

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE:
ENTRE O SOCIAL E O FUNDAMENTAL**

Guilherme Pullig Borges

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE:
ENTRE O SOCIAL E O FUNDAMENTAL**

Guilherme Pullig Borges

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2013

**O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE:
ENTRE O SOCIAL E O FUNDAMENTAL**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Orientador

Sérgio Tibiriçá do Amaral
Examinador

Darci Lopes Beraldo
Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2013.

“Buscai, primeiramente, o reino de Deus e sua justiça
e todas as coisas vos serão acrescentadas”

Mateus 6:33

“Aos outros dou o direito de ser como são;
à mim, dou o dever de ser cada dia melhor”

Francisco Cândido Xavier

AGRADECIMENTOS

Agradeço, por primeiro e por principal, a Deus; afinal, à Deus toda honra e toda glória, agora e para sempre. Agradeço por ter me proporcionado, nesta expiação terrestre, o contato com pessoas tão boas, tais como as adiante elencadas.

Agradeço aos meus pais, não só por custearem o curso, mas, também, e principalmente, pela preocupação e confiança que sempre tiveram em mim. Proclamo sem a menor dúvida: *vocês são tudo para mim. Eu os amo!*

Agradeço ao Dr. Darci Lopes Beraldo, exemplo de Magistrado, mas sobretudo, de pessoa. Tive a honra de ser seu estagiário. Ensinou-me, desde a mais simples regra gramatical, até os valores mais elevados do direito – e da vida. *Serei sempre grato, Dr. Darci.*

Agradeço ao Professor Daniel Colnago que, em menos de um ano, se fez, para mim, um excelente professor, orientador e amigo. *Que Deus ilumine sempre seus passos.*

Agradeço ao Dr. Ricardo Martins Zaupa que, sempre de maneira atenciosa, prestou-me pertinentes elucidações sobre o tema deste trabalho. De rigor reconhece-lo como meu segundo orientador. *Muito obrigado, Doutor, é uma honra trabalhar ao seu lado.*

Agradeço, ainda, à Faculdade Antônio Eufrásio de Toledo, não só pela excepcional biblioteca, mas por me transmitir o conhecimento acadêmico necessário para o empreendimento do presente trabalho.

À estas pessoas que, invariavelmente, deram um pouco de si para a minha formação, lembro que *o Evangelho de Jesus ensina que há maior alegria em dar que em receber. (...). Sobretudo, jamais esqueças dar de ti mesmo, em tolerância construtiva, em amor fraternal e divina compreensão. A prática do bem exterior é um ensinamento e um apelo, para que cheguemos à prática do bem interior. Jesus deu mais de si para o engrandecimento dos homens, que todos os milionários na Terra congregados no serviço, sublime embora, da caridade material.*

RESUMO

O presente trabalho, como o nome sugere, tem como escopo apresentar ao leitor, de maneira clara e direta, as linhas gerais do direito à saúde sob o enfoque jurídico. Com o intuito introdutório, ver-se-á que, tal como posto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à saúde assume feição eminentemente de direito social, a ser implementado através de políticas públicas. Será esmiuçado que o Poder Público não vem efetivando tais políticas, deixando, por consequência, os enfermos à própria sorte. Por esta razão, não há outra alternativa à estes desamparados senão ajuizar ação judicial a fim de compelir o Estado a promover a manutenção de sua saúde. Num primeiro momento, as teses defensivas hasteadas pelo Estado, por vezes, conseguiam conduzir à improcedência das ações. E justamente neste contexto - de completo desamparo -, emergiu a quebra de paradigma. Deu-se, então, nova interpretação ao direito à saúde e, com efeito, as teses alegadas pelo Estado sucumbiram. Entretanto, a quebra do paradigma descortinou, também, um efeito colateral: o aumento exponencial e sem critério de concessões judiciais de tratamentos de saúde, culminando enorme encargo financeiro ao erário. A fim resolver o impasse, proferiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal decisão que traz algumas balizas as quais devem o Magistrado se valer para a resolução das ações cujo objeto é o direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Ineficácia das Políticas Públicas. Judicialização do Direito à Saúde. Critérios Fixados pelo Egrégio STF.

ABSTRACT

This work, as the name suggests, is scoped to present the reader, clearly and directly, the outline of the right to health under the legal approach. Aiming introductory will see that, as set in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, the right to health takes feature eminently social law, to be implemented through public policy. Does that teased the Government does not come effecting such policies, leaving therefore the sick to fend for themselves. For this reason, there is no other alternative but to help these helpless and judging lawsuits in order to compel the State to promote the maintenance of their health. At first, theses defensive hoisted by the State sometimes could lead to the dismissal of the actions. And precisely in this context - of complete helplessness -, emerged a paradigm shift . Occurred, then new interpretation of the right to health and, in effect, the thesis alleged by the State succumbed. However, breaking the paradigm caused also a side effect: the exponential growth and without judicial discretion concessions health treatments, culminating huge financial burden to the exchequer. To resolve the problem, delivered the Honorable Supreme Court decision brings some molds which the Magistrate must rely for the resolution of actions whose purpose is the right to health. Keywords: Right to Health. Ineffectiveness of Public Policy. Adjudication of the Right to Health. Criteria Established by the Honorable Supreme Court

