povo, com disputa de espaços e manutenção de poder, e, muito jogo burocrático, ficando a população no meio destas discussões, padecendo de seus direitos. Sendo assim, existem situações, como é o direito à saúde, que põe em risco o próprio direito à vida do indivíduo, que requer uma iniciativa imediata dos Poderes Públicos, e como a descrença na Administração Pública, o Judiciário aparece como a última trincheira da cidadania.

Nesse sentido, se o Judiciário atuar de maneira ativista é uma mal, como os críticos tentam deixar transparecer, diz o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello no julgamento da ADPF nº 347/DF, é um mal necessário e apropriado ao ambiente de inércia e ineficiência dos Poderes Públicos, pois, num panorama democrático ideal, o controle judicial dos atos e omissões administrativas bastaria a compelir a Administração a corrigir a violação, no caso por omissão, de direitos fundamentais, interferindo para implementar a vontade da Constituição no que se refere aos direitos sociais a contento.

Ademais, por outro lado é legítima a preocupação da doutrina na desenfreada interferência do Judiciário em atividades atípicas a função jurisdicional, mas para isso, a literatura jurídica e o próprio Judiciário têm fornecido parâmetros de atuação judicial na concretização de direitos fundamentais, no particular, no direito social à saúde, nos casos de fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares. Age assim, para que a eficácia e materialização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, não dependa exclusivamente do poder discricionário do Executivo e Legislativo, o que, como já dito, em um contexto de total descaso com a coisa pública, seria em última análise, renegar ao indivíduo a concretização dos seus direitos. Em contrapartida, a definição de parâmetros, ainda que árdua missão seja, entende a doutrina, que evita a denominada “*jurisdicracia*” ou “*governo de toga*”.

3.2. A judicialização da política e do direito à saúde

A grande produção doutrinária acerca do ponto ora em análise revela uma conjuntura de resistência à judicialização de temas de maior conteúdo político, tal como o direito à saúde. Por outro lado, esta posição adotada por muitos começa a ser alterada na medida em que se consolida o entendimento de que as questões políticas não é mais terra intangível pelo Judiciário, ou seja, não mais é campo vedado à análise judicial.

É um tema polêmico e de grande efervescência por parte dos opositores, mas que vem se afirmando, em conjunto com as profundas transformações que o Constitucionalismo Contemporâneo tem produzido, a exemplo da aceitação da força normativa dos princípios, o desenvolvimento da postura ativista dos magistrados, o reconhecimento da aplicabilidade imediata e a efetividade e eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre outros. Deste modo, passa-se a reflexões acerca da judicialização do direito à saúde, como meio relevante para se alcançar os objetivos do presente estudo.

Discorre Barroso (2009), que o ativismo judicial e a judicialização são primos, vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, contudo, não possuem as mesmas origens, pois, não são gerados diretamente pelas mesmas

causas. Em síntese, o ativismo está relacionado a uma maior participação do Poder Judiciário na efetivação dos valores constitucionais, onde a uma maior interferência nas funções dos outros dois Poderes do Estado. A postura ativista se revela ainda, segundo o autor, em casos de retratação do Legislativo, onde há um afastamento da sociedade com a classe política, dificultando que os anseios sociais sejam atendidos de maneira concreta.

Nessa mesma linha, para Paula (2011), há uma grande dificuldade de encontrar definições que possam diferenciar a judicialização e o ativismo judicial, pois, trata-se de conceitos atrelados no ponto que, o ativismo judicial revela uma atuação proativa dos magistrados diante da inércia dos demais Poderes do Estado em concretizar direitos, voltando o Judiciário a adotar posição ativa na efetivação de direitos.

Consoante os ensinamentos de Barroso (2009), a judicialização da política representa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, que é o Poder Legislativo e o Executivo. Envolve uma passagem de poder para os magistrados e para as os órgãos colegiados, com mudanças expressivas na argumentação e no modo de participarem da sociedade. Paula (2011), considera a judicialização como a atitude deliberada das instâncias políticas em levar ao Poder Judiciário questões não resolvidas no seio da Administração Pública ou do Parlamento.

Na mesma linha, para Arensi (2011), a judicialização reflete um movimento de debate, no espaço do direito, de controvérsias políticas e sociais, onde o Judiciário tem sido visto como preparado e competente para fiscalizar o exercício dos outros poderes, sendo expedidas decisões significativas para concretização de direitos e implementação de políticas públicas.

A doutrina busca explicar os fatores que origina a judicialização da política. Pode-se dizer que é unânime sobre as causas que, divergindo apenas em relação a sua quantidade. Pode-se dizer que a judicialização tem causas múltiplas, algumas revelam uma tendência em todo o mundo, e outras estão ligadas especialmente ao modelo das instituições políticas adotado pelo Brasil.

Para Barroso (2009), uma importante causa do fenômeno foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o seu processo de redemocratização. No seu magistério explica, corretamente, o autor que nos últimos

anos o Poder Judiciário transformou-se em um autêntico Poder do Estado, cumprindo fielmente seu dever de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive nas disputas com os outros Poderes, o que foi ocasionado, boa parte, pela recuperação das garantias da magistratura. Destaca que, com a Constituição e com uma democracia fortalecida, houve um crescimento do sentimento de cidadania pela população, um maior nível de informação e de consciência de direitos para vários setores da população brasileira, que acarretou na busca pela proteção dos seus direitos perante os juízes e tribunais. Ainda, houve o fortalecimento de instituições como o Ministério Público, ampliando sua área de atuação além do setor penal, e, das Defensorias Públicas.

Outra causa da judicialização foi à constitucionalização abrangente que a Constituição Federal de 1988 seguiu, ao levar ao texto constitucional matérias que eram deixadas para o processo político e para decisões legislativas. Como é de conhecimento, a nossa Constituição Federal é analítica; e, diz Barroso (2009), desconfia do legislador, pois, constitucionalizar um tema significa transformar Política em Direito, e explica que, seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, ao ser elevado a condição de norma constitucional, se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser exigida por meio de ação judicial. Exemplifica o autor que, se a Lei Maior garante o direito de acesso ao ensino fundamental ou o direito à uma saúde de qualidade, é possível judicializar a exigência desses direitos, o que levará o Judiciário a discutir as ações concretas ou as políticas públicas que estão sendo executadas para efetivar esses direitos.

Ainda, aponta Mendes (2012), como circunstância que potencializa o fenômeno da judicialização, é o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, considerado um dos mais abrangentes do mundo, onde adota-se um sistema misto, ou seja, baseado no modelo americano de controle incidental e difuso, onde qualquer magistrado ou corte de justiça poderá deixar de considerar uma lei no caso concreto, se entender inconstitucional, e no modelo europeu de controle concentrado.

Nessa linha, escreve Barroso (2009), que a Constituição Federal de 1988 legitimou de forma ampla os sujeitos para proporem as ações do controle concentrado, inúmeros órgãos e entidades públicas podem propor as ações diretas, o que eleva, potencialmente, que qualquer questão eminentemente política ou

moralmente relevante, seja alçada ao julgamento pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, que é o Supremo Tribunal Federal.

Cita Barroso (2009), que nos últimos anos muitas questões políticas foram debatidas e levadas a discussão para o Judiciário, como: a constitucionalidade da Lei de Biossegurança que regulamentou as pesquisas com células-tronco (ADI 3.150); a questão do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); a ADPF 130, que tratou do pedido de não recepção de dispositivos da Lei de imprensa; a demarcação de terras indígenas na região denominada de Raposa/Serra do Sol. Acrescente-se: a ADPF 54, que tratou da interrupção da gravidez de feto anencéfalo; a já citada ADPF 347, que cuidou da declaração de Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; a ADPF 186, que versou sobre a constitucionalidade das políticas de instituição de cotas raciais nas Universidades.

Vale destacar, conforme assinalado por Barroso (2009), em todos os casos a Suprema Corte de Justiça foi provocada a se manifestar, e o fez nos limites do que fora requerido nos pedidos, não tendo o Supremo Tribunal Federal, em virtude do preenchimento dos requisitos de admissibilidade das ações propostas, a opção ou alternativa de não se pronunciar sobre o mérito, ainda que, em muitos casos, fossem questões puramente a serem resolvidas pelo Legislativo ou Executivo. Conforme o autor, não se pode imputar aos magistrados da Suprema Corte brasileira a pretensão de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial.

Em que pese às críticas, acertadas em alguns casos, entendo que o papel do Judiciário está servindo bem aos anseios dos jurisdicionados e da sociedade brasileira. Conforme o catedrático ensinamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45, a eminente atribuição conferida ao Poder Judiciário, no particular ao Supremo Tribunal Federal, evidencia de maneira expressiva a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a Suprema Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

A partir dos exemplos referidos acima, ou seja, das questões que foram levadas para deliberação do Judiciário, temos também como causa da judicialização da política, uma profunda insatisfação com o sistema representativo, uma crise de confiança do povo para com o Legislativo e o Executivo, que não consegue atender

aos anseios da sociedade, em especial, da população menos favorecida, onde muitas das vezes o Judiciário é colocado na posição de guardião das minorias, e como bem escreve Paula (2009, p. 277), o Poder Judiciário torna-se “o muro das lamentações da sociedade moderna”.

Nesse contexto de judicialização de questões tradicionalmente vistas como da área política, também temos a judicialização dos direitos sociais, dentro os quais está inserido o direito à saúde. É dever do Poder Público implementar a intervenção no domínio econômico e social, como forma de efetivar os direitos fundamentais, contudo, no atual cenário brasileiro, o crescimento do número de pronunciamentos judiciais que obrigam a Administração Pública a prover diversos medicamentos e outros tratamentos de saúde, revela a omissão do Estado na prestação da saúde.

Nesse sentido, a inefetividade da saúde no Estado brasileiro decorre, boa parte, da falta de vontade política dos Poderes Públicos, na má-gestão, da corrupção, e da falta de preparo dos representantes. Deste modo, surge o fenômeno da judicialização do direito à saúde, que é, em síntese, a extensão das possibilidades de ações junto ao Judiciário e o aumento exponencial do número de ações judiciais propostas pelos cidadãos em busca de concretização deste direito.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, conforme Mendes e Branco (2009), constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Judiciário, diante de ações judiciais que postulam, por exemplo, fornecimento de medicamentos, identificar quais os fundamentos que levam o Poder Público a negar as prestações ao requerente, ou seja, cabe aos magistrados e tribunais verificarem se a Administração Pública está, por meio das suas políticas públicas, cumprindo efetivamente os ditames constitucionais do direito à saúde.

É nessa linha que escreve Barroso (2007, p. 103):

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos – *acrescente-se*: e outras prestações referentes ao direito à saúde – deve ter por fundamento uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser

objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei.

Assim, inicialmente, ao se deparar com demandas que buscam prestações relacionadas ao direito à saúde, o Judiciário deve respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos poderes competentes. Destarte, leciona Barroso (2007, p. 104), que “onde não haja lei ou ação administrativa implementada a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não, sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir”.

Exemplificando o exposto, Mendes e Branco (2014), expõem que pode suceder que medicamentos requeridos estejam presentes das listas dos órgãos de saúde da União, dos Estados e dos Municípios, mas não estarem sendo disponibilizados à população por falhas na gestão, ou seja, há política pública determinando a distribuição dos fármacos desejados, mas, por questões e problemas administrativos, o acesso está interrompido. Nesses casos, o Judiciário pode ser provocado pelos interessados, pois, o cidadão não merece ser punido pela ação deficiente ou pela omissão dos responsáveis em adquirir os remédios em quantidades suficientes para atender à demanda da população. Configura, no caso, um direito subjetivo à prestação de saúde, na qual pode e deve o indivíduo requerer sua efetivação por meio do Judiciário.

