

JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA SAÚDE PÚBLICA.

Zita Hortência Monteiro Maia¹

Lenice Silveira Moreira de Moura²

RESUMO

O presente estudo, através do método indutivo de abordagem, tem a finalidade de empreender uma análise prospectiva acerca do direito social à saúde e a efetividade do mesmo na atual conjuntura social e jurídica, considerando para tanto a disseminação no plano normativo de fenômenos como a judicialização das políticas públicas voltadas para esse segmento, e, ainda, o chamado ativismo judicial. Sendo, ainda, objeto de análise a limitação e a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no plano de concretização do direito social à saúde, problemática que enfatizou a abordagem da chamada “teoria da reserva do possível”. Por fim, objetivando tornar claro entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da referida temática, foi desenvolvida uma análise jurisprudencial no âmbito do respectivo Tribunal.

Palavras-chave: Direito social à Saúde. Judicialização de políticas públicas. Reserva do possível. Legitimidade da atuação do Poder Judiciário. Análise Jurisprudencial.

JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS ABOUT THE PUBLIC HEALTH.

ABSTRACT

The present study through the inductive approach, aims undertake a prospective analysis about the social right to health and the effectiveness of the same in the current social conjuncture social and legal, considering for the both, the dissemination of rules providing for such phenomena as the judicialization of public policies aimed for this segment, and also, the called judicial activism. Being analyzed the limitation of the performance and legitimacy of the judiciary in the implementation plan for the social right to health, which emphasized the problematic approach called “theory of reserve of possible”. Finally, aiming at making clear

¹ Graduanda do Curso de Direito da Liga de Ensino do Rio Grande do Norte, Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI/RN. E-mail: hortenciamonteiro_maia@hotmail.com.

² Professora Orientadora, Advogada, Doutora em Ciências Sociais (UFRN), Mestre em Direito da Integração Regional (UFSM/RS), Especialista em Direito Empresarial (UNISINOS/RS), Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito e Coordenadora do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito da Faculdade de Natal (FAL). E-mail: leniceray@gmail.com.

understanding of the Federal Court of Justice about the said thematic was developed a jurisprudential analyses under respective Court.

Keywords: Social right to health. Judicialization of public policy. Possible reserves. Legitimacy of the action of the Judiciary. Jurisprudential analysis.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade o segmento da saúde pública representa para o cidadão não uma via de concretização do direito assegurado pelo texto constitucional, mais sim uma fonte geradora de desigualdades, tendo em vista a negligência do Estado, no âmbito de implemento de políticas públicas voltadas à efetivação do direito social à saúde, que representa uma máxima a sobrevivência digna do homem.

Nesse contexto, a sociedade tem figurado como refém da máquina estatal, vivenciando uma realidade de privação de seus direitos fundamentais, acentuada pela omissão prestacional do poder público, realidade esta que vem se modificando, no sentido do cidadão não mais aceitar de forma passiva a irremediável negligência do Estado, vindo a manifestar-se contra a mesma de forma ostensiva, através do amplo acesso ao Poder Judiciário, prerrogativa conferida pela própria Carta Magna, que assegura ao homem o direito de buscar, pela via judicial, a efetivação de seus direitos constitucionalmente assegurados.

Nesse sentido, no presente trabalho buscou-se contextualizar historicamente a evolução e positivação dos direitos sociais, em especial à saúde, bem como analisar questões fundamentais atreladas ao tema, tais como a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no âmbito de controle das políticas públicas de saúde, a luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ademais, estabeleceu-se, de forma complementar, um paralelo distinto entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Numa abordagem subsequente, foram consideradas questões como a aplicabilidade da teoria da reserva do possível a demandas fundadas em direitos constitucionalmente assegurados, como é o caso do direito social à saúde, e, por fim, foram analisados aspectos de natureza relevante dentro da sistemática proposta, como a garantia do mínimo existencial, o respeito à dignidade da pessoa humana e a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pelo judiciário no âmbito de suas decisões no que tange a concretização do direito à saúde.

2 EVOLUÇÃO E POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 Contextualização histórica

A evolução histórica dos direitos sociais compreende uma trajetória de avanços conquistados pela coletividade na busca por melhores condições de subsistência. As frações temporais que separam, simbolicamente, as gerações de direitos, representam marcos históricos importantes para análise do atual patamar de reconhecimento alcançado pelos direitos sociais, uma vez que as conquistas agregadas ao longo do tempo possibilitaram a transmutação da formalidade atribuída aos direitos fundamentais, sob a ótica de atuação negativa do Estado Liberal, para uma esfera de efetivação material de tais direitos, viabilizados com o advento do Estado Social, conferindo-se ao homem, nesse contexto, não apenas garantias intocáveis, mas a possibilidade de sentir-se dignamente amparado pelo Estado através do desenvolvimento de políticas públicas que viessem a efetivar os direitos sociais.

Na concepção da estudiosa Fabiana Okchstein Kelbert:

Esses direitos trazem como característica mais marcante o fato de que são direitos que pressupõem uma conduta ativa por parte do ente estatal. Isso significa que só se realizam mediante a atuação do Estado, por meio de políticas públicas e ações governamentais, ao contrário do que preconizava o modelo liberal, onde a efetivação dos direitos de liberdade se deva pela inatividade estatal, ou seja, a concretização dos referidos direitos acontecia pela não interferência do Estado. (KELBERT, 2011, p. 31)

Segundo preleciona Gerardo Pisarello (2007, apud KELBERT, 2011), os direitos sociais figuraram como requisito indispensável a atribuir conteúdo material aos direitos civis e políticos, enquanto estes desenvolveram uma atuação instrumental de extrema relevância para assegurar os direitos sociais. Nesse sentido, compreende-se que a convicção de luta incorporada pelo homem na busca pelos direitos civis e políticos se fundamentou num ideário social que posteriormente ensejaria uma busca pelos direitos sociais, tendo havido uma viabilização mútua entre a busca por liberdade no contexto de prevalência do Estado Liberal e a luta por maiores garantias para o homem no Estado Social.

Vejamos o entendimento de Norberto Bobbio quanto à historicidade dos direitos sociais:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2006, p. 25)

A revolução industrial ocorrida no século XIX representou um marco histórico na evolução dos direitos sociais. Com a descoberta de novas fontes de matéria prima, inúmeros métodos de exploração foram desenvolvidos nas usinas e fábricas, nas quais trabalhavam operários sujeitos às vicissitudes da oferta e da procura. Nesse contexto foram registrados abusos e problemas sociais de gravidade extremada, uma vez que as profundas transformações das estruturas econômicas, sociais e políticas ameaçavam as populações do mundo, exigindo a formulação de novas diretrizes éticas que assegurassem ao homem e à sociedade o seu integral desenvolvimento, não apenas sob o aspecto funcional, mas também humano, objetivando minorar as disparidades sociais que se estabeleceram frente à divisão de classes característica desse contexto histórico.