Keywords: Right to Health. Ineffectiveness of Public Policy. Adjudication of the Right to Health. Criteria Established by the Honorable Supreme Court

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	-	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag	-	Agravo
AgR	-	Agravo Regimental
Ap.	-	Apelação
art./arts.	-	artigo (s)
CRFB/88	-	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Des.	-	Desembargador (a)
DJ	-	Diário de Justiça
DJU	-	Diário de Justiça da União
DOE	-	Diário Oficial do Estado
DOU	-	Diário Oficial da União
E.	-	Egrégio
i.	-	Insigne
j.	-	Julgamento
Min.	-	Ministro
MS	-	Mandado de Segurança
n.	-	número
Org.	-	Organização
p./pp.	-	página (s)
RE	-	Recurso Extraordinário
Rel.	-	Relator
REsp	-	Recurso Especial
RT	-	Revista dos Tribunais
STA	-	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
SUS	-	Sistema Único de Saúde
TJ	-	Tribunal de Justiça
TRF	-	Tribunal Regional Federal
v.g	-	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE	12
3 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	13
4 ESTADO PRESTACIONAL	17
4.1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	20
4.2 Lei do SUS	22
5 INEFICÁCIA DO ESTADO PRESTACIONAL	24
6 QUEBRA DO PARADIGMA	28
6.1 Efeitos da Quebra do Paradigma: A Superação Das Objeções Impostas Pelo Estado	33
6.1.1 Das Normas Constitucionais de Caráter Programático	34
6.1.2 Da Violação ao Princípio da Separação dos Poderes	39
6.1.3 Da Reserva do Possível	46
6.2 O Efeito Colateral da Quebra do Paradigma: o Estado Indefeso e o Consequente Abuso de Direito	53
7 FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	55
7.1 Existência de Política Pública que Contemple o Tratamento	56
7.2 Não Existência de Política Pública que Contemple o Tratamento	58
8 CONCLUSÃO	63
BIBLIOGRAFIA	65

1 INTRODUÇÃO

Da maneira mais clara e direta, tentar-se-á transmitir ao leitor as nuances do direito à saúde durante sua evolução, culminando ao panorama vislumbrado nos dias atuais sobre o tema.

A princípio, abordar-se-á o conceito e natureza jurídica do direito à saúde à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Será esmiuçado que, tal como posto na Constituição, trata-se o direito a saúde de um direito social de segunda dimensão. Que, justamente por esta razão, cumpria à Administração Pública empreender políticas públicas a fim de efetivar este direito.

Não o fez, contudo.

Via de consequência, aqueles que não possuíam condições financeiras de custear um plano particular de saúde, ficaram à sorte de políticas públicas falhas e não raro inexistentes.

Ante o completo desamparo, não viram estas pessoas outra alternativa senão socorrerem-se ao Poder Judiciário a fim de compelir o Estado à manutenção de sua saúde, seja pelo fornecimento gratuito medicamentos, realização de cirurgia, entre outros.

Entretanto, mesmo na via judicial, muitos eram as objeções alçadas pelo Estado. As teses hasteadas, oponíveis aos direitos sociais, por vezes, conseguiam conduzir à improcedência destas ações.

E justamente neste contexto de desamparo administrativo e judicial emergiu a quebra do paradigma a fim de fazer cumprir o mandamento constitucional do direito à saúde.

Com efeito, a partir de uma nova interpretação dada ao instituto direito à saúde, rechaçaram-se as teses hasteadas pelo Poder Público, efetivando, mesmo que em sede judicial, o direito à saúde, por meio de concessão individual de tratamentos a fim de assegurar a manutenção da saúde daquele que se socorreu ao Poder Judiciário.

Em primeiro momento, o efeito foi positivo, pois fez com que o mandamento constitucional fosse cumprido, ainda que em sede judicial. Entretanto, concomitantemente, descortinou-se um efeito colateral negativo: a procedência desvairada destas ações que, invariavelmente, acarretaram abusos.

Deparou-se, então, com o aumento exponencial de concessões judiciais de tratamentos de saúde, sem critério, culminando enorme encargo financeiro ao erário.

Neste impasse, proferiu o Supremo Tribunal Federal decisão abalizadora a fim de guiar os Magistrados quando da cognição de ações de saúde. Trouxe a referida decisão critérios objetivos, porém, o que se observa com muito mais vigor, é que compete ao Magistrado uma aferição subjetiva do caso *in judice*.

Destarte, temos que hoje, a despeito do disposto constitucional, o direito à saúde tem cunho eminentemente subjetivo, cabendo ao Magistrado, conforme o caso concreto, decidir se há direito ou não ao tratamento postulado.

2 CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE

Impende elucidar, a princípio, a extensão do direito à saúde, ou seja, estabelecer um conceito de saúde.

Esta matéria, não obstante transcender as raias do direito, carecendo de complemento de outras ciências, vem positivado em diversos diplomas legais, a saber:

Primeiramente, em 1946, a Organização Mundial da Saúde, na sua constituição, conceituou saúde como sendo *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”*.