Outra hipótese, cita Mendes e Branco (2014), é o SUS não fornecer um medicamento específico que necessita o indivíduo para o seu tratamento, prescrito por médico, contudo, o SUS disponibiliza similar que trata a mesma patologia. Nesta situação, caso provocado o Judiciário a obrigar a Administração Pública a fornecer o requerido pelo cidadão, deverá examinar as razões apresentadas pelo requerente que o impedem de se utilizar dos fármacos disponibilizados pelo SUS. No caso, verificando o magistrado que o indivíduo não pode fazer uso da droga fornecida pelo Poder Público, mostra-se razoável que o Judiciário determine à Administração Pública que disponibilize o medicamento requerido, desde que, o seu valor não inviabilize o sistema de saúde como um todo.

Ainda, é muito comum o Judiciário ser provocado a determinar que a Administração Pública forneça medicamentos e tratamentos médicos ainda em fase

experimental, bem como, tratamentos e drogas que registrados na ANVISA, mas que não são disponibilizados na lista do SUS.

Nesses casos, o Poder Público zela pela segurança e qualidade das prestações de saúde, e sendo assim, entendem Mendes e Branco (2014), que não se mostra razoável que decisões judiciais determinem o custeio destes tratamentos e medicamentos, de eficácia duvidosa, e que não constam na lista do SUS. Pois, ao deferir pedidos neste sentido, haverá uma individualização da demanda e tornam-se um crescente problema à política pública. Cabe o registro que, quanto aos problemas decorrentes da excessiva judicialização do direito à saúde, à frente, em tópico específico, trataremos do tema.

Portanto, as situações acima referidas demonstram hipóteses em quem o cidadão poderia, de maneira individual, constranger o Poder Público, via Poder Judiciário, a cumprir seu dever constitucional, e direito individual da população, de efetivar o direito à saúde. Pois, como se sabe, o direito à saúde, na qualidade de direito social e de direito fundamental, possui uma dimensão subjetiva, na qual, de acordo com Novelino (2014), confere aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais, ao passo que, as diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatórias e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador. Nesse sentido que Andreas Krell (2002 apud NOVELINO, 2014, p. 764), no seu ilustre magistério, afirma que:

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. Em geral está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Ainda, na linha dos ensinamentos de Novelino (2014), não há como negar o caráter normativo da Constituição, constituída pela conjugação de normas, a qual incumbe ao Judiciário, como função típica, promover a sua plena aplicação. Nessa perspectiva, a impossibilidade do cidadão de judicializar direitos sociais constitucionalmente consagrados, como é o caso do direito à saúde, revela-se

também incompatível com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, esculpida no artigo 5^a, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Assim, a incumbência de concretizar as disposições constitucionais do direito à saúde, na linha do exposto, em bases excepcionais, poderá ser atribuída ao Judiciário, quando e se os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos políticos que sobre eles incidem, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais de estatura constitucional, como é o direito à saúde, ainda que derivado de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Ademais, consoante já se pronunciou inúmeras vezes o Supremo Tribunal Federal, em especial o Ministro Celso de Mello na ADPF 45, de sua relatoria, o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

3.3. Obstáculos e críticas à judicialização excessiva do direito à saúde

Na linha do que vem sendo exposto, pôde-se ver que o constitucionalismo e o entendimento da normatividade e efetividade dos direitos fundamentais provocaram uma virada jurisprudencial no Brasil, que conforme Canotilho (2003), representa uma importante conquista, onde as decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional.

Em consequência disso, restou assentado a possibilidade do Judiciário intervir em questões que envolvam garantir a concretização de direitos sociais, em especial o direito à saúde, em prestações como fornecimento de medicamentos e outros tratamentos médico-hospitalares.

Contudo, não se pode perder de vista que existem substanciosas críticas a judicialização excessiva do direito à saúde, que possuem seriedade e consistência suficiente a merecerem sua análise. Deste modo, no presente tópico, faz-se uma análise destas críticas doutrinárias, porém, desde logo se deixa registrado, que faz sem a intenção de aprová-las ou depreciá-las, mas sim de enriquecer a presente

pesquisa, com uma visão ampla do tema, e de alcançar com excelência o propósito de construir parâmetros para as intervenções judiciais nas questões relativas ao direito à saúde.

Tomando por base Barroso (2009), as críticas à judicialização e, sobretudo ao ativismo judicial no cenário brasileiro, se concentram em três campos, que são os riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A primeira das críticas reside no fato de que a interferência do Poder Judiciário nas demandas que possuem conteúdo de política pública, no particular, que envolvam o direito à saúde, ser antidemocrática e incompatível com a separação dos poderes, por apoderar-se das competências do Executivo e do Legislativo. Nessa linha, descreve Barroso (2007, p. 105), que:

Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional. Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de aperfeiçoar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

Ainda, quanto às críticas à legitimidade democrática dos juízes, aduz-se que os magistrados não são eleitos pelo povo, e, não estão sujeitos à fiscalização e exoneração da representação popular, de modo que a interferência do Judiciário no controle de gastos públicos geraria a suplantação dos órgãos políticos, criando um “denominado estado judicial” ou “jurisprudencialismo” (CAMBI, 2011).

Por outro lado, o magistrado e os tribunais estariam vocacionados a resolver os problemas chamados de “microjustiça”, que nada mais é que analisar o caso concreto, ou seja, a situação posta em juízo, o que leva a crer que não possuem condições de examinar os efeitos globais da destinação de recursos públicos, que ocasiona prejuízo para a população como um todo, pois, as opções políticas se orientam pela “macrojustiça” – o quanto disponibilizar e a quem atender (CAMBI, 2011).

Afastando as críticas aos argumentos de ilegitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário, Sarmiento (2010, p. 397), sustenta que embora exista a questão da universalização do voto, há fatores, tais como, a influência do poder econômico e distanciamento do cidadão do Estado, que tende a separar representantes e representados, minando a crença de que os primeiros vocalizariam a vontade dos segundos na esfera política. Questiona o autor o significado de democracia, para quem vai além do direito ao voto, e significa também o direito de fruição das garantias do cidadão estampadas na Constituição.

Nessa linha, o Judiciário deve garantir direitos fundamentais contra descasos ou arbitrariedades das majorias políticas, cabendo aos magistrados e tribunais à função típica de aplicar o direito existente sobre situações litigiosas. Também alerta Cambi (2011), que a interferência judicial nas políticas de saúde não representa, em si, a criação dessas políticas, pois, cabe apenas ao Judiciário dar força normativa à Lei Maior, sem absorver o campo político destinado ao debate da criação das políticas, ademais, os fundamentos que o magistrado utiliza para decidir uma causa desta temática, não se confunde com os fundamentos políticos partidários, e, desse modo, não se pode negar a legitimidade democrática do Judiciário para aplicar os direitos fundamentais, sob pena de negar a própria função da jurisdição constitucional.

Quanto ao problema dos limites das funções institucionais do Poder Judiciário, aponta Barroso (2009), que o sistema de repartição dos Poderes revela os papéis de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são conferidas a poderes diferentes e independentes. Apesar disso, Legislativo, Executivo e Judiciário desempenham um controle recíproco, de modo a evitar o nascimento de poderes hegemônicos, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Aduz o autor que no nosso modelo constitucional, a divergência de interpretação de normas constitucionais ou legais, caberá ao Judiciário solucionar a discussão, porém, não significa isso que toda e qualquer matéria deva ser decidida pelos magistrados e pelo tribunal.

A par disso, registra o autor acima referido que a doutrina constitucional tem explorado duas teses como forma de frear o comportamento indesejável do Judiciário como instituição hegemônica, que é a tese da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos. Explica Barroso (2009, p. 12):

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em determinadas situações, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.

Exemplifica o autor, com situações que já foram enfrentadas pelo STF, como a demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos científicos e técnicos adequados, a capacidade institucional do Judiciário deverá ser analisada de modo cuidadoso. Esse cuidado e a posição deferente do Judiciário em situações como as levantadas evitarão os chamados efeitos sistêmicos indesejados. No caso da saúde, o magistrado e os tribunais, invariavelmente não possuem condições de avaliar se o tratamento ou medicamento requerido é efetivamente necessário para se promover plenamente à saúde e a vida, ainda que, instruído por laudos periciais.

Nessa linha, argumenta Barcellos (2010, p. 115), que:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas.

Para Barroso (2009), exemplo que pode ser aplicado à situação acima exposta, são as questões relativas ao direito à saúde, pois, ao lado de intervenções necessárias no mérito da matéria, tem ocorrido uma disseminação de decisões extravagantes ou emocionais em casos de fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares, que vem a pôr em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desordenando a função administrativa e comprometendo a alocação das finanças públicas.

Assim, conforme Novelino (2014), a crítica nesse ponto reside no fato de que à judicialização dos direitos sociais, no particular, também do direito à saúde,

provoca uma desordem na Administração Pública, já que os administradores, no lugar de se voltarem ao planejamento das políticas públicas, irão se dedicar ao cumprimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Judiciário. A realização da justiça no caso concreto traria indesejáveis consequências para a realização de uma “macrojustiça”, melhor alcançada com o planejamento das políticas públicas.

Deste modo, temos também um problema de dotação orçamentaria, a decisão judicial gera um custo e isto precisa ter previsão orçamentaria. Imagina-se o caso em que qualquer do povo requeira na Justiça uma internação em um leito de UTI do SUS, ou seja, em um determinado hospital público, consignando o autor/paciente que em caso de o Poder Público não dispuser de leito em órgão público, que se condene a Administração Pública a custear as despesas da internação em UTI de hospital particular. Caso defira o pedido, o Judiciário, inegavelmente causará um problema orçamentário à Administração Pública, pois, gerará um custo, onde não haverá meios financeiros para atender todas as demandas que por ventura fossem realizadas neste sentido.

Outra situação que pode ser posta no presente momento, é o indivíduo que requer por via judicial o custeio por parte do Município de um medicamento que custa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por mês, por exemplo, o que é razoável se entendermos que é inviável para a maioria da população. A questão não é um caso específico ou uma demanda judicial ser deferida, pois, R\$ 10.000,00 no orçamento do Município não gera qualquer problema aparentemente. Porém, pode haver muitas decisões desta espécie, com medicamentos de alto custo, o que ao se juntar todas as decisões judiciais o custo ficará muito elevado, é o que se chama de efeito multiplicador das decisões, o que se inviabiliza o orçamento. Não é raro Municípios com até 70% da dotação orçamentária para a saúde vinculada à ordem judicial. Ou seja, tira-se o poder de decisão do Município de elaborar uma política favorável a toda coletividade, para que o Município atenda apenas situações subjetivas e individualizadas.

Nessa linha de desordem causada a Administração Pública, e, prejuízos ao planejamento financeiro das políticas públicas de saúde, conforme dados extraídos do sistema de acompanhamento da Resolução nº 10 do Conselho Nacional de Justiça (Fórum da Saúde), no ano de 2014 os Tribunais Regionais Federal possuíam um total de 62.291 demandas da saúde, enquanto que os

Tribunais de Justiça continuam o total de 330.630 ações judiciais que discutem questões relativas às prestações de saúde.