Nesse sentido se posiciona George Marmelstein:

A industrialização trouxe consigo, além da prosperidade econômica para uma minoria rica, uma série de problemas sociais, gerando naturalmente grande insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para aproveitar os prazeres proporcionados pela paradoxalmente chamada de “Bela Época”. Enquanto uns viviam no luxo, a grande maioria da população passava fome, estava desempregada ou morria por falta de cuidados médicos, ou seja, estava totalmente excluída das vantagens estatais usufruídas pela burguesia. (MARMELTEIN, 2013, p. 44)

A positivação dos direitos sociais clamados no fervor da Revolução Industrial se materializou inicialmente no princípio do século seguinte, com a Constituição Mexicana de 1917, tendo sido esta a primeira Carta Política a atribuir, aos direitos trabalhistas, a qualidade de direitos fundamentais, ao lado das liberdades individuais e dos direitos políticos.

Ainda no ano de 1917, após a Revolução Comunista, a República Soviética Russa, imbuída pela efervescência social da busca por direitos, proclamou em janeiro de 1918 a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, que havia sido redigida durante o período da revolução Russa, a qual previa restrições aos direitos dos integrantes da classe burguesa, em favor dos trabalhadores e ainda a abolição da propriedade privada, o que viabilizaria a exploração do trabalho assalariado. (KELBERT, 2011)

Após o término da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha em, 11 de agosto de 1919, promulgou a primeira Constituição da república Alemã, conhecida como a Constituição de Weimar, cuja elaboração se deu num período de extrema instabilidade econômica e social vivenciado pela Alemanha em decorrência do fim da primeira grande guerra e, ainda, das consequências do processo de industrialização acelerado desde 1871, gerando com isso uma desestabilização social frente aos conflitos titularizados pela burguesia e pelos movimentos revolucionários da época, tendo se originado desse contexto o projeto de república democrática e social que foi a república de Weimar, obstinada a dirimir os conflitos sociais e estabelecer um pacto social entre a burguesia e as demais forças sociopolíticas existentes à época. (DIMOULIS; MARTINS, 2012)

Segundo o entendimento dos doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins o compromisso assumido pela república de Weimar:

(...) implicou a positivação de direitos fundamentais de naturezas diversas no texto constitucional. O extenso rol dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar (“Direitos e deveres fundamentais dos Alemães”) era dividido em cinco títulos (“indivíduo”, “religião e sociedades religiosas”, “educação e formação escolar”, “ordem econômica”) e se explica nesse contexto. Os dois primeiros títulos citados fixavam as garantias liberais clássicas. Os dois últimos introduziam a dimensão social e econômica dos direitos fundamentais, cujo objetivo era garantir a liberdade individual mediante ações (prestações) do Estado. (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 21)

Com o fim da Segunda guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem que teve papel essencial na positivação dos direitos sociais, uma vez que recuperou os ideais da Revolução Francesa, reconhecendo os valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens. (KELBERT, 2011)

A Constituição Portuguesa de 1976, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2009, apud KELBERT, 2011) não promoveu uma disciplina jurídico-constitucional unitária, uma vez que estabeleceu um regime geral para os direitos fundamentais e um específico para os direitos de liberdade e garantias, tendo os direitos sociais figurado em título distinto daquele voltado para regulamentar os direitos fundamentais.

Cumprir mencionar ainda, a Constituição Espanhola de 1978, que em relação aos direitos sociais reconheceu, apenas, o direito à educação como direito fundamental, mesmo

tendo demonstrado em seu preâmbulo o desejo de convivência em uma ordem econômica e social justa. (KELBERT, 2011)

A Constituição de Weimar de 1919, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978, todas desempenharam papel determinante no processo de evolução histórica dos direitos sociais, uma vez que implementaram, em seu texto legal, o resguardo aos direitos de natureza prestacional, os quais, através das lutas empreendidas pela coletividade contra a repressão e os abusos cometidos pelo Estado e pela política de divisão de classes, garantiram a efetividade dos direitos fundamentais, sendo importante ressaltar que outras cartas políticas também contribuíram para esse processo de evolução, a exemplo da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e a Constituição Jacobina de 1793.

2.2 Os direitos sociais na história constitucional do Brasil

Na história constitucional brasileira, foram poucos os direitos sociais resguardados pela Constituição Política do Império do Brasil de 1824, uma vez que a natureza das previsões legais que faziam menção aos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, contidos nesta carta política, configurava apenas um meio de defesa frente à intervenção estatal, estando as mesmas eivadas de uma dimensão meramente negativa, ainda influenciada pela concepção de Estado Liberal predominante naquele momento histórico. (KELBERT, 2011)

A Constituição de 1891 e as Constituições da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 e 1937 evoluíram timidamente quanto à proteção aos direitos sociais, tendo as duas últimas contribuído, de forma mais acentuada, uma vez que a Constituição de 1934 foi a primeira a contemplar um esboço da assistência social, seguida pela de 1937 que dedicou um capítulo exclusivo a direitos como a educação e a cultura, bem como, a direitos relacionados ao trabalho, os quais era considerados um “dever social”. Na mesma sistemática se fundamentou a Constituição de 1946, não tendo promovido inovações consideráveis quanto à positivação dos direitos sociais. (KELBERT, 2011)

De forma pioneira na história constitucional do Brasil, a Constituição Federal de 1988 elevou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, atribuindo-lhes autonomia e especificidade ao incluí-los em um título próprio.

O artigo 6º³ da referida Carta Política define um rol de direitos sociais que devem ser efetivados pelo Estado através do desenvolvimento de políticas públicas voltadas para sociedade, tornando clara a natureza prestacional que fundamenta os direitos sociais, e confirmando, nesse quesito, sua total dissociação dos preceitos norteadores do Estado Liberal, sendo relevante mencionar que a fundamentalidade atribuída a tais direitos os elevaram a um patamar de positivação diferenciado, uma vez que a antiga sistemática atribuída aos direitos sociais nas constituições pretéritas foi totalmente superada diante da evolução legal propiciada pela Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva se posiciona Vicente de Paulo Barreto:

Transitamos então para um novo patamar conceitual, onde os direitos sociais irão representar a integração dos princípios da igualdade material e da liberdade real, que não é aquela meramente proclamada nos textos legais. Os direitos sociais adquirem um novo papel no sistema jurídico, deixando de ser simples expedientes funcionais, destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana. (BARRETO, 2003 apud KELBERT, 2011, p. 33)

Ao eleger uma forma de Estado de cunho social, a Constituição Federal de 1988, amparou-se em princípios de justiça social tendentes a reduzir de forma considerável as desigualdades sociais existentes no país, objetivando com isto possibilitar a todos, indistintamente, o acesso à saúde, à educação, ao lazer e a vários outros direitos que são indispensáveis à sobrevivência.