Este conceito rompeu com o antigo paradigma de que saúde era a ausência de doença, representando uma grande conquista por abordar um conceito positivo de saúde, sendo importante do ponto de vista doutrinário para o direito.

O ordenamento brasileiro seguiu essa tendência e dispôs, no parágrafo único do art. 3º, da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (Lei Federal nº 8.080/90):

Art. 3º: (...)

(...)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Vale dizer, o ordenamento jurídico brasileiro tem por saúde, grosso modo, o bem-estar físico, mental e social de seus cidadãos.

3 NATUREZA JURÍDICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O direito à saúde, tal como disposto na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (doravante designada CRFB/88), consubstancia-se em um direito social.

Estabelece o art. 6º, da CRFB/88:

Art. 6º 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.

Nada obstante, foi criado um capítulo na Constituição para tratar tão-somente deste assunto: saúde. É o Título VIII: Da Ordem Social, Capítulo II: Da Seguridade Social.

E da mera aferição sistemática, é de clareza observar que a seção da saúde está agasalhada pelo título da ordem social.

Portanto, imperioso concluir que, num primeiro momento, o legislador constituinte garantiu o direito à saúde como um direito social.

SILVA (2009, p. 483) conceitua direitos sociais:

Enquanto os direitos liberais têm por conteúdo a determinação ao Estado de respeitar os limites da atividade privada, os direitos sociais, também chamados novos direitos, têm por conteúdo uma prestação de serviço público, como o direito à educação e à seguridade social. Em outro sentido, os direitos sociais são aqueles que transcendem os direitos individuais, quais sejam os direitos públicos, os coletivos e os difusos.

Trata-se de uma característica conferida aos direitos se segunda dimensão. Sobre o assunto, explica BULOS (2009, p. 673):

Direitos sociais são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real.

Funcionam como lídimas prestações *positivas*, de segunda geração, vertidas em normas de cunho constitucional, cuja observância é obrigatória pelos Poderes Públicos.

Tais prestações qualificam-se como *positivas* porque revelam um *fazer* por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais.

E DA SILVA (2004, p. 285 e 286):

Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

E, enquanto direito social, o direito à saúde possui três aspectos, a saber: o negativo, o ativo e o positivo.

Antes de adentrarmos ao positivo, aspecto preponderante dos direitos sociais, cumpre, brevemente, expor o *status* negativo e *status* ativo do direito à saúde.

De maneira didática, FIGUEIREDO (2011, p. 15 e 16) explica o direito à saúde enquanto *status* negativo:

Na condição de direito de defesa, o direito à saúde resguarda a saúde individual (de cada pessoa) e pública (aspecto coletivo), vedando ingerências indevidas sobre a esfera jurídica do titular do direito, quer provenham do Estado, quer resultem da ação de outros particulares (pessoa física e jurídicas), e somente neste sentido poderia falar em direito negativo.

Portanto, o direito à saúde como *status* negativo nada mais é que o meio de proteção do espaço do cidadão contra o Estado em todas as suas formas de expressão e aparição.

Quanto ao direito à saúde como *status* ativo, esclarece os insignes professores MARRARA e NUNES (2010, p.85):

Enfim, há o status ativo dos direitos fundamentais, representado por direitos de participação (*teilnahmerecht*) e de formulação (*gestaltungsrecht*), os quais consistem na possibilidade de o cidadão participar da Administração Pública a fim de colaborar com a elaboração de políticas públicas em setores estratégicos para a garantia dos seus direitos. Na área em exame, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece inúmeras situações essa faceta do direito à saúde. Isso se vê, por exemplo, no art. 7º, inciso VIII, da Lei Orgânica do SUS, o qual consagra a participação da sociedade civil no sistema de saúde, por exemplo, no âmbito das comissões intersetoriais subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde (art. 12º, caput).

Por fim, analisar-se-á o direito à saúde enquanto direito social em seu *status* positivo – prestacional.

Trata-se, pois, do traço típico dos direitos sociais.

Consubstancia-se no conjunto de prestações em favor de seus cidadãos. É o que vincula o Estado a uma ação que possibilita a fruição do direito assegurado, no caso, direito à saúde.

Ensina a doutrina TORRES (2009, p. 271) que “*Constitui-se o status positivus socialis pelas prestações entregues pelo Estado para a proteção dos chamados direitos sociais, (...)*.”

No mesmo sentido GONÇALVES (2006, p. 168)

Já os direitos sociais, que receberam forte influência dos postulados keynesianos, agora revitalizados pelas concepções do pluralismo e da democracia, tornam homens e mulheres juridicamente credores de prestações do Estados

Arremata LIBERATI (2013, p. 46):

Pode-se afirmar que os fins desejados pelo Estado Social – marco histórico do Estado Democrático e de Direito – são a defesa da igualdade e da liberdade do homem. Neste sentido, a atividade estatal de prestação de serviços públicos dirige-se à satisfação do bem-estar do ser humano em seu meio ambiental e atendendo às suas necessidades.