Conforme dados do Ministério da Saúde, no ano de 2015 as decisões judiciais relativas à saúde consumiram cerca de R\$ 922 milhões do orçamento da União para o setor. Os dados sobre financiamento revelam que, entre os anos de 2010 e 2014, os gastos do Ministério da Saúde decorrentes de ações judiciais cresceram cerca de 500% com a aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais.

Em 2014 o valor chegou a R\$ 838,4 milhões – R\$ 314 milhões apenas para compra de medicamentos importados e sem registro na ANVISA. Segundo relatório divulgado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, nos nove primeiros meses de 2012 foi registrado 13.051 novas ações judiciais direcionadas à União e um total de R\$ 287,9 milhões em gastos do Ministério para cumprimento das medidas judiciais.

Neste contexto, uma das críticas mais comum a judicialização excessiva é a relativa aos efeitos financeiros causados a Administração Pública, ordenada sob a denominação de “reserva do possível”, pois, os recursos públicos seriam limitados e insuficientes para atender às demandas sociais, atribuindo ao Estado o dever de tomar as decisões sobre a alocação dos recursos. Investir recursos em determinado setor implicará deixar de investi-los em outros. Essa linha de argumentação predominava.

Deste modo, há uma recorrente objeção as decisões judiciais em matéria de medicamentos e tratamentos, pois provoca a desordem ao Poder Público. Assim escreve Barroso (2007, p. 107):

São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável.

Deste modo, ainda conforme Barroso (2007), as decisões judiciais privam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. As determinações judiciais podem

atender os anseios imediatos do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a eficiência das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. Há claramente uma escassez de recursos, o Poder Público pode até possuir meios financeiros, porém nunca haverá recursos suficientes para atender toda a demanda, pois, se as necessidades são ilimitadas os recursos são limitados.

Vale registrar, que há críticas ao fato de que conceder determinadas prestações de saúde a um cidadão, poderá afetar direitos de outros ou da coletividade como um todo. Pode-se exemplificar a situação exposta, com casos comuns que acontecem no dia-dia. Imagine-se que um indivíduo que propõe uma demanda judicial requerendo o fornecimento de determinado tratamento médico-hospitalar, supondo que seja um marca-passo no coração. O juiz concede a liminar e determina o procedimento cirúrgico. O médico e a instituição de saúde para não incorrer em crime de desobediência realizam os procedimentos pré-operatórios e verifica uma mudança fisiológica no paciente/autor, e, diante do novo quadro clínico a colocação do marca-passo não seria mais adequada, ao contrário, poderia agravar o estado de saúde do indivíduo. Curioso que o estrito cumprimento da ordem judicial levaria a um resultado oposto a finalidade da própria ordem determinada pelo Judiciário que é a saúde. Se a ordem judicial diz para realizar determinado procedimento, e, realizar tal tratamento não é mais adequado, por uma questão de tempo, começa-se o hospital e o médico no tratamento adequado (alternativo). Ocorre que este tratamento adequado possuía fila de espera e o médico e a instituição fura a fila dos pacientes, para não incorrer em desobediência, afinal estava vinculado a uma decisão judicial.

O questionamento que a doutrina faz é: e se eventualmente alguma pessoa na fila estivesse em situação de saúde pior? Eis que a concessão para um pode gerar prejuízo para outros, sobretudo nestes casos de tratamento com vagas limitadas.

Por fim, argumenta-se, ainda, que a interferência judicial na concretização desses direitos beneficia injustamente pessoas ou setores da sociedade com maiores condições formais e matérias de acesso à justiça, excluindo precisamente aqueles cidadãos que mais precisam das prestações materiais fornecidas pelo Estado, qual seja, as comunidades mais fragilizadas e marginalizadas pelo Poder Público. Assim também, são os argumentos de Barroso (2007, p. 108):

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.

No ponto, Mendes e Branco (2014), informam que em estudo liderado pelo professor da Universidade de Princeton, João Biehl, foi constatado que, geralmente, os indivíduos beneficiados pelas decisões do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação. Tal constatação foi levando-se em consideração dados como o local da residência dos autores das ações judiciais, e, em especial, o elevado número de ações subscritas por advogados particulares, que dá conta que em 74% dos casos verificados, os advogados patrocinam de forma particular.

No mesmo sentido, Barroso (2007), narra que a possibilidade dos magistrados e das cortes de justiça determinar à Administração Pública o fornecimento de tratamentos médicos e de fármacos mais serviria à classe médica do que aos menos abastados financeiramente, aos pobres na acepção da palavra, o que, a exclusão destes das políticas de governo se agravaria pela circunstância de o Estado ter que transferir recursos que lhes dispensaria em ações públicas, para o cumprimento das determinações judiciais.

Entretanto, há de ser dito que a dificuldade de acesso à justiça apesar de não ser um argumento idôneo para impedir a justiciabilidade dos direitos sociais, revela a imprescindibilidade do fortalecimento das defensorias públicas e do desenvolvimento de mecanismos para que todos os cidadãos possam efetivamente ter igual acesso à tutela jurisdicional, de forma a reduzir a injustiça e a exclusão social (NOVELINO, 2014). Destarte, essa situação informada demonstra uma verdadeira assimetria do sistema.

Por fim, identifica-se outro problema quanto à excessiva judicialização do direito à saúde, que é ao que se refere à delimitação do conteúdo do direito fundamental violado pela inércia ou omissão administrativa em prestar os medicamentos ou tratamentos terapêuticos, o qual se transformará numm pretensão deduzida em juiz pelos cidadãos. Há uma relativa indeterminabilidade do conteúdo do direito à saúde, e deste modo, os questionamentos são em torno de quais são os limites prestacionais do direito à saúde. Até que ponto, uma prestação pode ou não

ser requerida e deferida pelo Poder Judiciário com fundamento na cláusula aberta do direito social à saúde.

Suponha-se que a seguinte situação: o indivíduo ajuíza uma ação requerendo a colocação de uma dentadura. O fornecimento de dentadura pode ser concedido na via judicial? Dependerá da finalidade ou dos fins desejados, ou seja, se o pedido é em decorrência de corrigir questões estéticas, em razão de doença, situação de pobreza. O fornecimento de uma dentadura pode ser considerado uma questão de saúde? São essas questões que devem ser analisadas cuidadosamente, e, entende os críticos que isso provoca certa insegurança jurídica, tanto para o jurisdicionado quando para a Administração Pública.

Por outro lado, imagine-se o cidadão que provoca o Judiciário com pedido do fornecimento da medicação “Viagra”. O juiz deve conceder? Depende, a finalidade original do referido medicamento é tratar problemas cardíacos, pois seu princípio ativo tem o efeito de vasodilatação, tratando problemas de circulação e não somente problemas relacionados à impotência sexual. Não obstante, a depender do caso, o fornecimento de “Viagra” também poderia ser deferido para problemas de impotência, imagine-se que o autor é portador de uma deficiência e para ter relação precisa do medicamento, neste caso talvez se legitime a concessão.

Se justiciabilidade ou judicialização significa a exigibilidade judicial, ou seja, a possibilidade de exigir judicialmente um determinado direito social, o que se quer demonstrar com os exemplos acima é a dificuldade em definir até que ponto vai à saúde do indivíduo, até que ponto o cidadão poderá exigir ações do Estado, ou seja, até onde o direito da saúde garante determinada prestação do Estado.

Portanto, estas são algumas objeções ou problemas que os magistrados e os tribunais enfrentam na temática referente à efetivação dos direitos sociais, em especial, o direito à saúde. Todas essas questões estão presentes em maior ou menor intensidade na prática, seja pela ótica dos magistrados, seja para se pleitear as prestações ao Judiciário, pois, é preciso conhecer estes argumentos para se contrapor a eles.

Ademais, registre-se, que muitos dos argumentos elencados, embora não sejam limites intransponíveis à judicialização do direito social à saúde, podem ser úteis na reflexão acerca da intensidade e das hipóteses nas quais a intervenção judicial se revela legítima, pois, o Poder Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir.

4. PARÂMETROS PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Na medida em que o presente trabalho averigua os parâmetros para a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde e na concretização deste direito, em especial, no fornecimento de fármacos e a realização de tratamentos médico-hospitalares, conteúdo historicamente considerado de competência exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, necessário se faz, antes, analisar os mais importantes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal atinente ao direito à saúde, com o objetivo de aferir quais as principais políticas públicas de saúde tem sido judicializadas, assim como, verificar qual tem sido a postura da Suprema Corte ao apreciar as questões de saúde que lhe são postas.

Desta forma, neste último capítulo, analisa-se como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem construindo a efetivação do direito constitucional à saúde. Em seguida, enfim, trazem-se parâmetros para a legítima intervenção judiciais nas políticas públicas de saúde, particularmente, no fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

4.1. O Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde.

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem enfrentando com bastante regularidade, em julgados de sua competência originária ou em sede de recursos, os contornos das prestações do direito constitucional à saúde. A importância do tema ora em análise se demonstra pelo grande número de ações que tramitaram e tramitam na última instância do Poder Judiciário brasileiro, onde tratam às demandas das mais variadas espécies de prestações, como fornecimento de fármacos, realização de tratamentos médico-hospitalares por meio da realização de cirurgias, exames, custeio de tratamentos por parte da Administração Pública no exterior, entre outros.

Antes de se adentrar especificamente sobre os posicionamentos de nossa Corte Constitucional, é de suma importância, de maneira breve, trazer algumas

considerações sobre as dificuldades que surgem para que os magistrados de primeira instância e os próprios tribunais brasileiros no enfrentamento de ações judiciais que envolvem questões relacionadas ao direito à saúde.

É inegável que para a concretização dos direitos fundamentais, no particular o direito social à saúde, deve haver possibilidades financeiras que permitam a sua efetivação pelo Estado, uma vez que ausentes às condições econômicas torna-se inviável à implantação destes direitos, e, por conseguinte, impraticável a conduta de exigir do Poder Público algo que ele não teria condições de arcar. Isto ocorre devido, na linha do que foi exposto, os direitos sociais para serem viabilizados necessitam, em sua grande maioria, de uma ação positiva e prestacional do Estado, devendo este proporcionar os meios materiais para assegurar estes direitos. Tanto é que, a própria Carta Federal de 1988 regulamenta expressamente as competências legislativa e administrativa de cada ente da federação brasileira.

Por outro lado, é incontroverso que o Poder Judiciário quando provocado a decidir questões concernentes à concretização de direitos sociais, conforme Barcellos (2008), pode gerar um desequilíbrio nas finanças do Estado, que em última análise, sufocaria o funcionamento regular do desenvolvimento das ações governamentais na implementação dos direitos fundamentais de caráter prestacional.

O conflito e as dificuldades dos magistrados surgem exatamente no ponto: de um lado atuar deferindo no caso concreto uma prestação de saúde a quem demonstre cabalmente a necessidade da medida, ou, observar o lado do Poder Público que poderá a vir sofrer graves efeitos na proliferação de ações do mesmo tipo. É nesse sentido que Barcellos (2008, p. 822), escreve de maneira notável que:

Os julgadores, em especial de primeira instância, se veem frente a frente com o necessitado, surgindo aí um grande conflito. A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e a suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos

pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.