3 UMA ANÁLISE ACERCA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

3.1 Evolução histórica

O desenvolvimento histórico do direito social à saúde incita uma análise que contrapõe interesses capitalistas e interesses sociais, uma vez que a essência das necessidades humanas repousa no contexto histórico de cada época, refletindo os interesses de cada geração frente às limitações impostas pela figura do Estado, que desde a sua essência absolutista até o

³ Art. 6º, CF/88 - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010](#))

advento do Estado de Direito, atravessou um caminho tênue entre o resguardo às necessidades materiais do homem e o fortalecimento do Estado na sua posição de supremacia frente aos interesses da coletividade.

Nesse limiar, a sociedade através das revoluções constitucionais, intensificou a luta na busca por direitos essenciais à sobrevivência do homem, sendo um deles o direito à saúde, que, mesmo negligenciado em contextos como o da Idade Média e da Revolução Industrial, veio a se sobressair no cenário normativo atual.

Na época da Idade média, a saúde apresentava-se como um direito que dificilmente seria disciplinado por qualquer forma de controle social existente, uma vez que a cultura cristã difundida naquele período histórico associava a doença a um castigo divino, decorrente da ausência de fé do homem e da falta de disciplina deste frente aos ensinamentos da Igreja, sendo a saúde considerada uma dádiva concedida por Deus àqueles que realmente merecessem, afastando completamente do homem a possibilidade de visualizar a saúde como um direito inerente à condição humana. (SIQUEIRA, 2011)

No período da Revolução Industrial, as melhorias alcançadas pelo homem no que tange à saúde, decorreram, não da plena conscientização da importância desse direito como elemento essencial para a dignidade da pessoa humana, mas sim em decorrência das necessidades industriais no âmbito da produção, uma vez que os operários saudáveis produziram melhor e em maior quantidade o que conseqüentemente gerariam mais lucros para a indústria, razão pela qual houve uma melhoria considerável no tratamento à saúde nesse momento histórico.

Nessa perspectiva, a estudiosa Ana Paula Oriola de Raeffray destaca:

Na Inglaterra, por sua vez, a Revolução Industrial e a Revolução Agrária trouxeram profundas modificações para a vida econômica e para a estrutura social do país, gerando uma nova atitude mental diante dos problemas da vida comunitária, fazendo surgir uma teoria de ação social relativa à saúde, refletindo um interesse acentuado pelos problemas de saúde e de bem estar dos pobres movidos, não apenas por sentimento de caridade, mas pela intenção de controlá-los de modo racional e inteligente. (RAEFFRAY, 2005 apud SIQUEIRA, 2011, p. 46)

O tratamento dado à saúde no período da Revolução Industrial foi considerado um marco histórico para a posterior positivação desse direito nos diplomas normativos de alguns países, como foi o caso da Constituição Espanhola de 1978 e o da Constituição Portuguesa de

1976, que associaram o direito a saúde a dignidade da pessoa humana, sistemática também adotada pela Constituição Brasileira de 1988.

3.2 A saúde e sua positivação na Constituição Federal de 1988

Antes que se adentre no conteúdo específico da saúde como direito fundamental, é importante esclarecer que, apesar de haverem entendimentos distintos, a definição adotada para o termo saúde, é originária do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, segundo a qual saúde seria o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença.

Analizando o direito a saúde sob o prisma da Constituição Federal de 1988, é possível constatar que no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a saúde foi elevada ao “status” de direito social, conforme assevera o artigo 6º do referido diploma normativo.

Nessa perspectiva, é essencial destacar o que dispõe o artigo 196 do texto constitucional, pois é com base nesse dispositivo legal que a figura do Estado assume a responsabilidade, enquanto ente federativo, de promover e efetivar políticas públicas e ações sociais voltadas para a saúde. Vejamos:

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 sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, Constituição Federal 1988)

O dispositivo acima transcrito representa mais que uma mera previsão constitucional, ele ostenta imperatividade, devendo ser efetivado de maneira imediata em benefício da sociedade, posto que o constituinte impôs ao Estado, através do texto legal, a obrigação de construir uma nova ordem social que vise o bem estar de todos no que tange à implementação de meios capazes de efetivar o direito social a saúde. (SIQUEIRA, 2011)

É salutar, ainda, mencionar o que dispõe o artigo 198 do texto constitucional, referente à organização do sistema de saúde, quanto às ações e serviços que integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui a formação de um sistema único, denominado SUS, com regulamentação própria pelas Leis nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 e 8.142 de 28 de dezembro do mesmo ano. Os parágrafos do artigo mencionado definem as regras relativas ao financiamento do sistema único de saúde.

O artigo 227⁴ da Carta Magna também faz menção à saúde como direito essencial da criança e do adolescente, devendo ser promovido com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo poder público.

A Constituição Federal de 1988, regulamentada após um período de extrema instabilidade social no Brasil, decorrente dos males da Ditadura Militar⁵, buscou através de seu texto legal, conferir ao homem não apenas direitos de natureza formal como os que se propagaram no Estado Liberal, mas também direitos materiais, que possibilitassem ao homem melhores condições de subsistência e dignidades no âmbito social, que representassem não uma mera expectativa de direito, mas uma norma capaz de fazer florescer no indivíduo a esperança de algo concreto, efetivo, que não mais o conduzisse a um universo de perspectivas frustradas, mas à plenitude de seus direitos.

Para o estudioso Mádson Ottoni Almeida Rodrigues:

Falar em condições favoráveis de sobrevivência é dizer do direito de todo indivíduo a um mínimo existencial, representado pelo acesso à alimentação nutritiva e a água potável, habitação adequada, ambiente físico saudável, assistência à saúde, segurança, educação apropriada e oportunidades no mercado de trabalho. Esses constituem fatores indispensáveis para se atingir a dignidade humana, figurando como prioridade número um do Estado social de direito. (RODRIGUES, 2009, p. 378)

Nesse sentido, resta clara a relação indissociável existente entre a saúde e a dignidade da pessoa humana⁶, não apenas no que concerne ao caráter de essencialidade que tais direitos possuem, mas também em razão da impossibilidade do homem ter uma vida considerada digna sem que a ele seja assegurado o acesso à saúde, cabendo ao Estado, através do desenvolvimento de políticas públicas, propiciar as condições necessárias para que o indivíduo busque a efetivação de tais direitos.