Destarte, imperioso concluir que o direito social à saúde, enquanto *status* positivo, tem por escopo proporcionar condições mínimas para a manutenção

da saúde de todo o seu povo, diminuindo, assim, as desigualdades existente entre os cidadãos.

4 ESTADO PRESTACIONAL

Conforme visto, tal como disposto na CRFB/88, o direito à saúde corresponde a um direito social, devendo ser implementado por meio de ações positivas (prestações), como forma de consagrar a igualdade entre os cidadãos.

Ensinam SARLET e FIGUEIREDO (2008, p. 39).

(...) Já como direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito. Em seu sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, se os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). Em sentido estrito (acompanhado aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objetivo assegurar a saúde de alguém).

E essas ações positivas materializam-se por meio de políticas públicas.

É como esclarece BARCELLOS (2005, p.10):

Nesse contexto, compete à Administração Pública os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como "políticas públicas". É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição e muitas vezes detalhados pelo legislador, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.¹

E essa efetivação do direito social através de políticas públicas, trata-se, invariavelmente, de uma faceta do neoconstitucionalismo. Explica-se:

A nova visão constitucional, saída de uma época de repressão, tem o escopo não só de garantir uma gama de direitos mínimos suprimidos outrora, mas, também, o dever de implementação, pelo Estado², de medidas aptas a implementar estes direitos, mormente os direitos sociais.

Explica BARCELLOS (2005, p. 03 e 05):

A particularidade do neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica, cabe agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmáticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

(...)

Com efeito, a partir do momento em que valores e opções políticas transformam-se em normas jurídicas, torna-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Esse é, sem dúvida, um dos desafios do neoconstitucionalismo.³

Esta concretização dos direitos mínimos dar-se-á, conforme mencionado, por prestações positivas (políticas públicas).

Neste sentido, a propósito, é o que deve se extrair do artigo 196, da CRFB/88:

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.

² Sobre o tema, ensina BARCELLOS (2005, p. 4): “As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou opções políticas gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação)”.

³ No mesmo sentido, sintetiza LENZA (2012, p.): “Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder público, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.”

E, consoante se observa da simples leitura do artigo supra, não se trata de faculdade do Estado em prover a saúde, mas sim o dever do Estado. Comentando a vinculação do Estado às políticas estabelecidas na Lei Maior, adverte FRISCHEISEN (2000, p. 59):

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

Neste sentido cito pertinente trecho de julgado:

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se submetem ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.⁴

Portanto, tal como posto no artigo 196, o direito à saúde deve ser entendido como dever a ser prestado pelo Estado, por meio de políticas sociais e econômicas, observando o Princípio da Eficiência que rege a Administração Pública a fim de garantir a efetividade do direito à saúde.

Neste sentido, cita-se, por derradeiro, pertinente julgado do E. STF:

O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.⁵

⁴ STF, Plenário, STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010.

⁵ STJ, Segunda Turma, AgR nº 734.487-AI, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 03.08.2010.

Pois bem.

Em que pese haver muitas políticas públicas dignas de nota, no presente trabalho, justamente por sua natureza jurídica, não se discorrerá sobre políticas públicas em espécie, mas tão-somente sobre os dois principais diplomas legais que norteiam tais políticas, a saber: a CRFB/88 e a Lei Federal nº 8.080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde).

Ainda assim, cumpre informar ao leitor que tais diretrizes serão abordadas sucintamente, e por uma razão simples: as políticas não são implementadas, ou seja, não saem do papel.

4.1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Eis a letra constitucional:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

O artigo supra traduz a necessidade de se estabelecer um sistema único e público para a saúde, traçando as diretrizes a serem seguidas. Este rol, entretanto, não é taxativo, ou seja, não prejudica os princípios e regras inerentes aos Direitos Fundamentais Sociais.

Pois bem. De maneira breve, irá se analisar cada um dos princípios dispostos no artigo 198:

Princípio da Unidade: implica dizer que o Sistema Único de Saúde (doravante designado SUS) reger-se-á por um único conjunto de normas a fixar seus

patamares basilares. Nada impede, contudo, que seja este patamar mínimo implementado por medidas regionalizadas. Este conjunto basilar normativo surgiu em 2009, com a Lei nº 8.080.

Princípio da descentralização, regionalização e hierarquização: *“ao mesmo tempo em que se assegura unidade ao sistema público de saúde, a Constituição determina que as ações e os serviços públicos constituam uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada segundo o princípio da descentralização”*⁶.

Princípio da integralidade: divide-se em dois planos. O primeiro traduz a ideia de que organização para a prestação da saúde, seguindo um mesmo planejamento. Sobre o tema leciona Marlon Weichert: *“lembre-se que se trata de um sistema de saúde, o que pressupõe organização”*⁷.

Noutro sentido, estabelece que o direito à saúde deve ser prestado de modo integral aos cidadãos. Mas o quão integral é matéria por demais controvertida a ser estudada em momento oportuno.

Princípio da participação da comunidade: liame indissociável com o princípio democrático, assegurando aos cidadãos participar ativamente das políticas públicas referentes à saúde.