Consoante Barcellos (2008), deferir um pedido de fornecimento de medicamento ou a realização de um tratamento terapêutico é relativamente fácil para o magistrado, desde que regularmente provada a necessidade do requerente, que pode ocorrer simplesmente por meio de laudo médico. Todavia, indeferir um pedido desta espécie demandará do julgador um comportamento decisório mais complexo. Por esse ângulo, também enxerga Amaral e Melo (2008, p. 102):

Não se pode supor que seja neutro para o ser humano que proferirá a decisão saber que se sua decisão for de negar o tratamento a uma determinada pessoa, com nome, CPF e talvez rosto, venha a sofrer e talvez morrer ao passo que se a decisão for contrária não será visíveis efeitos tão dramáticos. O julgador é um ser humano e assim deve se portar. Não é desejável que o julgador tenha a insensibilidade de um carrasco, pois estes atuavam com máscaras, o que não é possível no nosso sistema.

Este pensamento se concretiza na medida em que grande parte dos pronunciamentos judiciais da Corte Maior é uníssona na direção de obrigar a Administração Pública a conceder os fármacos ou o tratamento médico-hospitalar desejado. Deste modo, indubitavelmente a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal irá refletir fortemente em todas as instâncias do Judiciário no Brasil, tanto é que ainda no longínquo ano de 2009, em pesquisa apresentada na Audiência Pública de Saúde, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, constatou-se que em quatro dos cinco Tribunais Regional Federal (1^a, 2^a, 3^a e 5^a Região), todas as tutelas antecipadas ou liminares deferidas, em ações que envolvem direito à saúde, foram confirmadas pelo segundo grau.

Portanto, na atual conjuntura, se verifica que quase a totalidade das decisões dos juízes singulares, em sede de ações de saúde, tem sido confirmada nos Tribunais Superiores, o que mostra que as críticas sobre a irresponsabilidade dos magistrados de primeira instância em causar desordem administrativa nas políticas públicas não se sustentam.

Deste modo, em virtude dos inúmeros julgados ao longo dos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal, destacam-se alguns pronunciamentos, no qual, demonstram de modo geral a tendência e a postura daquele Pretório Excelso acerca das prestações materiais deferidas como modo de dar os contornos do direito à

saúde. Destarte, passa-se ao relato dos principais julgamentos que consolidaram a efetivação do direito à saúde.

No ano de 2000 a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 195.192-3/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, firmou o entendimento, que na época era bastante discutido e alvo de várias críticas, segundo o qual a obrigação pelas ações e serviços de saúde engloba todos os entes da federação, ou seja, é da responsabilidade da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, onde o acórdão restou assim ementado:

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

(Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192 -3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 22 -2 -2000. Brasília, DF, 2000).

Da mesma forma, ainda em 2000, a Suprema Corte enfrentou a controvérsia doutrinária com relação à eficácia da norma constitucional expressa no artigo 196 da nossa Lei Maior, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 274.900/RS. Manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, por meio do acórdão de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a condenar o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre a oferecerem fármacos emergências aos portadores de HIV/AIDS.

Na decisão consignou o Tribunal que a norma do artigo 196 da Constituição Federal possui eficácia imediata, bem como, ao conter a expressão “Estado” a Constituição Federal de 1988 demonstrou de maneira inequívoca que a responsabilidade na prestação do direito à saúde engloba todos os entes da federação de maneira solidária.

Vale a ressalva que o Ministro Celso de Mello, quanto à interpretação da norma constitucional do artigo 196 da Constituição Federal, entendeu de forma diversa do anteriormente decidido pelo Egrégio Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 273.834/RS, onde mais uma vez o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre tentaram reformar pronunciamento que determinou aos entes o dever de fornecerem gratuitamente os medicamentos necessários ao

tratamento de requerente portador do HIV/AIDS. No acórdão proferido, de relatoria do Ministro Celso, assentou que a norma constitucional do artigo 196 possui caráter programático. Porém, registrou o Ministro que este fato, por si só, não afasta a responsabilidade do Poder Público em prover as necessidades decorrentes dos cidadãos na proteção do direito à saúde. Para o Ministro supramencionado:

[...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Também nessa linha de construção jurisprudencial do direito à saúde, outro importante julgado foi o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255.627-1/RS da relatoria do então Ministro Nelson Jobim, onde o Tribunal afastou a alegação do Município agravante de que o Poder Público não seria responsável pelo fornecimento de medicamentos e de serviços de saúde de elevado custo, pois, provocariam grave crise nas suas finanças.

Deste modo, consoante Mendes e Branco (2014), as referidas decisões sugerem que a complexidade e os elevados custos com os tratamentos não são fundamentos suficiente para deixar de lado a obrigação do Estado de efetivar o direito constitucional da saúde ao cidadão. Por outro lado, o modelo institucional de perfil descentralizado seria suficiente para fundamentar a responsabilidade solidária de todos os entes federados na missão de dar concretização ao direito à saúde, bem como, a responsabilidade do Estado de assumir o custeio de tratamentos ou medicamentos mais complexos e vultosos é dever decorrente do próprio comando constitucional dos direitos sociais.

Em sede de demanda individual que chegou ao crivo do Supremo Tribunal Federal, talvez o mais substancial e que melhor foi retratado todas as críticas a judicialização do direito à saúde foi o Recurso Extraordinário de nº 271.286/RS, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. O acórdão restou assim ementado:

PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). **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 que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.** O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - **não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

(RE 232.335-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *grifos nossos*).

Em síntese, neste pronunciamento do Supremo foi consagrado o direito à saúde como direito público subjetivo, ou seja, direito indisponível assegurado à generalidade dos indivíduos. Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, ainda assentou que a mera arguição de insuficiência orçamentaria por parte do Estado, não é salvo conduto para limitar o acesso à saúde, ainda que, seja questão relevante e que deva ser ponderada pelos magistrados no caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal também enfrentou a matéria atinente ao direito à saúde em sede de controle abstrato de normas. Foi o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45. Apesar de restar prejudicada a ADPF nº 45, em virtude da perda superveniente de seu objeto, o Ministro Celso de Mello (relator) fez questão de debater, entre outros pontos, a suposta violação à cláusula constitucional da separação dos poderes nos casos de

interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. Sobre o ponto, manifestou-se o Ministro Celso de Mello, relator da ADPF:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Registre-se a ementa do julgamento da ADPF-MC/DF, considerada um dos grandes paradigmas no tema do direito à saúde no Brasil:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Assim, de acordo com Mendes e Branco (2014), ao comentar o julgado, a Administração Pública não age na implementação dos serviços com total discricionariedade, em virtude do dever constitucional de implementar políticas governamentais, sob pena de, em caso de ação desvirtuada ou omissão total, ser legítima a atuação do Judiciário para defender e fazer valer a supremacia das normas constitucionais.

Portanto, o Poder Judiciário ao impor a satisfação do direito à saúde, nos casos em que for provocado, em um número amplo de hipóteses, como fornecimento de medicamentos, realização de exames e cirurgias, internações em UTI, não está nada mais a fazer do que exercer o controle judicial dos atos e omissões administrativas.

No ano de 2007 tivemos uma sensível mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, houve-se uma pequena quebra na orientação do Egrégio Tribunal por força do pronunciamento da então Ministra e presidente da Suprema Corte Ellen Gracie, na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 91/AL. No caso, o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada do Estado de Alagoas fundamentou na ocorrência de grave lesão à ordem financeira e econômica da Administração, pois, por meio de tutela antecipada concedida em uma ação civil pública, o Estado tinha sido obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento necessário para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Argumentou o Estado a existência de grave lesão à ordem pública, pois, a obrigação de fornecimento de medicamentos além dos relacionados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde e sem o imprescindível cadastramento dos pacientes impediria o planejamento orçamentário da Administração e o adimplemento dos programas de fornecimento de fármacos excepcionais.

Em decisão a STA nº 91/AL, entendeu a Ministra Ellen Gracie que estava:

[...] Devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas [...].

A Ministra Ellen Gracie entendeu ainda que a responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde, pois, no caso em análise, ao se conceder o provimento jurisdicional para determinar que o Estado forneça os

medicamentos requeridos e qualquer outro que fosse necessário para o tratamento dos pacientes, estaria diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Assim, de maneira inédita e divergindo do posicionamento até então sedimentado da Corte Constitucional, um ministro incorporou a tese da ocorrência de grave lesão e desequilíbrio nas finanças públicas e na execução dos programas de Estado, o que resultou em estratégia de defesa do Estado em ações que pleiteavam o fornecimento de medicamentos e de tratamentos terapêuticos. Na verdade o Estado entendeu a decisão como uma virada jurisprudencial na Suprema Corte, o que efetivamente não ocorreu. Tanto é assim que a própria Ministra Ellen Gracie, no mesmo ano de 2007, em outro pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 138/RN se manifestou de outra forma. Para a Ministra:

[...] Os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a antecipação da tutela ora impugnada **devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado**, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual [...]. (*grifos nossos*).

No mesmo sentido, a decisão proferida na Suspensão de Segurança de nº 4229/GO, do Ministro Cezar Peluso, que manteve o pronunciamento do Tribunal de Justiça de Goiás que obrigava o Estado a conceder medicamentos e exames médicos indispensáveis ao tratamento de pacientes portadores de doenças raras e graves. Segundo o Ministro, a decisão impugnada não acarretou lesão à ordem e à economia pública por determinar a aquisição de medicamentos específicos, cuja disponibilização foi precedida de comprovação da necessidade a pacientes portadores de doenças raras e graves, de forma individualizada, consoante documentação e pareceres técnicos devidamente atestando a necessidade.

Assim, demonstrou o Supremo Tribunal Federal que o Poder Judiciário ao analisar as demandas de saúde que lhes são opostas deverá considerar o caso concreto, e não simplesmente padronizar de forma inquestionável uma tese ou outra.

Diante da importância do tema e a existência de um número significativo de ações judiciais concernentes ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal

convocou a realização de uma audiência pública no ano de 2009. Consoante Mendes e Branco (2014), a Corte Constitucional converteu-se em um verdadeiro fórum para o debate e argumentação sobre o direito à saúde, que teve como finalidade primordial promover a participação social por meio de esclarecimento de pessoas com experiência e autoridade no que se refere à saúde pública brasileira, e, clarear questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas sobre os pronunciamentos judiciais nas demandas de saúde.

Como resultado da audiência pública nº 4 realizada, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o “Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde”, que teve como objetivo fomentar a discussão de temas da saúde, como o aumento das ações judiciais, a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, entre outras questões relevantes.

Com a criação do “Fórum da Saúde”, cabe destaque a Recomendação nº 31 aprovada pelo CNJ, que orientou os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais a buscarem consultorias técnicas aos magistrados que precisarem decidir sobre ações envolvendo a área de assistência à saúde. Com o título “A justiça faz bem à saúde”, o CNJ buscou a realização de medidas administrativas, no âmbito dos tribunais, objetivando capacitar os magistrados, garantindo-lhes subsídios que garantam mais eficiência na solução das ações judiciais que envolvem a prestação da saúde, com a oferta de apoio técnico de profissionais da área médica e farmacêutica, na busca de soluções concretas em benefício da população.

Cabe destacar ainda, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal após a Audiência Pública nº 4, que possibilitou a reflexão acerca da análise das peculiaridades do caso concreto a exame do Poder Judiciário. Segundo o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, os esclarecimentos prestados pela sociedade na Audiência Pública, foram de grande importância no julgamento de processos que tramitavam na Corte sobre o direito à saúde. Destaque-se que a Audiência Pública convocada Ministro Gilmar Mendes ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde.