⁴ Art. 227, CF/88 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

⁵ A Ditadura militar no Brasil foi o regime autoritário que governou o país de 1º de abril de 1964 até 15 de março de 1985. A implantação da ditadura começou com o Golpe de 1964, quando as Forças Armadas do Brasil fizeram sucumbir o governo do presidente constitucional João Goulart e terminou quando José Sarney assumiu o cargo de presidente. Apesar das promessas iniciais, a ditadura militar durou 21 anos, tendo o governo autoritarista posto em prática durante esse período vários atos institucionais, culminando com o AI-5, de 1968, que vigorou até 1978. A Constituição de 1946 foi substituída pela Constituição de 1967, ao mesmo tempo em que ocorria a dissolução do Congresso Nacional, a supressão de liberdades individuais e a criação de um código de processo penal militar que autorizava o Exército brasileiro e a polícia militar do Brasil prender e encarcerar pessoas consideradas suspeitas, além de impossibilitar qualquer revisão judicial.

⁶ Art. 1º, CF/88 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito social à saúde, estatuído na Constituição Federal de 1988 como um direito de todos e um dever do Estado, tem encontrado dificuldades em sua efetivação em razão da omissão do poder público no cumprimento dos preceitos estabelecidos pela Carta Magna vigente, especificamente no que concerne ao atendimento das solicitações de medicamentos e tratamentos a serem disponibilizados pela rede pública de saúde, havendo, portanto, o descumprimento do texto legal por parte do Estado no que tange a sua responsabilidade de assegurar a materialização dos direitos sociais, primando pela máxima de que todos os indivíduos, indistintamente, em nome do princípio da isonomia⁷, devem ter suas garantias individuais e coletivas preservadas pelo poder público e não por ele mitigadas.

Nesse sentido se posiciona a jurista Gabriela Soares Balestero:

A Administração Pública deve voltar-se para o dever de realizar e efetivar a Constituição na preservação dos direitos fundamentais, construindo um conjunto de ações governamentais com o escopo de alcançar efetivamente a implantação de um Estado Democrático de Direito. (BALESTERO, 2011, p.144)

O acesso a políticas públicas amplas, capazes de promover a saúde do cidadão em todas as suas formas é direito de todo ser humano, devidamente resguardado pelo texto constitucional e ainda por legislação esparsa, como é o caso das Leis que regulamentam o SUS⁸, responsáveis conjuntamente pela garantia de pleno gozo desse direito tão importante e essencial a todo ser humano. Todavia, em razão da omissão do Estado no cumprimento de seus deveres perante a sociedade, em inúmeras situações, torna-se necessária a interferência do Poder Judiciário a fim de garantir que tais direitos sejam tutelados no caso concreto. (OLIVEIRA, 2012)

Nessa perspectiva, veio emergir no âmbito social o tão discutido fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde, que tem sido alvo de inúmeros questionamentos tanto em meio à doutrina quanto na jurisprudência, por se tratar de uma intervenção do Poder Judiciário numa esfera eminentemente política, sendo considerada exorbitante a quantidade de ações judiciais movidas contra o Estado envolvendo a efetivação pelo mesmo, dos direitos

⁷ Art. 5º, CF/88 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁸ Leis nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 e 8.142 de 28 de dezembro do mesmo ano.

assegurados ao cidadão pelo texto constitucional, dentre os quais figura o direito social à saúde.

Diante da função que exerce perante a sociedade, é inadmissível que o Poder Judiciário mantenha-se inerte frente à violação de um direito de natureza tão essencial ao homem, cuja efetivação esteja assegurada pela Carta Magna, razão pela qual sempre que um indivíduo sinta-se prejudicado, ou mesmo impedido, por alguma razão ou limitação inapropriada ou ilegal, poderá, em nome no princípio da inafastabilidade da jurisdição⁹, recorrer ao Poder Judiciário e a ele requerer o resguardo necessário ao seu direito, almejando a efetivação do mesmo, ainda que para isso seja necessária a intervenção do Judiciário em searas próprias de outros poderes, visto que sua função essencial é propiciar ao cidadão o sentimento de justiça diante da omissão, violação e desrespeito a seus direitos, seja por um particular ou pela própria Administração Pública direta no uso de suas atribuições.

Na concepção de Bernardo Abreu de Medeiros:

A Constituição de 1988 é extremamente abrangente, e colocou como seu guardião final o Poder Judiciário, que pode ser acionado tanto pelo modo difuso, no qual a qualquer juiz ou tribunal é permitido se manifestar sobre a constitucionalidade de um caso concreto; como por meio de ações específicas perante o supremo Tribunal Federal. Tal desenho institucional faz com que o judiciário acabe tendo a última palavra em muitos casos referentes a direitos fundamentais e políticas públicas. (MEDEIROS, 2013, p. 530)

Cabe a Constituição instituir os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas. Aos poderes Legislativo e Executivo foram destinadas atribuições essencialmente políticas, como a precípua criação do direito positivo pelo Poder Legislativo e a concentração do sistema presidencialista brasileiro através das funções de chefe de Estado e de governo pelo Poder Executivo, não estando, o Poder Judiciário em regra, apto a exercer atividades de natureza política, o que em tese, configuraria desrespeito ao princípio da separação dos poderes¹⁰. No entanto, cumpre esclarecer que as atribuições do Poder Judiciário não ostentam natureza meramente técnica, ao contrário, a ele cabe um dos deveres de maior representatividade no cenário jurídico e social, que é o respeito e resguardo aos dispositivos constitucionais, não sendo razoável entender que a atuação desse Poder no âmbito normativo

⁹ Art. 5º, CF/88 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁰ Art. 2º, CF/88 - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

teria como estar dissociada da política, uma vez que a aplicação do direito a situações que possam configurar tal intervenção não teriam, por si só, o condão de afastar do Judiciário a apreciação do caso concreto, pois a observância da legislação, especialmente do texto constitucional, deverá ser prioritária, tendo em vista a essencialidade das previsões contidas na Carta Magna.

Nesse sentido, posiciona-se Luís Roberto Barroso, o qual enfatiza a atuação do judiciário na busca pela centralidade e supremacia da Constituição Federal:

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a constituição. (BARROSO, 2013, p. 228)

Em uma sociedade democrática, algumas questões devem ser tratadas numa perspectiva diferenciada, onde as decisões tomadas pautem-se em princípios morais e também políticos, que visem não a violação aos limites de atuação dos Poderes, mas a garantia de um bem maior que sirva de fundamento para existência de todo um sistema normativo, que seria a aplicação da norma visando atingir o fim pretendido pelo legislador quando da sua elaboração e o alcance da satisfação do sujeito no âmbito de sua pretensão, viabilizando com isso a total subsunção do sentido da norma a realidade do cidadão, o sentimento de justiça imbuído em seu subconsciente e a sua materialização através da aplicação da lei, ainda que extensivamente interpretada, ao caso concreto.