Os princípios constitucionais traçados expõem um ideal de que o Direito à Saúde deve ser assegurado integralmente e de maneira universal a todos os cidadãos, competindo ao Poder Público, de maneira unitária, organizá-lo.

E, cumprindo com o seu dever de fazer valer a Constituição, em 1990, criou o Legislador a Lei nº 8.080, dando origem ao Sistema Único de Saúde (SUS) que, por sua vez, *“dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.”*

⁶ FIGUEIREDO (2011 p. 68).

⁷ WEICHERT (2010, p. 108).

4.2 Do Sistema Único de Saúde (SUS), Lei Federal nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

A Lei 8.080, de 1990, instituiu o Sistema Único de Saúde. Trata-se de uma lei por demais completa e complexa. Entretanto, dada a sua não aplicação, será visto somente seus aspectos mais importantes, deixando fora do presente estudo sua estruturação, competência, etc.

Pois bem.

A referida Lei dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Estabelece que *“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.”* (§1º, do art. 2º).

Conceitua o Sistema Único de Saúde como *“O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).”* (art. 4º, caput)

Fixa, ainda, diversos princípios e diretrizes. Confira-se:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

E, por fim, traça como objetivos (art. 5º):

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Enfim, conforme mencionado acima, trata-se de uma lei completa, entretanto, ante a sua não aplicação, não convêm articular densos comentários.

5 INEFICÁCIA DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

De clareza observar que há um vasto arcabouço jurídico sobre o tema.

Vale dizer, o Legislador traçou os princípios e garantias, cabendo às normas futuras implantarem políticas públicas a fim de alcançar os princípios lançados, até porque *“as normas que asseguram direitos como saúde (...) suscitam, para sua efetivação, certos questionamentos, tais como: condições econômico-financeiras do Estado e competência dos órgãos do Judiciário para intervirem no campo das políticas públicas. Assim, como os efeitos dos direitos sociais são alcançados através de políticas públicas e essas implicam em um campo de escolha relativamente amplo, conduzido prioritariamente pelo Executivo, a eficácia jurídica desse direito vê-se fragilizada”*⁸

Neste sentido, cita-se pertinente passagem de VIEIRA DE ANDRADE (1987, p. 119):

A regulamentação constitucional é aqui quase sempre incompleta e fragmentária, porque é principalmente constituída por afirmações de princípios mais ou menos abstractos, por directivas que fixam fins, mas pouco dizem acerca dos meios, processos ou intensidade da sua realização, por vezes, por puros programas, porque faz constantemente apelo a conceitos indeterminados e de valor, a fórmulas gerais e elásticas, breves e esquemáticas

Em que pese a gama de princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Lei do SUS, o Poder Público furta-se a empreender medidas assecuratórias à saúde dos cidadãos.

Sobre o tema, comenta LIBERATI (2013b, p. 100):

Não havendo a oferta e o exercício desses direitos, não se opera a proteção integral prometida no texto legal. Sendo esse direito garantido, mas não colocado à disposição do cidadão ou colocado de forma indevida ou precária, incide omissão do Estado.

⁸ GONÇALVES (2006, p. 170).

Neste contexto, há, teoricamente, a dissolução do Estado, pois, em sua ineficiência, deixa de contemplar/socorrer/satisfazer um de seus integrantes, o povo. Há a negação do Estado pela própria atuação negativa do Estado. O Estado deixa de ser Estado, por ferir ou deixar ao desamparo um de seus elementos vitais: o cidadão.

Posto isso, conclui-se que o Estado deve garantir a existência do cidadão, ofertando-lhe os mecanismos necessários para o usufruto dos direitos consagrados no texto constitucional. Em outras palavras, deve o Estado garantir direitos fundamentais de todos e de cada cidadão.

Ou seja, o Estado restou-se falho na implementação dos direitos sociais, uma vez que não oferece aos seus cidadãos políticas públicas de qualidade (não raro, sequer oferece política pública). Via de consequência, ao invés do Estado proporcionar a igualdade (escopo dos direitos sociais de segunda dimensão), confirmou a desigualdade já existente no país.

É que antes da Constituição Federal de 1988 e da Lei do SUS, os serviços de saúde eram conferidos ao extinto INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica -, criado em 1978.

O referido instituto, no entanto, sucumbiu ao crescimento exponencial da sociedade e o consequente aumento das demandas por tratamentos de saúde. Assim, invariavelmente, quem dependia deste instituto ficou à sorte de entidades filantrópicas.

A Constituição Federal veio em proteção justamente dessa classe social. É o que leciona LINS (2010, p. 108):

Como se vê, nem todos eram alcançados por aquele sistema de saúde, o que alavancou o mercado dos planos privados. Mas uma grande parcela dos cidadãos não possuía condições financeiras para custear o tratamento particular e a criação do SUS, já após a Carta de Outubro, veio como medida de proteção a essa camada social.

E, com o advento da CRFB/1988, ordenando a tomada de políticas sociais e econômicas a fim de efetivar o sistema público de saúde pensou-se que a saúde pública passaria a atender todos os necessitados na medida de sua necessidade. Ledo engano.