Nessa linha o caso que merece especial atenção foi à decisão da Corte na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, na qual, com base nos resultados

obtidos na realização da Audiência Pública nº 4, foram fixados parâmetros para auxiliar a resolução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde, que serviu a até hoje serve como subsídio para diversos julgados no país. Mais adiante, analisaremos esse caso paradigma.

Na verdade o que ocorreu após a Audiência Pública nº 4 é que os debates em torno do direito à saúde foram postos além das questões referentes às teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, onde, deu-se ênfase pela análise do caso concreto, definindo limites de atuação do Judiciário.

Por fim, no momento atual, cabe destacar duas situações pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao direito à saúde, mais precisamente em relação ao fornecimento de medicamentos.

A primeira é o Recurso Extraordinário nº 678.718/MG de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que em novembro de 2011, o Tribunal assentou a repercussão geral da questão constitucional suscitada, qual seja, se o Estado possui a responsabilidade e o dever de, ante o direito constitucional à saúde, de fornecer fármacos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Assim restou ementado:

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

O citado recurso aguarda julgamento da Suprema Corte, e, sem dúvidas, é uma questão que há muito vem sendo discutida de maneira acalorada. Devido à relevância da matéria, vários estados da federação já tiveram suas participações autorizadas pelo Ministro Marco Aurélio.

A segunda questão é em relação à judicialização do fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética, conhecida como a pílula do câncer, para o uso compassivo por pacientes com câncer. Sem a menor dúvida é a questão mais debatida atualmente, em relação ao direito à saúde, no Judiciário, bem como, no Legislativo e no Executivo. Em virtude do estágio terminal que muitos dos envolvidos e requerentes se encontram, pelo sofrimento ocasionado a toda a família do doente,

e, sobretudo pela ânsia pela sobrevivência e pelo bem-estar, a esperança dessas pessoas tem sido depositada naquilo que há de novo.

O Supremo Tribunal Federal, em 06 de outubro de 2015, nos autos da Petição de nº 5828, cuja relatoria coube ao Ministro Edson Fachin, deferiu pedido liminar para suspender a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que impedia a certos pacientes de ter o fornecimento da substância fosfoetanolamina pela Universidade de São Paulo. Em sua decisão, registrou o Ministro que:

[...] O fundamento invocado pela decisão recorrida refere-se apenas à ausência de registro na ANVISA da substância requerida pela petionante. A ausência de registro, no entanto, não implica, necessariamente, lesão à ordem pública, especialmente se considerado que o tema pendente de análise por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral.

(RE 657.718-MG, Relator Ministro Edson Fachin, Dje. 06/10/2015).

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal provocou uma forte discussão sobre o tema, levando o Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde a elaborar a Portaria nº 1.767 de 29 de outubro de 2015, na qual instituiu um grupo de pesquisadores para elaborarem estudos clínicos necessários ao desenvolvimento e pesquisa da substância fosfoetanolamina. Também, em virtude da decisão do Pretório Excelso, proliferaram inúmeras ações e decisões judiciais em todo o país obrigando a Universidade de São Paulo a fornecer aos requerentes a denominada pílula do câncer.

Apesar do fundamento do Ministro Fachin de que o tema (a possibilidade do Judiciário determinar à Administração Pública o fornecimento de medicamento que não possui registro na ANVISA) estar pendente de decisão na Corte, em virtude do reconhecimento de repercussão geral ao tema, a decisão do Ministro foi em desacordo com o sedimentado pelo próprio Supremo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, considerado caso paradigma para os pronunciamentos que envolvam direito à saúde, que entende ser o registro na ANVISA como condição indispensável para ser deferida uma medida de fornecimento de medicamento. Por outro lado, também foi em desacordo com a Recomendação nº 31/2010 do CNJ, que orienta aos magistrados evitar a autorização de fornecimentos de fármacos ainda em fase experimental ou sem registro na ANVISA.

Em recentíssima decisão, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 828/SP, determinou a suspensão da execução de tutela antecipada concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como, todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional no mesmo sentido, que tenham determinado à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética para tratamento de câncer, tendo mantido apenas o seu fornecimento, enquanto houvesse estoque do referido composto, observado os pedidos mais antigos.

Em sua decisão, consignou o Ministro que se sensibiliza quanto às informações repassadas sobre a grave enfermidade pela qual os interessados têm passado, e que o “Supremo sempre se sensibilizou com a situação dos enfermos que batem às portas do Poder Judiciário, buscando a sua salvaguarda, pessoas sem meios para custear tratamento de saúde de alto custo”, ainda que e em caráter excepcional os medicamentos não tenham registro na ANVISA. Contudo, apontou o Ministro Ricardo Lewandowski estar diante de:

[...] uma situação nova, a saber, de uma substância química que ainda não teve o seu ciclo de estudos concluído. Não é um medicamento registrado em uma entidade congênera à ANVISA, já submetido a testes e a estudos antes de aprovar a sua distribuição e comercialização. [...] Para tanto, deve ser observado que entre as políticas sociais para promoção da saúde encontra-se o sistema único de saúde (SUS), competindo a ele, por atribuição constitucional (art. 200, II, da CF), ‘executar as ações de vigilância sanitária’. [...] A manutenção das decisões que determinaram o fornecimento da substância “Fosfoetanolamina Sintética”, que não é medicamento, gera risco de dano inverso decorrente do desconhecimento dos seus efeitos no ser humano, colocando em risco a saúde dos interessados [...]. Acredito que não caberia ao Poder Judiciário respaldar a prática de uma medicina não baseada em evidências. As políticas do Sistema Único de saúde são elaboradas com fundamentação na Medicina Baseada em Evidências Científicas e, por isso, deveria o Poder Judiciário utilizar os seus critérios para decidir demandas relacionadas às prestações de assistência à saúde [...].

Por fim, entendeu o Ministro Lewandowski que as decisões atacadas poderiam contribuir para o caos administrativo da universidade e o abandono de tarefas que lhe foram confiadas pela Constituição Federal e pelas leis do país.

Ainda, quanto ao tema, cabe destacar que tramitou no Congresso Nacional projeto de lei que dispõe sobre o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Tal projeto, depois de

encaminhado pela Câmara dos Deputados, foi aprovado pelo Senado Federal, e sancionado pela Presidência da República no dia 13/04/2016. A Lei nº 13.269/2016 autorizou o uso da fosfoetanolamina, por livre escolha dos pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que laudo médico comprove o diagnóstico e haja assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal.

Contudo, a questão não restou decidida. No dia 16 de abril de 2016, a Associação Médica Brasileira (AMB) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501, contra a Lei nº 13.269/2016. A entidade alega que, diante do desconhecimento amplo acerca da eficácia e dos efeitos colaterais da substância em seres humanos, sua liberação é incompatível com direitos constitucionais fundamentais como o direito à saúde, o direito à segurança e à vida, e o princípio da dignidade da pessoa humana. Aduz a entidade que a fosfoetanolamina, descoberta por um docente da Universidade de São Paulo, teria sido testada unicamente em camundongos, com reação positiva no combate do melanoma (câncer de pele) neste animal.

Devido à expectativa gerada pela substância, apresentada como capaz de “tratar todos os tipos de câncer”, e, apesar da ausência de estudos sobre o uso do medicamento em seres humanos, a presidente da República sancionou a lei sem vetos. Requereu assim a AMB, liminarmente, a suspensão da eficácia da sancionada e, no mérito, a declaração de sua inconstitucionalidade. A ADI fora distribuída ao Ministro Marco Aurélio, e, encontra-se em fase de manifestação as autoridades competentes, quais sejam, Presidente da República, Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, e, Advocacia Geral da União.

Deste modo, a partir da análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o entendimento majoritário era de que a omissão ou prestação eficiente do direito à saúde por parte do Poder Pública implicava em restrição injusta a um direito constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos, e, em decorrência disso, estava autorizado o Poder Judiciário a interferir e corrigir a omissão inconstitucional do Estado.

Contudo, em seguida se mostrou que o Supremo Tribunal Federal se inclinou que o direito à saúde não pode ser entendido como um direito apto a conceder prestações indiscriminadas de maneira absoluta e individualizada, mas

sim, como um dever do Estado e um direito do indivíduo que se efetiva mediante políticas governamentais para propiciar um acesso coletivo, igual e universal, e este deve ser o cuidado do Judiciário ao intervir em demandas desta matéria, o de preservar a ordem financeira, econômica e administrativa do Estado.

4.2. Parâmetros para a interferência do Judiciário no fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares

Na linha de todo o exposto, a partir dos ensinamentos doutrinários e do vasto entendimento jurisprudencial acostado, permite-se concluir quanto à aceitação majoritária, em maior ou menor grau, da interferência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à saúde, sem que se caracterize apoderação das funções institucionais típicas dos outros Poderes da República.

Apesar desta orientação predominante, no sentido da aceitação da judicialização da dimensão prestacional do direito à saúde, não se desconhece críticas a esta postura do Judiciário, o que gera a reflexão sobre os limites de atuação dos órgãos jurisdicionais, por conseguinte a edificação de parâmetros de interferência do Poder Judiciário.

Sem síntese, retratado o conteúdo, a eficácia e efetividade do direito à saúde, assim como, a questão relativa à programaticidade das normas constitucionais de definidoras de direitos sociais, e, expostas as teses e objeções quanto ao fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da política, passa-se agora a expor os parâmetros da intervenção judicial, os limites, enfim, os critérios para concretização do direito à saúde, no particular, os casos de fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

Torna-se importante a tentativa do estabelecimento de parâmetros, pois, como é sabido no país há um grande contingente de demandas judiciais envolvendo a entrega de fármacos e a realização de tratamentos terapêuticos. A par disso, como bem aponta Tavares (2012), não se consolidaram parâmetros dogmáticos uniformes que ocasionem segurança jurídica ao cidadão e paciente, que encontra no Judiciário sua última trincheira para sua situação extremada de saúde, mas também, para a

toda coletividade e o Poder Público que necessita do controle na utilização das suas finanças pública. Aconselha Tavares (2012, p. 66):

A atuação do juiz constitucional, dentro de um espaço de segurança democrática, seja acompanhada por uma respectiva consolidação dos métodos de trabalho dessa instância, máxime quando representada por um Tribunal constitucional que exerça com monopólio e definitiva a defesa e implementação da Constituição, não sendo plausível a arbitrariedade nas decisões de um juiz constitucional, não estariam eles imunes a converter uma vantagem democrática em eventual risco para a própria democracia.

Também nessa linha Marrara e Nunes (2010), entendem que a temática da judicialização das políticas públicas de saúde, não se refere apenas a posições contra ou a favor do Judiciário, mas, primordialmente, um estudo acerca do equilíbrio dos Poderes do Estado, de forma a oferecer o máximo bem-estar aos indivíduos. Assim, segundo os autores, é necessário elucidar qual a posição que Judiciário pode adotar quando provocado a decidir questões como as possíveis limitações de direitos constitucionalmente assegurados.

As grandes objeções e críticas à postura ativista do Judiciário na concretização de direitos fundamentais, em especial, direitos sociais de cunho prestacional, é em virtude da possível violação da cláusula da separação dos poderes. Assim, para Bulos (2015), a incógnita é saber até o onde o magistrado pode atuar, porque a fixação de parâmetros da judicialização da política ainda é um tema aberto a grandes refutações.