Nessa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário na busca pela efetivação do direito social à saúde representa uma forma legítima de intervenção, pois uma vez caracterizada a violação ao texto constitucional no que concerne à omissão do Estado, no âmbito de sua função prestacional, estará o judiciário autorizado a intervir, sempre que requisitado,

objetivando conferir a norma o seu sentido criador, a sua aplicabilidade prática, e o principal, a efetivação de um direito essencial ao homem como é caso da saúde, que encontra-se intimamente associado ao primado constitucional da dignidade da pessoa humana, merecendo, portanto, proteção ostensiva e aplicação imediata.

A Judicialização das políticas públicas de saúde é uma realidade que se verifica naturalmente diante do que dispõe o próprio texto constitucional, cujo respeito tem natureza imperativa, sendo considerada a atuação do Poder Judiciário um instrumento através do qual o cidadão consegue, na grande maioria das vezes, ver alcançada a efetividade de seu direito social a saúde.

Na concepção de José Herval Sampaio Júnior:

Essa judicialização não significa – como defende alguns juristas e cientistas políticos – uma quebra da separação dos Poderes, na visão clássica, ou então interferência despropositada nas funções típicas de cada Poder; em uma visão contemporânea, já que essa ampliação de atuação judicial nada mais é do que uma consequência lógica e natural dessa nova visão de jurisdição no Estado Democrático de Direito, em que todos os pilares fundamentais do texto constitucional precisam restar satisfeitos em todas as situações fáticas, logo, o Poder Judiciário não pode fugir de tal missão de concretização dos valores constitucionais. (SAMPAIO JÚNIOR, 3013, p. 422)

Sendo assim, a ampliação da esfera de atuação judicial, calcada em termos constitucionais, trará necessariamente em seu bojo questões políticas, ou seja, alguns atos normativos ou políticas públicas sempre serão alvo de questionamentos sobre o aspecto da constitucionalidade, pois todas as vezes que a um cidadão for negado, negligenciado ou mitigado um direito assegurado pela Carta Magna em regra haverá a figura do Poder Judiciário intervindo, sempre que requisitado, na busca pelo cumprimento do texto constitucional.

5 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PARALELO DISTINTIVO

Na atualidade, tornou-se recorrente a utilização dos termos “ativismo judicial” e “judicialização da política” como sendo sinônimos, no entanto, é importante esclarecer que tais expressões possuem significado e aplicações distintas.

Para Bernardo Abreu de Medeiros, em uma primeira acepção, o termo ativismo judicial define-se:

(...) pela frequência com que um magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo, isto é, atuando como um legislador negativo. Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático. (MEDEIROS, 2013, p. 531)

De maneira mais concisa, define Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário. (CAMPOS, 2013, p. 551)

Nesse sentido, o ativismo pode ser compreendido como uma atuação judicial extensiva no âmbito de cumprimento ou interpretação da norma, que se perfectibiliza quando o Poder Judiciário adentra numa esfera de criação normativa que originalmente não caberia a ele intervir, tendo como objetivo primário e essencial não a violação à separação dos poderes, mas o efetivo alcance da justiça, seja através da própria aplicação da lei quando esta for o mecanismo adequado para conduzir do indivíduo a satisfação do seu direito, ou, ainda, desenvolvendo uma hermenêutica diferenciada que possibilite o magistrado ou Tribunal suprir as lacunas existentes na lei através da criação de novos parâmetros legais.

Na criação e elaboração da norma o legislador por diversas vezes, diante da complexidade e grandeza do objetivo precípua da lei, acaba não desenvolvendo mecanismos adequados para suprir todas as lacunas que possam surgir de forma superveniente à aplicação da norma ao caso concreto. Sempre que a própria conduta humana não mais de coadune com a norma posta, ou quando esta não represente a solução mais equânime ou justa para as partes envolvidas na demanda, será nesse contexto que o judiciário irá intervir, de forma ativista sim, sempre que necessário à preservação da justiça, entendendo que o positivismo legal não pode

ser usado como parâmetro para aplicação da lei quando esta não mais atenda o objetivo de sua criação, ou, ainda, quando for considerada omissa no âmbito de efetivação do direito.

O direito é essencialmente uma ciência social, onde os frutos da produção jurídica sempre estarão voltados para o homem em sentido lato, as suas necessidades, a solução dos conflitos e a consequente pacificação social, são sendo coerente, portanto, o Judiciário esquivar-se de seu poder interpretativo e decisório em nome de questões meramente técnicas e formais.

No que se refere à judicialização da política, esta decorre de dois fatores preponderantes, primeiro, o modelo de constituição analítica adotada pelo Brasil e segundo, o sistema de controle de constitucionalidade. Segundo o que dispõe a sistemática constitucional, o Poder Judiciário atua como guardião da Carta Magna, podendo ser acionado através das ações oriundas do controle de constitucionalidade, pela via difusa ou direta, e ainda por ações específicas direcionadas ao Supremo Tribunal Federal. Sempre que forem submetidas à apreciação judicial questões de acentuado teor político, cuja solução dependa da atuação jurisdicional voltada à aplicação da norma preexistente ao caso concreto, restará configurado o fenômeno da judicialização da política. A maneira como será exercida a competência do Poder Judiciário é que irá caracterizar ou não a ocorrência do ativismo judicial. (MEDEIROS, 2013)

Na concepção de José Joaquim Gomes Canotilho:

O poder judiciário faz política quando se proclama como o *poder de defesa dos direitos dos cidadãos* contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como o *poder de revelação dos valores fundamentais* da comunidade. (CANOTILHO, 2008, p. 235)

Corroborando com esse entendimento, se posiciona José Herval Sampaio Júnior:

A judicialização da política, em um contexto bem amplo, e a par de suas vertentes abordadas, deve ser compreendida como o obrigatório pensar e agir de todos os Poderes, arrimados nos dispositivos constitucionais, sob pena de suas ações ou omissões serem consideradas inconstitucionais e em consequência, quando lesivas de direitos, serem reconhecidas pelo Poder Judiciário, que apesar de na maioria dos países, não terem legitimidade popular, é tido como a última instância para a solução dos conflitos que envolvem a possibilidade de ameaça ou violação a direito. (SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 423)

A doutrina positivista e os dogmas liberais, utilizados na interpretação e aplicação do direito, foram superados na contemporaneidade, em razão da superveniência de novos parâmetros de atuação judicial sedimentados no neoconstitucionalismo, que tem como objetivo central desenvolver uma nova abordagem acerca do papel da Constituição no sistema jurídico vigente, doutrina que encontra fundamento na atual conjuntura pós-positivista, que admite, no plano normativo, a existência de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial.