O cenário brasileiro hoje – e sempre – conta com filas em hospitais, falta de leitos, de médicos, de hospitais, enfim, com falta de estrutura. Estes são

fatos notórios que cercam a realidade dos brasileiros que necessitam do Estado para a manutenção de sua saúde⁹.

Com efeito, ainda que indiretamente, a norma constitucional (e também a Lei do SUS) confirmou a segregação existente na sociedade brasileira: de um lado os afortunados que podem custear um plano particular de saúde e de outro aqueles que, por não terem condições financeiras, ficam sujeitos ao sistema público de saúde.

TORRES (2009, p.248) comenta a segregação existente no país, corroborada pela vigência da CRFB/1988 e a Lei do SUS:

(...) de modo que hoje temos dois sistemas de saúde no país: a) o SUS, gratuito, precário e com acesso universal, que a própria prática reservou para os pobres e miseráveis (...); b) o sistema privado, contributivo e de boa qualidade, seletivamente reservado às classes economicamente superiores. A CF 88, influenciada pelo sistema cubano, aproximou-se também do modelo europeu, dependente do Estado, embora na prática caminhe a passos largos para o privatismo americano.

Mas qual a razão da ineficácia – ou inexistência - das políticas públicas? Por evidente, não se pode apontar um único culpado, pois várias são as causas da não efetivação das políticas públicas, culminando na precária assistência à saúde hoje vivida em nosso país¹⁰.

Entretanto, independentemente da causa a ensejar este desajuste no sistema público de saúde brasileiro, a consequência, dentre outras, é a judicialização do direito à saúde.

É que, atualmente, no Brasil, tamanha é a falta de amparo à saúde daqueles que dependem das políticas públicas, que não restam a estas pessoas

⁹ Os pesquisadores Gerard La Forgia e Bernard Couttolenc apresentaram o “escore de eficiência” dos hospitais: de uma escala de 0 a 1, a nota no Brasil é um amargo 0,34. Dados retirados, em julho de 2008, dos seguintes sítios eletrônicos: http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac75569,0.html e http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/subsecretaria/noticias/clipping/noticias/assunto11/pq13jun2g/.

¹⁰ (...) Recentemente, em junho de 2008, foi divulgada uma pesquisa realizada por especialistas do Banco Mundial (Bird) que fizeram amplo estudo sobre a rede hospitalar brasileira. O relatório de “Desempenho hospitalar brasileiro” concluiu que o setor de saúde no Brasil gasta mal, desperdiça e é mal gerido, sendo reprovadas tanto unidades públicas como privadas”. Dados retirados, em julho de 2008, dos seguintes sítios eletrônicos: http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac75569,0.html, e http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/subsecretaria/noticias/clipping/noticias/assunto11/pq13jun2g/.

senão socorrerem-se ao Poder Judiciário a fim de fazer valer seu direito à saúde. Isto é, há o ajuizamento desvairado de ações judiciais buscando garantir o direito à saúde.

Com efeito, o jargão “no Brasil, quem dá a última palavra é o Poder Judiciário” não pode encontrar melhor referência do que no tema da judicialização dos direitos sociais, no caso, saúde. Isto porque, ante a omissão do Poder Público em efetivar os direitos dessa natureza, as pessoas socorrem-se ao Poder Judiciário para a concretização destes direitos, operando-se, assim, o fenômeno da judicialização do direito à saúde.

Pois bem.

Esta é a realidade brasileira: o fracasso das políticas públicas. O efeito disto: àqueles que precisam do Poder Público para a manutenção de sua saúde não encontram o respaldo nas políticas e não veem outra alternativa senão socorrerem-se ao Poder Judiciário para valer o seu direito à saúde.

6 QUEBRA DO PARADIGMA

Nos tópicos acima se analisou o Direito à Saúde como direito social positivo-prestacional. Até porque, conforme exposto, este foi o escopo da Constituição. Que o direito à saúde deveria ser garantido por meio de ações sociais (políticas sociais e econômicas).

Não o fez, contudo, conforme elucidado no tópico anterior.

Por via de consequência, invariavelmente, aqueles indivíduos que estavam à sorte do sistema público de saúde socorreram-se à tutela jurisdicional com o escopo de ver assegurado seu direito à saúde. Sucedeu, então, o desencadear de ações a fim de compelir o Poder público à realização gratuita de tratamentos de saúde.

Entretanto, enquanto direito social, muitas eram as objeções impostas ao direito à saúde¹¹.

Sucedeu, então, um conflito entre direitos sociais e as teses hasteadas pelo Estado a fim de afastar a efetivação destes direito.

E como é sabido, os problemas concretos¹² devem ser resolvidos levando-se em conta todas as perspectivas que a questão do direito em jogo. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas¹³.

Esclarece ALEXY (2008, p. 511 e 512):

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de

¹¹ Mais a frente serão analisadas as objeções impostas pelo Estado à realização de tratamentos de saúde.

¹² Ações judiciais envolvendo a realização gratuita de tratamentos médicos, *vg*, fornecimento de medicamentos, cirurgias, etc.