Outro desafio, segundo o autor, é encontrar a linha tênue entre o exercício da jurisdição e a atuação inconstitucional em outros Poderes, onde deve ser admitido que os magistrados atuem com criatividade, suprimindo omissões legislativas, afastando os ditos silêncios eloquentes e sanando os empecilhos criados pelo ordenamento, pois, este é incapaz de prever a unanimidade das situações a serem reguladas.

Sobre a alegada violação do princípio constitucional da separação dos poderes nos casos de judicialização da saúde, é de grande valia o magistério de Barroso (2007, p. 90), para o qual:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses 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. A realidade, contudo, é mais dramática. **O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.** (*grifos nossos*).

A posição acima exposta só vem a demonstrar que o exercício jurisdicional sobre a o controle das políticas governamentais de saúde envolve matérias diversas e difíceis de serem ponderadas.

Analisa Sarmiento (2010), se o Poder Judiciário possui legitimidade para interferir nas opções do Poder Executivo e Legislativo, e, atuar de forma racional e eficiente nas matérias atinentes ao controle das políticas públicas, que exigem uma visão de “macrojustiça”.

Para o autor, tais objeções ou questionamentos não podem conduzir à conclusão pela rejeição da possibilidade de proteção judicial do direito social à saúde, o que seria um gigantesco retrocesso do nosso sistema constitucional. Apesar dos perigos ocasionados pela judicialização excessiva no tema, onde o Judiciário pode se tornar a principal agência das decisões sobre as políticas públicas, com a definição de parâmetros para intervenção judicial, por um lado não se negará ao Judiciário o seu papel relevante na proteção dos direitos fundamentais, e, por outro, não se tornará protagonista no campo do direito à saúde.

Do mesmo modo, Marrara e Nunes (2010), reparam uma evolução na postura do Judiciário, onde em um primeiro momento havia uma postura conservadora e tímida, de neutralidade e deferência a judicialização da saúde, passando para uma atitude totalmente inversa, de extremo ativismo. Diante disso, reforçam a conveniência de se edificar um papel intermediário, que não ignore a comando constitucional de garantir e efetividade aos direitos sociais e a dignidade dos cidadãos, bem como, respeite as escolhas governamentais dos Poderes Executivo e Legislativo, principalmente no que se refere à gestão dos recursos públicos.

Deste modo, é de suma importância à construção dogmática de parâmetros para interferência judiciária, em virtude da crescente demanda que o Estado tem recebido, mas também, em especial, conforme Figueiredo (2007), por dever de obediência às disposições constitucionais e o equilíbrio e harmonia dos

Poderes do Estado, prevenindo a prolação de decisões (que deferem ou indeferem prestações de saúde) com alto grau de subjetivismo.

Com a delimitação dogmática, evita-se que a judicialização e o ativismo judicial excessivo transforme-se na chamada “ditadura da toga” ou “judiciocracia” ou “governo dos juízes”. Como bem alerta Figueiredo (2007, p.104), “tal qual um remédio para uma doença, o ativismo judicial, se administrado na dose errada, ou se tornará inócua, permitindo que se morra da doença, ou causará um novo maléfico, agravando a situação do doente”.

A doutrina tem dividido os parâmetros de intervenção judicial na efetivação em direitos fundamentais sociais de dimensão prestacional, no particular o direito à saúde e o provimento de remédios e tratamentos médicos. Temos os denominados “parâmetros positivos” que são aspectos que motivam e impulsiona a atuação jurisdicional na concessão dos pedidos de prestação da saúde, entendido em muitos casos como a última trincheira da cidadania e da vida dos jurisdicionados. Já os ditos “parâmetros negativos” refletem a importância de uma autocontenção do Judiciário no caso concreto, não interferindo em situações específicas e não ultrapassando determinados campos de atuação, e, com fulcro na defesa da Carta Federal, no respeito aos outros Poderes e ao aporte financeiro e econômico do Estado, bem como, na defesa da própria saúde do indivíduo, indeferem requerimentos relativos ao direito à saúde.

É importante destacar que nunca será possível antever as variadas situações possíveis que possam envolver o direito constitucional à saúde, em especial, os casos de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médico-hospitalares. Porém, com a construção dogmática de parâmetros, o magistrado e os tribunais terão paradigmas para auxiliarem na formação de sua convicção para pronunciamentos acerca de fornecimento de fármacos e disponibilização de tratamentos terapêuticos. Assim, a seguir passa-se a apresentar quais os parâmetros apresentados pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial, no conhecido caso da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

Como parâmetro de intervenção judicial no fornecimento de medicamentos e de tratamentos médico-hospitalares, sem dúvidas, a conservação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial é visto como um dos mais importantes (se não os mais importantes) a ser considerado pelos julgadores, isso

se dar em virtude de ser o princípio da dignidade da pessoa humana considerado o valor máximo de um Estado Democrático de Direito, e, um vetor interpretativo de todas as normas constitucionais.

Entende a doutrina de Barcellos (2008), que a violação do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser vista como parâmetro positivo, ou seja, que fomenta e impulsiona a intervenção judicial, pois, a omissão do Estado em fornecer medicamento ou tratamento médico necessário à saúde e a vida do cidadão, usurpa condições materiais mínimas que lhe permitam viver em dignidade (mínimo existencial). Segundo a autora, à saúde, que é um bem da vida, não possibilita escala ou gradações, em determinadas situações não existe o “nível mínimo” do direito à saúde que mereça guarita, ou se fornece o medicamento e realiza a intervenção médica, e, por conseguinte, o indivíduo se recupera, ou o cidadão simplesmente morrerá.

Na mesma linha, Figueiredo (2007), leciona que o bem-estar do indivíduo é o valor pelo qual devem tangenciar todas as políticas governamentais e ser escolha prioritária, inclusive orçamentária, pelo Poder Público. Sendo assim, entende a autora que a disponibilização de remédios, está intrinsecamente ligada à preservação da saúde do povo, alcançando a característica de “produto de primeira necessidade”, destarte, em virtude de sua relevância social, e, em caso de omissão do Estado em providenciar esta prestação, autoriza a interferência do Poder Judiciário.

Deste modo, quando no caso ora em análise, verificar-se que a prestação negada pela Administração puder potencialmente depreciar a situação de saúde do cidadão, surgindo à obrigação de imediata intervenção judicial, aponta Figueiredo (2007, p. 216), que “será a urgência da situação fática que informará o julgador que, se não houver intervenção, o paciente morrerá, seja pela falta de medicamento, cirurgia ou leito hospitalar”. Portanto, restará violado aquele direito que sem a oportuna atuação do Estado (no caso do Judiciário) ferirá a dignidade do próprio indivíduo.

Cita a também a doutrina, como parâmetro a incentivar a atuação judicial nas políticas de saúde, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constante no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta da República, pelo qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ao Judiciário, além de exercer o poder supremo de guarda da Carta Federal, lhe incumbe velar

pela efetivação e concretização de direitos fundamentais, sob pena, de haver violação a própria supremacia das disposições constitucionais. Havendo provocação da parte interessada, e, comprovada, por exemplo, a ausência de meios financeiros para aquisição da prestação desejada, o quadro clínico de saúde e a urgência na implementação da prestação, seja por meio de remédios ou assistência médica, e, em especial, a desídia do Estado em prover a necessidade, sem dúvidas está autorizada a intervenção judicial.

Nesse diapasão, em virtude do art. 5^a, inciso XXXV, da Constituição, assim como, afastada a tese da absoluta proibição de interferência de um Poder nas funções precípua de outro, Cambi (2011, p. 246), entende não ser mais aceitável ao Judiciário “suscitar sua ilegitimidade para compelir o Administrador ao cumprimento de prestações materiais voltadas ao direito à saúde, vindo a indeferir pedidos que lhe cheguem nesse sentido sob o argumento que tais prestações são objeto dos demais Poderes”.

Quanto aos parâmetros negativos à intervenção judicial, pode-se citar tanto a separação dos poderes e a reserva do possível. São parâmetros que não impedem a interferência do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, e no particular, o direito à saúde em sua dimensão prestacional, como o fornecimento de medicamentos e a disponibilização de tratamentos terapêuticos. Contudo, atuam como fatores de autocontenção no caso concreto, para que não interfira em situações específicas, caso assim atue, ultrapassará fortemente seu campo de atuação.

Consoante assevera Cambi (2011), a reserva do possível não deve ser utilizada como argumento do Estado para não efetivação dos direitos sociais, pois, não é obstáculo à concretização do mínimo existencial, devendo os direitos sociais, em especial os de cunho prestacional, serem efetivados independentemente de reserva orçamentária. Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello (relator) no julgamento da ADPF nº 45:

[...] a cláusula da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Contudo, há de ser dito, que é parâmetro sim de orientação no momento do magistrado julgar determinadas causas que possuem como causa de pedir o direito à saúde, pois, deve servir de mitigação de um ativismo judicial irresponsável. Segundo Cambi (2011), verifica-se no dia-dia um verdadeiro fascínio as novas descobertas e técnicas na saúde, que desperta aos pacientes uma espécie de falsa sensação de segurança nesses novos procedimentos, que por consequência tem ocasionado uma avalanche de ações judiciais como meio de se ter acesso a essas novas “tecnologias” de saúde, gerando um grande aumento do gasto público com medicamentos, exames e tratamentos de altíssimo custo.

Diante desse cenário, é evidente que as inúmeras determinações judiciais de fornecimento de medicamentos e outros tratamentos têm o potencial de ocasionar descontrole nas finanças públicas, em virtude das ilimitadas demandas em contraponto aos recursos escassos.

Deste modo, é importantíssimo que os tribunais e os magistrados levem em conta os impactos orçamentários de suas decisões. Sabe-se, contudo, a dificuldade de os órgãos jurisdicionais verificarem se efetivamente a alegação do Poder Público de falta de recursos, ou da chamada reserva do possível, corresponde com a verdade. Não basta a alegação genérica do Estado da reserva do possível, principalmente quando se encontra em disputa o direito à vida por meio de uma prestação de saúde, caberá ao Poder Público o ônus de provar cabalmente a impossibilidade de atender a determinada prestação de saúde requerida, não sendo razoável aceitar como premissa e presunção absoluta a escassez de recursos, singularmente em questões que envolvem urgência e atuação imediata do Estado, onde a própria vida do cidadão encontra-se em jogo.

Assim, o fornecimento de medicamentos e de tratamentos de saúde, em âmbito judicial, deve ser deferido dentro de parâmetros razoáveis, com respeito ao equilíbrio financeiro, e com atenção se com a obrigação de oferecer a prestação a determinadas pessoas, outras demandas da coletividade e programas públicos restarão inviabilizados. Quanto ao ponto, precisa a lição de Barroso (2007, p. 106):

Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável.

Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Sendo devidamente comprovada a impossibilidade econômica do Poder Pública em providenciar determinada prestação de saúde, aferível logicamente no caso concreto, deve o magistrado evitar a condenar a Administração na obrigação de fazer, posto que, haveria a possibilidade de agravamento da desordem no ente público. Este é o posicionamento do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF nº 45:

Não deixo de conferir o significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível. [...] notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - **depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.** (*grifos nossos*).

Em relação ao princípio da separação dos poderes, cláusula constitucional prevista no artigo 2º de nossa Carta da República, como parâmetro negativo à ser observado pelo Poder Judiciário na análise de demandas de saúde, manifesta-se Figueiredo (2007), clara relação com a reserva do possível, na medida que as decisões judiciais que impõe alocação de recursos para o cumprimento de determinadas obrigações, há uma clara mitigação e relativização do princípio da separação dos poderes, devendo, a atuação ter como característica a excepcionalidade.