Jaime Mariz de Faria Júnior e Sabrina Cavalcante de Macedo definem o que venha a ser o pós-positivismo e qual o seu objetivo central na dogmática jurídica:

O pós-positivismo busca a concretização do Direito Constitucional, dando-lhe máxima eficácia. O Direito deixa de ser um discurso legitimador das forças sociais dominantes, passando a instrumento de transformação social. Significa dizer que, através de uma nova hermenêutica, os valores presentes na Constituição, antes percebidos como meros ideários, passam a objeto de concretização para o aplicador do direito. Ou seja, a Constituição sai do papel e toma forma na vida real. Trata-se de uma nova abordagem interpretativa, que não exclui a tradicional, mas a completa, na qual a prioridade consiste em garantir a concretização dos direitos e garantias fundamentais, através de uma interpretação principiológica e valorativa. Representa, portanto, uma reaproximação do Direito com a ética e a moral, cujo vínculo havia sido rompido pelo cientificismo positivista, reintroduzindo, assim, as ideias de justiça e legitimidade. (FARIAS JÚNIOR; MACEDO, 2013, p. 428)

Nessa sistemática, resta claro que tanto o ativismo judicial como a judicialização da política representam um avanço no âmbito da discricionariedade do Poder Judiciário, tendo o primeiro, conferido ao mesmo, maior expressividade, e o segundo, maior representatividade, sendo ambos considerados importantes mecanismos para se alcançar a efetividade dos direitos assegurados pelo texto constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição Federal de 1988 estatuiu em seu art. 165¹¹ a competência para elaboração de leis de natureza orçamentária, sendo o Poder Executivo o responsável pela organização do orçamento público, através da elaboração do plano plurianual, das diretrizes

¹¹ Art. 165, CF/88 - Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I o plano plurianual;
II as diretrizes orçamentárias;
III os orçamentos anuais.

orçamentárias e dos orçamentos anuais, os quais ostentam um caráter de essencialidade na esfera de planejamento financeiro do país no que concerne ao alocamento e distribuição de verbas públicas, sendo tal função considerada de extrema relevância social, por vir a delimitar a quantidade de verba a ser destinada à implementação de políticas públicas no âmbito, por exemplo, da saúde, educação, moradia, e outros direitos essenciais à vida do homem.

A atuação do Estado, no âmbito de cumprimento de seus deveres constitucionais, tem deixado a desejar, sendo inúmeras as falhas existentes entre os comandos legais e a efetiva atuação da Administração Pública, o que tem afastado cada dia mais o cidadão dos provimentos necessários a uma sobrevivência digna, figurando o orçamento, nesse contexto, como parâmetro limitador à atuação do Estado.

Nessa perspectiva, chega-se ao argumento principal utilizado pelo Poder Público em sua defesa, quando o Judiciário, dando provimento a demandas fundadas em direitos sociais, como é o caso da saúde, determina, por exemplo, a concessão de medicamentos ou tratamentos específicos nesse segmento, oportunidade em que o Estado alega, na grande maioria das vezes, insuficiência de recursos públicos para cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, argumento que se fundamenta na chamada “teoria da reserva do possível”, que tem como escopo condicionar à efetividade de direitos de natureza prestacional à capacidade financeira do Estado.

Complementando o presente raciocínio, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtniner se posicionam acerca da origem e consistência da teoria em análise:

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais e prestacionais materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Volbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29)

Antes de se avaliar a atuação do Poder Judiciário nessa seara, é importante compreender como tal intervenção se faz necessária. A Constituição Federal é clara ao estabelecer a obrigação do Estado de viabilizar ao cidadão o acesso a condições dignas de

saúde, educação, moradia, dentre outros direitos considerados indispensáveis à sobrevivência do homem, direitos associados a uma ideia de mínimo existencial que assumem a conotação de máximos, vistos sob um ângulo em que se limitam a mera existência teórica, tendo a efetividade plena dos mesmos sido relativizada em nome da contenção orçamentária do Estado, em nome de parâmetros técnicos e econômicos, que em dadas circunstâncias acabam se sobrepondo a dignidade da pessoa humana e a outros valores fundantes do Estado do Democrático de Direito. É nessa sistemática que o Poder Judiciário vem intervindo, buscando através de suas decisões reavivar a ideia de um direito humanista e não meramente patrimonialista, objetivando com isso concretizar valores e direitos imbuídos no texto constitucional. (SARLET, 2008)

A utilização da teoria da reserva do possível pelo Poder Público, está associada à ideia de que a efetivação de direitos como a saúde, está adstrita à limitação orçamentária do Estado, não havendo condições do mesmo arcar com demandas judiciais, que tenham como objeto a concessão de medicamentos excessivamente caros ou tratamentos demasiadamente onerosos que não estejam previstos na cartilha do SUS, em razão de tais gastos fugirem completamente a organização financeira do Estado, implicando em desequilíbrio econômico do ente federativo.

No entanto, tal argumento não tem o condão de eximir a Administração Pública de suas obrigações prestacionais, especificamente as que envolvam a efetivação dos direitos sociais, como é o caso da saúde. Nesse sentido, se posiciona Louisianne Paskalle Solano Maia:

A escassez de recursos públicos, em oposição às responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo, não imuniza o administrador de cumprir promessas vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, considerando a destinação de recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de menor relevância aos valores básicos da sociedade representados pelos direitos fundamentais. (MAIA, 2009, p. 419)

Cumprido ressaltar que a atuação jurisdicional, diante da utilização da teoria da reserva do possível pelo Estado, esta condicionada a uma análise de razoabilidade e proporcionalidade, visto que se o objetivo do Poder Judiciário é conferir a norma efetividade, não estaria condizente com esse fim decisões judiciais que não adotassem o critério da

ponderação de valores, razão pela qual deverá o Judiciário analisar a luz desses parâmetros a repercussão que suas decisões terão, não apenas no âmbito de satisfação a pretensão particular, mas também de oneração excessiva ao poder público, visto que a condenação do Estado ao financiamento de tratamentos de saúde ou concessão de medicamentos cujos valores sejam desproporcionais implicará, diante da limitação orçamentária objetivamente existente em face da finitude dos recursos, em não efetivação do direito. (KELBERT, 2011)