¹³ Sobre o tema, (FRISCHEISEN, 2000, p. 97): *“As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.*

argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração todos os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípio. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais de competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

Portanto, os problemas levados ao Poder Judiciário devem ser observados à luz de uma ponderação de valores: de um lado as teses favoráveis ao fornecimento gratuito de tratamentos e de outro os argumentos que rechaçam ou infirmam o direito ao fornecimento gratuito de tratamentos pelo Estado.

Em primeiro momento, devemos analisar os argumentos hasteados pelo Estado frente ao direito social à saúde.

A princípio estes argumentos muniam o Estado de defesa a escusar seu dever de fornecer tratamentos. Ou seja, arvorando-se em teses oponíveis a direitos sociais, furtava-se o Estado a efetivar os direitos sociais através de políticas públicas.

Exatamente neste contexto, emergiu a quebra do paradigma.

Mudou-se a visão sobre o direito à saúde. Passou a ser analisado não mais como direito social, suscetível de objeções, mas sim como direito fundamental oponível ao Estado.

Sobre o tema, explica MELLO (p. 6 e 7)

Não há, estranhar, pois, que os investidos no poder constituinte pelo povo e os que se auto-investem neste papel, por e para se configurarem como representantes do povo, vejam-se na contingência de insculpir na Lei Suprema um conjunto de dispositivos que exalçam tanto os direitos individuais como os direitos sociais. Ocorre que a forma mais eficiente de torna-los inoperantes na prática, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, genéricos, fluidos ou dependentes de normação infraconstitucional. Este modo de regular, acaba tirando com uma das mãos o que foi dado com a outra. Termina por frustrar o que se proclamou enfaticamente. Cumpre, em última instância, uma função escamoteadora, tenha ou não a intenção adrede concebida.

E adverte:

Porém, tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente débeis, inoperantes de direito e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria.

Com esta advertência, quis trazer o Ministro uma nova discussão: que a ineficácia do direito à saúde se dá mais pela inadequada compreensão da força jurídica assegurada ao direito à saúde; que sempre foi tratado como direito social, enquanto, em verdade, deveria ser tratado como direitos fundamentais para seus efeitos¹⁴.

Vê-se, então, tratar-se de um novo conflito e, via de consequência, um novo juízo de ponderação: antes o conflito era entre direitos sociais frente às teses hasteadas pelo Estado; agora as teses hasteadas pelo Estado enfrentam o direito à saúde enquanto direito fundamental¹⁵.

Neste sentido, explica SCAFF (2008, p. 146):

É nítido que esse preceito determina um direito à saúde através de “políticas públicas e econômicas”, porém, através de controle difuso de constitucionalidade, a interpretação que vem sendo dada e este preceito pelo STF é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma política pública. Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual

Isto é, ante o insucesso das políticas empreendidas pelo Estado, não restou ao cidadão outra alternativa senão socorrer-se ao Poder Judiciário de modo

¹⁴Neste sentido, cito trecho do STA 175-AgR, STF, Plenário, , Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010: “A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.”

¹⁵ Este novo confronto será esmiuçado em tópico seguinte.

que atualmente o direito à saúde, que em nossa CRFB/88 foi introduzido eminentemente como direito social positivo-prestacional, ganhou uma nova visão: a de direito fundamental oponível ao próprio Estado.

Entretanto, surge uma nova questão: diferente dos outros direitos fundamentais (ex.: propriedade, igualdade, etc), a saúde não está expressa em nossa Constituição como sendo direito fundamental. De onde, então, ungira saúde como direito fundamental?

Em outras palavras, qual a base legal para ascender o direito à saúde – direito este eminentemente social – à qualidade de direito fundamental? A doutrina explica:

Em que pese não estar taxado na Constituição Federal o direito à saúde como direito fundamental, tal como fez a Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS)¹⁶¹⁷, atualmente é pacífico o entendimento doutrinário de que hoje o direito à saúde constitui direito fundamental garantido constitucionalmente.

Para tanto, diversos argumentos podem ser hasteados:

Por primeira, podemos extrair o direito à saúde do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vejamos.

A Constituição Federal de 1988, Constituição garantista, fundamenta-se, dentre outros, no princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Art. 1º A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana, em sendo um sobreprincípio, ou seja, princípio que se multiplica, sucedendo uma série de outros princípios, possui como o vertente o Direito à Saúde. Afinal, como imaginar uma vida digna sem saúde?

Elucida a doutrina:

¹⁶ Art. 2º: *A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.*

¹⁷ Somente o fato de estar positivado em Lei federal (SUS) como direito fundamental, por si só, já consiste em um argumento a legitimar o direito à saúde como direito fundamental.

O conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os direitos humanos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana se perfaz um elemento fundante e informador dos direitos humanos fundamentais, o que, aliás, condiz com sua função de princípio fundamental. De outro lado, os direitos humanos fundamentais constituem concretizações e desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸

Em segundo lugar, temos que o direito à saúde constitui vertente do direito à vida.

Garante a Constituição Federal, no *caput* do art. 5º, o direito à vida:

Art. 5º 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 (...)

Neste sentido está a mais balizada doutrina. SARLET (p. 91, 2001) esclarece que *“do direito à vida e da proteção à dignidade humana certamente decorrente, entre outros o direito à saúde”*.