Cabe destacar, que a cláusula da separação dos poderes não impede a devida interferência do Judiciário na esfera de atuação dos outros poderes da República, conforme ensinamento do Ministro Celso de Mello, a ADPF de nº 45:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Contudo, na linha do exposto em relação à reserva do possível, a atuação deverá ocorrer com temperos de racionalidade, pois, ultrapassada a linha tênue existente, torna-se ilegítima a atuação judicial.

Em virtude do consignado pelo Ministro Celso de Mello, em seu voto na ADPF nº 45, de que em bases excepcionais o Judiciário reveste de competência para atuar na concretização de direitos sociais, ainda que caracterizado como norma constitucional programática, entende Figueiredo (2007), ser a subsidiariedade outro parâmetro de atuação dos julgadores para efetivação do direito à saúde por meio do fornecimento de medicamentos e outros procedimentos terapêuticos. Deste modo, segundo a autora, só se revela a legítima atuação judicial quando caracterizada a anterior violação do direito em questão, que deve ser causada por omissão dos legítimos poderes cuja Constituição atribua a função de concretizar o direito à saúde.

Leciona Cambi (2011, p. 202), que o controle judicial das políticas públicas “deve respeitar o princípio da subsidiariedade, competindo ao Judiciário intervir somente como órgão de controle do Legislativo e Executivo, ou seja, quando comprovada a atuação ou omissão inconstitucionais”.

Cambi (2011), defende que quando o Judiciário atua de maneira subsidiária, não há usurpação das funções do Executivo ou do Legislativo, há uma complementariedade à ação ineficiente dos legitimados ordinariamente, com o objetivo maior de evitar lesões aos direitos fundamentais, evitando que os mesmos se tornem promessas constitucionais inconstitucionais nas mãos da Administração Pública e do Legislador ordinário, que por incapacidade ou maldita falta de vontade não cumprem as determinações constitucionais.

Por fim, quanto à subsidiariedade, aduz Figueiredo (2007), que como a intervenção do Judiciário nas questões referentes ao direito à saúde deve dar-se de

maneira subsidiária, em assim, nunca inauguralmente, mas quando provocado pelos interessados que comprovem a omissão administrativa inconstitucional, daí surge o cuidado do magistrado em promover o efetivo equilíbrio entre os bens jurídicos envolvidos, como forma de evitar que uma necessidade particular se sobressaia ao atendimento de uma coletividade.

Ainda aponta os estudiosos do tema, como parâmetro a delinear o Judiciário a determinar uma prestação material de saúde, o princípio da proporcionalidade. Bonavides (2011), em seu magistério nos lembra de que o princípio da proporcionalidade é regra fundamental cuja obrigação reflete tanto aos que padecem e exercem o poder, onde haverá arbítrio de poder quando houver desproporção ou os meios destinados a pratica de um fim for manifestamente inapropriado.

Consoante Bonavides (2011), são elementos ou subprincípios da proporcionalidade: adequação, onde o ato praticado deve se adequar ou está em conformidade com à finalidade pública que se deseja alcançar; a necessidade de que a atuação não transborde os limites do fim legítimo que se almeja, é, na verdade, a orientação para que o meio escolhido para atuar, dentre os vários possíveis, é o revestido de menor efeito contrário ao interesse público; e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que impõe a análise custo-benefício da decisão tomada, de modo que o ônus imposto pela decisão proferida seja inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de arbítrio ou violação de poder.

A intervenção judicial na política governamental de saúde deve proporcionar a exata solução da questão debatida, ou seja, deve propiciar ao cidadão, quando requerida uma prestação de saúde, exatamente aquilo que a coletividade receberia se não houvesse ineficiência ou omissão estatal. Figueiredo (2007), entende que o Judiciário determinará a prestação que coincida com o núcleo elementar da dignidade da pessoa humana afetada pela ineficácia do Poder Público, sendo ilegítimo escolher prioridades ou julgar as escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo.

Dessa forma, entendemos que a prestação da saúde pode ser exigida judicialmente, e, deferida pelo Judiciário, desde que inclusa em um critério de razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, que obedeça ao financeiramente possível, e dentro do que o cidadão pode exigir razoavelmente dentro de uma coletividade.

Para Figueiredo (2007), seria desproporcional se o jurisdicionado conseguisse por meio do Poder Judiciário, uma prestação de saúde quantitativa ou qualitativamente superior ao que qualquer cidadão obteria por via normal do ente estatal, ou seja, dentro de um mesmo contexto, aquele que foi a Judiciário teria obtido privilégios aos que não foram. Conforme a autora, decisões nesse sentido, transformaria o Poder Judiciário em verdadeira instância política de fornecimento de prestações matérias do Estado.

Exemplifica Barcellos (2008), que não seria proporcional, muito menos isonômico, o indivíduo obter tratamento de saúde, em virtude de decisão judicial, em instituição privada que disponha, em tese, dos melhores tratamentos e técnicas de saúde superiores à instituição da rede pública, que é oferecida para toda uma coletividade. Desta forma, a interferência judicial deve, a priori, assegurar a plenitude física, por meio da saúde, ao cidadão necessitado, mas não, oferecer privilégios e escolhas utópicas para que o Poder Público cumpra.

A missão do Judiciário na prestação da saúde, quando provocado, pelo parâmetro do princípio da proporcionalidade é preencher uma omissão ou ineficiente política governamental já existente, determinado que o Poder Público proveja os medicamentos e tratamentos adequados à recuperação da saúde do cidadão.

Assenta Figueiredo (2007), que o direito à saúde, como qualquer outro, não é absoluto, em virtude disso, não há a prerrogativa do indivíduo escolher livremente que o Poder Público financie um tratamento que melhor lhe convém e que não seja excepcionado por laudos médicos. Sendo assim, conforme seus ensinamentos, não pode o cidadão pretender que sua escolha, com a chancela do Judiciário, prevaleça sobre a escolha menos dispendiosa para as finanças do Estado.

Nessa mesma toada, Mendes (2012), comenta que não há direito absoluto a todo e qualquer prestação necessária para a recuperação, proteção e promoção da saúde, o que existe é um direito público subjetivo às políticas públicas que promovam, recuperem e protejam o direito à saúde.

Assim, com base nessas premissas, a doutrina especializada, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem construído parâmetros a partir do pleito judicial individual, ou seja, de acordo com o caso concreto, em virtude das muitas situações que se repetem, principalmente nos pedidos relacionados à distribuição de medicamentos, mas sem dúvidas impossíveis de prever todas.

São comuns as demandas judiciais que possuem como causa de pedir: medicamentos que são fornecidos pelo Poder Público, mas, no momento de necessidade, encontra-se em indisponibilidade, ou, tratamentos médico-hospitalares também disponibilizados, mas circunstancialmente em falta, decorrente da superlotação, de uma fila de espera, entre outras questões; o fornecimento de fármacos ou substâncias químicas novas ou experimentais e que indisponível para o comércio, e, por conseguinte, não disponíveis para distribuição pelo Estado; comum ainda, pedido no Judiciário de medicamentos disponibilizados no comércio, porém de alto custo, e, em virtude disso e por haver genéricos ou similares, o ente estatal não os fornece.

Como ser, na linha do acima exposto, há uma gama de situações ou pretensões que podem ser deduzidas em juízo. Em decorrência disso, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em 2009, propôs a Audiência Pública de nº 4, que teve como finalidade a oitiva de vários especialistas (juristas, profissionais da saúde, agentes políticos, representantes de entidades de classe, entre outros) sobre diversas questões, problemas e objeções a crescente judicialização do direito à saúde.

Dentre as questões discutidas, estavam a possibilidade de se conceder tratamentos ou medicamentos experimentais, não registrados na ANVISA, entre outras situações. Os debates possibilitam o estabelecimento de parâmetros que foram e são aplicados pelo Judiciário em questões que envolvem matéria atinente à saúde.

Deste modo, a Corte Constitucional reconheceu que a interpretação e a aplicação do direito à saúde são extremamente complexas e dependem de um juízo de ponderação que levem em respeito todas as vertentes do caso concreto. Assim, o Tribunal proferiu critérios que podem oferecer balizas mais seguras tanto para o jurisdicionado quanto para os entes estatais e a coletividade no geral. Desta forma, consoante Mendes e Branco (2014), o caso que merece atenção, e é paradigma, é a decisão da Corte na Suspensão de Tutela Antecipada de nº 175.

A origem do caso: Em 2010 o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou Agravo Regimental interposto pela União em face de pronunciamento da Presidência da Corte que indeferiu pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, contra Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos de uma Apelação Cível, que condenou à União, ao Estado do Ceará e o

Município de Fortaleza a fornecerem o medicamento “Zavesca (Miglustat)” de custo mensal no valor aproximado de R\$ 52.000,00, não registrado na ANVISA, em favor de paciente acometida de doença rara de nome Niemann-Pick Tipo C.

Ao decidir a causa, a Supremo Tribunal Federal estabeleceu parâmetros iniciais que devem ser observados para a interferência do Poder Judiciário nas políticas de saúde, em especial fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. Passa-se, então, a analisar o posicionamento da Suprema Corte.

Conforme o Ministro Gilmar Mendes, relator da STA nº 175:

[...] O problema talvez não seja de judicialização ou, sem termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Em virtude disso, um primeiro critério ou parâmetro fixado pela Corte Constitucional, para a decisão nessa temática de saúde, sobre a interferência do Judiciário na esfera dos outros poderes, foi: a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte.

Conforme o Tribunal, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, havendo a política estatal que abarca a prestação requerida, existe, sem dúvidas, um direito subjetivo público a determinada política de saúde. E, portanto, é clara a legitimidade da intervenção jurisdicional.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é preciso verificar, repita-se, consoante o entendimento do STF na STA nº 175, se a falta de prestação de saúde decorre de: omissão administrativa ou legislativa; decisão administrativa de não fornecê-la; ou vedação legal expressa à sua dispensação. Como se sabe, e conforme já até foi exposto, é conduta comum o indivíduo recorrer ao Judiciário à condenação do ente estatal em prover medicamentos e substâncias que não possuem registro na ANVISA. Nesses casos, segundo o Supremo Tribunal Federal (STA nº 175):

[...] como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à administração Pública fornecer fármaco que não

possua registro na ANVISA. O registro de medicamento é uma garantia à saúde pública [...]. A ANVISA após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto conceder-lhe o registro.

Cabe destacar que o registro não é uma regra absoluta, onde, em casos excepcionais, a própria ANVISA, consoante Lei nº 9.782/99 (lei de sua criação) pode dispensar o registro de medicamentos adquiridos por intermédio de organismo multilateral para programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde. Contudo, a regra e o parâmetro fixado pelo Egrégio Tribunal é que, nas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos) é preciso que a prestação requerida esteja autorizada ou registrada pela ANVISA.

O segundo parâmetro a ser observado é a “existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”. De acordo com a Suprema Corte (STA nº 175), há situações que se demanda judicialmente com a finalidade de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nesse caso, podem ocorrer dois fatos: o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Quanto à primeira situação (o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente) disse o Supremo (STA nº 175):

Como regra geral, a obrigação do Estado, à luz do disposto no art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim um medicamento ou tratamento em desconformidade com o protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar o consenso científico vigente. Não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.