Em mesma linha se manifesta Louisianne Paskalle:

O poder jurisdicional enquanto Estado deve participar da realização de direitos mínimos para o cidadão. Para isso, tem que adentrar na delicada esfera de discricionariedade da Administração Pública. Muitas vezes, serão necessárias interferências enérgicas, utilizando-se do princípio da razoabilidade para fazer as ponderações e verificar se há uma adequação entre meios e fins nas decisões administrativas, verificando se há exigibilidade na medida e se as vantagens são maiores do que as desvantagens nos atos públicos. Esse controle recai, necessariamente, sobre as atribuições do Poder Judiciário, não podendo, este, esquivar-se de tal responsabilidade, tendo, portanto, que atuar com o equilíbrio que lhe é exigido e com a ponderação necessária. (MAIA, 2009, p. 420)

Complementando o raciocínio acerca da importância da ponderação de valores, Fabiana Kelbert assim dispõe:

A ponderação deve ser considerada o método primordial para garantir a adequada e justificada alocação de recursos finitos, em uma sociedade democrática. Somente assim, poderão existir justificativas legítimas que impunham que determinado bem deva ser protegido ou promovido em detrimento de outro. É certo que essas justificativas devam encontrar guarida em fundamentos constitucionais, bem como irão refletir escolhas valorativas da sociedade sobre a ponderação de valores que deverão prevalecer. A escassez de recursos deve ser entendida como um dos elementos na fundamentação, mas não o único, visto que a própria noção de escassez é construída. (KELBERT apud CALIENDO, 2011, p. 100)

Diante disso, resta claro que não se poderá pleitear o impossível, no entanto, a reserva do possível só poderá ser aceita como argumento excepcional. Isso significa que, primordialmente, deverão ser atendidos os direitos sociais, como é o caso da saúde, pois estes decorrem da vontade expressa do constituinte, bem como deverão ser atendidas todas as vinculações orçamentárias igualmente previstas no texto constitucional, sob pena de violação

destas normas. Ou seja, o Estado deverá comprovar que empregou no desenvolvimento de políticas públicas na área da saúde os recursos existentes e disponíveis para tal fim, devendo agir em consonância com as vinculações previstas no texto constitucional. (KELBERT, 2011)

Nesse sentido, compreende-se que a dimensão fática da reserva do possível, representada pela escassez de recursos, não poderá ser o único fundamento para a não concretização dos direitos sociais, pois se assim fosse, as normas constitucionais que os preveem restariam despidas de qualquer vinculação jurídica, o que não é o caso, sendo pertinente observar que essa insuficiência de recursos em muitas vezes decorre da má distribuição das verbas públicas, que nem sempre são usadas nas finalidades para as quais foram previstas. (KELBERT, 2011)

7 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal entende ser legítima a intervenção do judiciário no âmbito da política, quando esta decorrer da análise de demandas judiciais fundadas no direito social à saúde. A Constituição Federal de 1988 atribui ao Estado o dever de desenvolver mecanismos necessários e suficientes à efetivação do referido direito, cabendo ao Poder Judiciário primar pelo fiel cumprimento do texto constitucional, ainda que para isso deva intervir em searas próprias dos outros Poderes, configurando, nesses termos, a chamada judicialização da política, fenômeno que se disseminou no âmbito dos julgamentos proferidos pela Suprema Corte.

Na concepção do ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, a Justiça precisa agir quando o Estado deixa de formular políticas públicas ou deixa de adimpli-las, especialmente quando estas emanarem da própria Constituição. Para ele, o direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, sendo essencial que se preserve esse estado de bem-estar físico e psíquico em favor da população, que figura como titular dessa garantia subjetiva. (SITE DO STF, 2010)

No julgamento do Agravo Regimental no RE nº 393175, cujo objeto era o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado do Rio Grande do Sul para indivíduo portador de esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica, o ministro Celso de Mello assim se posicionou:

(...) o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A imposterabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), **entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.**

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. 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.

Cumpra assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (RE nº 393175 - AgR, rel. min. Celso de Mello, DJ 16/02/2006)

Em notícia publicada no site do STF, o ministro Gilmar Mendes afirmou que no âmbito do Supremo é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais que beneficiem a efetividade do direito social à saúde, sempre que estas representem uma oneração considerável para a figura do Estado ou para os demais entes federativos. Segundo o ele, na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de tutela antecipada e de liminares com vistas a impossibilitar a execução de medidas cautelares que condenem a Fazenda Pública ao fornecimento de diversas prestações de saúde, dentre as quais figuram o fornecimento de medicamentos, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e também no exterior, dentre outras medidas. (SITE DO STF, 2010)

Enfatizando o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal acerca da judicialização das políticas públicas de saúde, tem-se o recente julgamento do Agravo Regimental no RE nº 6668.722, cujo relator foi o ministro Dias Toffoli, que determinou o fornecimento de fraldas descartáveis pelo Estado do Rio Grande do Sul em prol do agravado, em razão da delicada condição de saúde do mesmo. Vejamos:

EMENTA: DIREITO À SAÚDE. PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. DETERMINAÇÃO PARA QUE O ESTADO FORNEÇA FRALDAS DESCARTÁVEIS. POSSIBILIDADE. CONCRETIZAÇÃO DA NECESSIDADE.

(...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecutorias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas. (RE nº 668.722 - AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª turma, DJ 25-10-2013)

Em mesma linha, se manifesta do ministro Luiz Fux, relator do Agravo Regimental no RE nº 773970/RJ, ao analisar a natureza da responsabilidade dos entes federativos no âmbito do fornecimento de medicamentos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL.

1. O fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado e deve ser prestado de forma solidária entre os entes da federação. Precedentes: ARE 772.150/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 17/10/2013, RE 716.777-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16/5/2013, e ARE-AgR 744.223, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 11/9/2013.

2. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE ASSEGURAR ÀS PESSOAS DESPROVIDAS DE RECURSO O ACESSO A MEDICAMENTOS. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. (RE nº 773970 - AgR/RJ, rel. min. Luiz Fux, DJ 18/03/2014)

Cumpra, ainda, ressaltar o emblemático julgamento da ADPF nº45/DF, impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra o veto do Presidente da República ao § 2º do art. 55, posteriormente renumerado para art. 59, cuja proposição legislativa se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO). O dispositivo vetado dispunha:

§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

O autor da ação constitucional sustentou que o veto presidencial importaria em violação ao preceito fundamental oriundo da Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000, que foi promulgada com o objetivo de garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde (KELBERT, 2011). A decisão no julgamento da ADPF nº 45 restou assim ementada:

EMENTA: 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 ARBITRÁRIO 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). (ADPF nº 45/DF, rel. min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004)

A decisão proferida na ADPF nº 45/DF, introduziu algumas inovações dentro da dinâmica normativa do STF, como, por exemplo, a abordagem feita acerca dos recursos limitados para fins de concretização dos direitos sociais, cuja análise estaria relacionada a

teoria da reserva do possível, e, ainda, o caráter relativo do direito social a saúde atrelado a ideia de não conformismos com a literalidade da lei para fins de julgamento das demandas situadas nessa ceara, todos aspectos inovadores na jurisprudência da suprema corte. (KELBERT, 2011)

Ainda sobre a Teoria reserva do possível, o ministro Celso de Melo enfatiza que tal argumento não poderá ser alegado pelo Estado como escusa ao cumprimento de obrigações de assento constitucional, como é o caso do direito a saúde, a menos que exista motivo objetivamente aferível para tanto, o que reafirma a importância da utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade por parte do Poder Judiciário no momento de proferir suas decisões, primando sempre pela efetividade dos direitos assegurados pelo texto constitucional, mas também considerando as questões relacionadas ao orçamento público, que representa uma fonte de recursos finita, ou seja, objetivamente, a condição financeira do Estado esta fadada a limitações quantitativas que não podem ser esquecidas pelo Judiciário.

Cumprido esclarecer, que até o presente momento, a ADPF nº 45 foi a única decisão que enfrentou, ainda que de forma superficial, a problemática decorrente da noção de reserva do possível, que pode ser citada como a mais importante decisão do STF sobre o tema. O que se comprova pelo fato de praticamente todas as demais decisões posteriores remeterem a esse precedente. (KELBERT, 2011)

Corroborando a jurisprudência já apresentada acerca da temática em análise, têm-se os seguintes julgados:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FÁRMACO QUE NÃO CONSTA DOS REGISTROS DA ANVISA, QUE QUE FOI RECEITADO AO PACIENTE. INCLUSÃO, AINDA, NA LISTA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS QUE DEVEM SER FORNECIDOS PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OBRIGATORIEDADE DO FORNECIEMNT. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MG-RG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (AI nº 824946 - AgR/RS, rel. min. Dias Toffoli, 1ª turma, DJ 25/06/2013)

EMENTA: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA. NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196). PRECEDENTES (STF). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO. CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE nº 716777 - AgR/RS, rel. min. Celso de Mello, 2ª turma, DJ 09/04/2013)

Reforçando a legitimidade da intervenção judicial no âmbito de concretização de políticas públicas na área da saúde, se posicionou o ministro Dias Toffoli no julgamento do Agravo de Instrumento nº 750768/BA, convertido em Agravo Regimental, que se segue:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente fundamentada. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. **O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.** 4. Agravo regimental não provido. (AI nº 750768 – AgR/BA, rel. min. Dias Toffoli, 1ª turma, DJ 25/10/2011)

Em suma, percebe-se que a posição do STF, manifestada pela maioria de seus ministros em julgamentos diversos, é a de que se configura legítima a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, desde que atendidos alguns requisitos necessários para tanto, que seriam: 1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido a todo cidadão; 2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público e 3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamada, respeitando-se com isso a limitação objetiva dos recursos públicos.

Para a suprema corte, a judicialização da política justifica-se através de um imperativo ético-jurídico, fundado no efetivo resguardo as disposições constitucionais. (GRINOVER, 2009)

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os argumentos aqui expostos e a luz da complexidade da temática analisada, o presente estudo objetivou contribuir para o esclarecimento de questões jurídicas atuais de ampla repercussão social, como é o caso da atuação do Poder Judiciário no âmbito de controle das políticas públicas de saúde, assunto de caráter inovador na dinâmica normativa, disseminado pelas vertentes do neoconstitucionalismo, que legitimam a prestação jurisdicional nesse segmento, tendo o Supremo Tribunal Federal de manifestado nesse sentido, nos diversos julgamentos utilizados nesta produção científica.

Sendo relevante ressaltar, que, embora legítima a sua atuação, o Judiciário deverá, no momento de proferir suas decisões, utilizar-se de critérios, como a ponderação de valores, para solucionar questões que envolvam limitações objetivas à concretização dos direitos constitucionalmente assegurados, como é o caso da reserva do possível, que como já visto, por si só não tem o condão de eximir o poder público de suas obrigações prestacionais, mas deverá ser considerado pelo judiciário no âmbito de suas decisões, sob pena das mesmas restarem inócuas frente a não observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no momento de se analisar a pretensão e as limitações financeiras do Estado.

O Estado Democrático de Direito deve ser vivenciado na prática. O cidadão deve ser respeitado no âmbito de suas garantias constitucionais, devendo o direito se reaproximar da justiça e da ética, valores extremante difundidos, mas dissociados da realidade prática. Sempre que ao homem for negado o básico ou negligenciado o essencial a sua sobrevivência, o Poder Judiciário, quando acionado, deverá intervir, objetivando, alcançar o espírito da norma e não apenas a aplicação literal do seu texto legal.

REFERÊNCIAS

BALESTERO, Gabriela Soares. **Direitos fundamentais e reserva do possível: judicialização da saúde**. A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, n. 46, p. 137-160, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://Bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/43056>>. Acesso em 25 de out. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de jan. 2014.

BRASIL. **Poder Público deve custear medicamentos de alto custo a portadores de doenças graves – Notícias do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>. Acesso em 11 de abr. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 11 de abr. 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *In*: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. (org.). **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**. 1ª ed. São Paulo: IOB-Thomson, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIA JÚNIOR, Jaime Mariz de; MACEDO, Sabrina Cavalcante de. Mandado de injunção: instrumento pós-positivista de concretização constitucional. *In*: MOURA, Lenice S. Moreira de. (org.). **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista: Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrine. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *In*: **Anais: VI Conferência dos Advogados do Distrito Federal**. Brasília: OAB/DF, 2008.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MAIA, Louisianne Paskalle Solano. Direitos fundamentais, efetividade e limitações orçamentárias: uma perspectiva pós-positivista. *In*: MOURA, Lenice S. Moreira de. (org.). **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista: Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

OLIVEIRA, Mariângela Aparecida dos Santos de. **Judicialização da saúde**. Minas Gerais, out/2012. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/judicializacao-da-saude/99461/#ixzz2ae3gdCxR>>. Acesso em 05 fev. 2014.

RODRIGUES, Mádsen Ottoni. A prestação jurisdicional da efetivação dos direitos fundamentais. *In*: MOURA, Lenice S. Moreira de. (org.). **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista: Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.