Assim, entendeu a Suprema Corte no julgamento da STA nº 147 que em geral deverá ser “privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de

opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”. Contudo, é oportuno dizer, como consignou o STF (acertadamente) no Acórdão proferido, que esse parâmetro não afasta a possibilidade, ainda que excepcional, de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Em relação à segunda situação (o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia), gravou o Supremo Tribunal Federal que é será indispensável diferenciar: os tratamentos puramente experimentais; dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Conforme a Corte (STA nº 175), os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia):

[...] são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Como esclarecido na audiência pública da Saúde por profissionais da área da saúde, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las.

Já os novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro, afirmou o Supremo Tribunal Federal (STA nº 175) que:

É preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na audiência pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes; por outro, a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Assim, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.

Nessa situação, entende a Corte Constitucional (STA nº 175) que “a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas”.

Como último parâmetro, e este sem dúvidas deve estar presente em todos os casos, entendeu o Supremo Tribunal Federal que é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que, a *priori*, poderá configurar-se como um obstáculo à concessão de medidas cautelares. Conforme o Acórdão do Supremo (STA nº 175):

[...] independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, há a necessidade de adequada instrução das demandas de saúde, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Ante os parâmetros doutrinários e jurisprudências apresentados, cabe uma consideração importante quanto a um fato que vem ocasionando a excessiva judicialização da saúde. Mendes (2012), registra que os cidadãos estão sendo vítimas, em muitos casos, de uma forte propaganda farmacêutica, onde passam a depositar suas esperanças de cura em propagandas enganosas, sem avaliar os riscos de um tratamento muitas das vezes ainda experimental, já acionando judicialmente o Estado a lhe garantir o tratamento propalado pela mídia.

Ainda segundo ao autor, a influência da indústria farmacêutica é uma questão a ser pensada quando da análise da sindicabilidade do fornecimento de medicamentos, havendo um perigo de o Judiciário, indiretamente, ao conceder uma determinada prestação de saúde, contribuir para a propagação dos tratamentos fornecidos, via das vezes, por uma única indústria farmacêutica.

Conforme Mendes (2012, p. 508), “é flagrante a existência de lobby da indústria e comércio de medicamentos, não apenas com os próprios médicos, mas também, atualmente, com os próprios usuários”.

Assim, em conclusão, essa sistematização apresentada pela doutrina e pela jurisprudência, em especial a STA nº 175 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, oferece para os julgadores parâmetros e critérios para as decisões judiciais. De um lado os parâmetros oferecem ponderação entre os princípios da separação

dos poderes, ao exigir que as escolhas governamentais sejam respeitadas, e por outro, reconhece a legitimidade do Poder Judiciário para concretizar e determinar a realização pelo Poder Público de prestações da saúde. Enfim, há uma segurança jurídica tanto para o jurisdicionado, quanto para os entes estatais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constituinte originário ao positivizar uma série de direitos fundamentais sociais, e no caso, a consagração constitucional do direito fundamental à saúde, influenciado, conforme literatura jurídica, pelo constitucionalismo de cunho democrático-social, foi um dos maiores avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no que se refere ao seu objetivo de proteção dos direitos individuais. Também, a Constituição de maneira cristalina definiu o papel e as funções do Estado no que se refere ao direito à saúde, ao garantir a todos o acesso universal a qualquer serviço público de saúde e o dever do Poder Público de promover e efetivar, mediante ações e políticas públicas, este direito fundamental do cidadão.

Há de ser destacado, conforme foi demonstrado, que o Estado brasileiro e a Constituição perfilaram-se à noção mais abrangente do conteúdo do direito à saúde, conforme orientação da OMS, que ademais de um pensamento eminentemente curativo, compreende a importância preventiva e promocional da tutela do Estado. Sendo mais apropriado falar não puramente em direito à saúde, mas no direito à proteção e à promoção da saúde. E assim, o conteúdo do direito fundamental à saúde deve ser apreciado de maneira dilatada, englobando a possibilidade de garantir, por parte dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), o bem-estar físico, mental e psicológico do cidadão.

Também, foi verificado que a tese de que as normas constitucionais que articulam direitos sociais, culturais, econômicos são normas simplesmente programáticas, por transferir sua concretização para a atuação do Legislativo, está superada, uma vez que representa um obstáculo à força normativa da Constituição e à máxima efetividade das normas constitucionais. Além do mais, vimos que o direito à saúde possui a eficácia ou dimensão negativa do direito à saúde (a saúde como direito de defesa do indivíduo) e a eficácia ou dimensão positiva do direito à saúde (a saúde como o direito a prestações matéricas).

Concluiu-se que o direito à saúde qualifica-se como direito fundamental constitucional indissociável do direito à vida, e sendo assim, o Poder Público qualquer que seja a esfera de sua atuação, não pode mostrar-se indiferente ao

problema da saúde da população, sob pena de incidir, por omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Destacaram-se no trabalho, as enormes dificuldades existentes para concretização das políticas públicas, a garantir plenamente e integralmente aos indivíduos o direito à saúde. Os problemas são muitos, como os elevados índices de corrupção política, o desvio de verbas públicas, a ausência de uma correta alocação de recursos para a saúde, falta de preparo técnico dos profissionais da saúde, decorrente também, das péssimas condições de trabalho oferecida pelo Estado.

Notou-se que a postura ativista do Judiciário surge em um contexto de descrença da população nos seus representantes, o Judiciário é acionado frequentemente pelo cidadão para que se reconheça direitos assegurados pela Constituição, mas que em decorrência dos Poderes Executivo e Legislativo extremamente omissos e desidiosos não se efetivam plenamente. Sendo assim, existem situações, como é o direito à saúde, que põe em risco o próprio direito à vida do indivíduo, que requer uma iniciativa imediata dos Poderes Públicos, e como a descrença na Administração Pública, o Judiciário aparece como a última trincheira da cidadania.

Demostrou-se que as críticas ao exacerbado ativismo judicial e a judicialização do direito à saúde, porém, restou demonstrado que a postura ativista, racional, e apropriado ao ambiente de inércia e ineficiência dos Poderes Públicos, pois, num panorama democrático ideal, o controle judicial dos atos e omissões administrativas bastaria a compelir a Administração a corrigir a violação, no caso por omissão, de direitos fundamentais, interferindo para implementar a vontade da Constituição no que se refere aos direitos sociais a contento.

Ademais, registre-se, que muitos dos argumentos elencados, embora não sejam limites intransponíveis à judicialização do direito social à saúde, podem ser úteis na reflexão acerca da intensidade e das hipóteses nas quais a intervenção judicial se revela legítima, pois, o Poder Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir.

Foram expostos os posicionamentos importantes do Supremo Tribunal Federal na efetivação do direito constitucional à saúde. A partir da análise das decisões, viu-se que o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal é que o direito à saúde não pode ser entendido como um direito apto a conceder prestações indiscriminadas de maneira absoluta e individualizada, mas sim, como um dever do

Estado e um direito do indivíduo que se efetiva mediante políticas governamentais para propiciar um acesso coletivo, igual e universal, e este deve ser o cuidado do Judiciário ao intervir em demandas desta matéria, o de preservar à ordem financeira, econômica e administrativa do Estado.

Atingindo o objetivo primário, e enfrentadas todas essas questões importantes para uma construção dogmática do tema, passou-se a tratar do objetivo principal do trabalho, que fora o de analisar os limites e parâmetros para atuação judicial nas políticas de saúde.

Indicaram-se vários parâmetros doutrinários para limitar e legitimar a intervenção judicial, como: a conservação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial; o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constante no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta da República; a separação dos poderes e a reserva do possível; os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Após, verificou os parâmetros a serem observados no caso concreto pelo julgador, estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do paradigma caso da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

Diante do exposto, conclui-se que os objetivos propostos foram alcançados, sendo respondida positivamente a problemática apresentada, quanto a construção de parâmetros para a interferência do Judiciário nas políticas públicas de saúde, e, assim, contribuído para a reflexão sobre a necessidade de o Judiciário efetivar as normas constitucionais que possuem conteúdo de direito fundamental, contudo, sendo obedecidos parâmetros estabelecidos para evitar um ultraje das funções dos outros poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENSI, Felipe Dutra. **Algo está mudando no horizonte do Direito?** Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: SAFE, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – vol. 31, n. 66, p. 89-114, jul./dez.2007.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Salvador: Revista eletrônica de Direito do Estado, 2009.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial**. In: *FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de. NOVELINO, Marcelo (organizadores). As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum do Judiciário para a Saúde**.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS.FORUMSAUDE.pdf>>. Acesso em 15 de mar. de 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Criação de Fórum Nacional do Judiciário para saúde é destaque em sessão plenária desta terça-feira**.

Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10519:criacao-de-forum-nacional-do-judiciario-para-saude-e-destaque-da-sessao-plenaria-desta-terca-feira&catid=1:notas&Itemid=169>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Lei Federal n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 15 de mar. de 2016.

_____. Lei Federal nº 13.269, de 13 de abril de 2016. **Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. Lei Federal nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. Governo Federal. Ministério da Saúde. Disponível em:

<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/profissional-e-gestor/gestao-da-saude-publica>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. Governo Federal. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Disponível em:

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Audiência pública: saúde.** Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **MS 23452/RJ.** Ministro Celso de Mello (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1763585>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário nº 195.192 -3.** Ministro Marco Aurélio (Relator). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário nº 273.834/ RS.** Ministro Marco Aurélio (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+247900%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bfy6an5>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário nº 273.834/RS.** Ministro Celso de Mello (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+273834%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/aqjqa4c>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255.627-1/RS.** Ministro Nelson Jobim (Relator). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário nº 271.286/RS.** Ministro Celso de Mello (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=163&dataPublicacaoDj=23/08/2000&incidente=1820623&codCapitulo=6&numMateria=119&codMateria=3>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Ministro Celso de Mello (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&incidente=3737704&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 91.** Ministra Ellen Gracie (Relatora). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+91%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/a44zk9a>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 138**. Ministra Ellen Gracie (Relatora). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=181&dataPublicacaoDj=19/09/2007&incidente=2542011&codCapitulo=6&numMateria=135&codMateria=7>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Audiência Pública nº 4 – Saúde**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário nº 657718 – Repercussão Geral**. Ministro Marco Aurélio Relator). Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=51&dataPublicacaoDj=12/03/2012&incidente=4157641&codCapitulo=2&numMateria=9&codMateria=7>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Petição nº 5828 – Medida Cautelar na Petição**. Ministro Edson Fachin (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=203&dataPublicacaoDj=09/10/2015&incidente=4862592&codCapitulo=6&numMateria=148&codMateria=2>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 828**. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=63&dataPublicacaoDj=07/04/2016&incidente=4937247&codCapitulo=6&numMateria=44&codMateria=7>>. Acesso em 15 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501**. Ministro Marco Aurélio (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5501&processo=5501>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Ministro Celso de Mello (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&incidente=3737704&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>>. Acesso em 01 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Ministro Gilmar Mendes (Relator). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional. 9.ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 30 de mar. de 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, p. 29, 2010.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e medicamentos**. In: *BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MESQUITA, Ana Cleusa Serra. **Análise da Distribuição da Oferta e da Utilização de Serviços Públicos de Saúde no Âmbito Nacional**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_servicos_publicos_saude.pdf>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. In: *FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/rere.asp>>. Acesso em 12 de fev. de 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Cláudio Pereira de (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais)*. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.