E o STF filiou-se a este entendimento:

“O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.”¹⁹

Não foi sempre assim, todavia. Ensina BULOS (2000, p. 1170):

A Constituição de 1988, pela primeira vez na história brasileira, elevou a saúde à condição de direito fundamental. Seguiu o exemplo da pioneira Carta italiana de 1948 (art. 32) e do Texto português de 1976 (art. 64). Aliás, esses dois diplomas supremos foram acompanhados, nesse particular, pelas Constituições da Espanha (art. 43) e da Guatemala (arts. 93 a 100). Isso revela a preocupação de se constitucionalizar a saúde, vinculando-a à seguridade social, pois os constituintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo que merece amparo na Lei Maior. Por isso, o estado de

¹⁸ SALAZAR e GROU (2009, p. 36).

¹⁹ STF, 2ª Turma, ARE 685.230-MS AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 05.03.2013.

higidez do indivíduo passou a ser um ponto de destaque nas constituições hodiernas.

E complementa FIGUEIREDO (2011, p. 15 e 16):

A positivação constitucional do direito à saúde insere-se precisamente nesse contexto. Mais do que isso, resulta de intensas reivindicações por parte dos movimentos sociais, dentre os quais se destaca o Movimento de Reforma Sanitária, cujo papel foi decisivo para a constitucionalização do direito à saúde e do Sistema Único de Saúde (SUS) como tal, especialmente pelos debates e proposições tiradas da VIII Conferência Nacional de Saúde. Isso fica mais evidente quando se compara a CF/88 aos textos constitucionais anteriores, em que a saúde era objeto apenas de normas esparsas, mais comumente voltadas, ou à distribuição de competências legislativas e executivas entre a União, Estados e Município; ou à proteção da saúde do trabalhador, não havendo falar, nessa época, do acesso universal e igualitário hoje assegurado.

Destarte, imperioso reconhecer que o direito à saúde, em sendo decorrente do direito à vida e da proteção à dignidade da pessoa humana, certamente corresponde a um direito fundamental.

6.1 Efeitos Da Quebra De Paradigma: A Superação Das Objeções Impostas Pelo Estado

A nova interpretação dada ao direito à saúde (de direito social para direito fundamental) traz consigo uma consequência positiva aos cidadãos que se socorrem ao Poder Judiciário para o fornecimento gratuito de tratamentos de saúde: a superação das objeções impostas pelo Estado.

Passemos, neste momento, à análise das principais teses hasteadas pelo Estado como forma de obstruir a fruição do direito à saúde e as razões pelas quais sucumbiram à nova visão do direito à saúde, agora como direito fundamental oponível.

6.1.1 Das Normas Constitucionais de Caráter Programático

Sempre se teve como objeção o argumento de que as normas constitucionais dos artigos 196 a 200, da CRFB/88, que garantem e impõem ao Estado o dever de assegurar a todos os que não possuem condições financeiras a saúde, são de caráter programático, uma vez que condicionam o fornecimento gratuito de tratamentos de saúde a programas estabelecidos por políticas públicas e econômicas.

E num primeiro momento, há razão nestas alegações, pois, tal como colocado em nossa Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi compreendido como direito social a ser implementado por políticas sociais e econômicas.

Ou seja, como é dirigido à coletividade, é evidente que o serviço público necessita de regulamentação, que estabelecerá a forma de sua prestação, as obrigações e os direitos, umas e outras a cargo do usuário, além de outros aspectos de interesse público.

Assim, sempre se tentou induzir que não se trata de negar o direito à saúde em razão de entraves burocráticos, em desrespeito à norma constitucional programática, e sim estabelecer critérios seguros para a realização de procedimentos de saúde, em estrita observância ao Princípio da Legalidade e da Eficiência que devem orientar a atuação do administrador público, em respeito ao alcance do maior número de pessoas.

Neste sentido, aliás, era o que entendia a doutrina.

Ensinava ALEXANDRE DE MORAES (1997, p. 37), faz-se necessário “o juízo de oportunidade e a avaliação da extensão do programa incumbem ao Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante”.

Este entendimento era confirmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

Normas constitucionais meramente programáticas - exemplum, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação - pela via do mandamus, eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua

extensão, antes que o legislador exerça o munus, de completá-las através de legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que dependem para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos têm direito e o Estado o dever' - dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, 'na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum júris gerados de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo as prestações prometidas a que o estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes'. "No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas."²⁰

E pelo E. TJ/SP:

Os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal discursam sobre a assistência à saúde. Tal norma é programática – “*not self executing*”. Assim, o dever jurídico do Estado é prevenir, programar, fiscalizar e controlar as ações e os serviços de saúde. E não há na Constituição ou nas leis obrigação de o estado fornecer a atividade concreta ao cidadão sem um relacionamento jurídico comutativo e sinalagmático.²¹

Veja que os acórdãos e doutrina, exarados em 1996 e 1997, refletem o pensamento de direito à saúde enquanto princípio de direito a ser efetivada por políticas públicas.

Ocorre que, conforme mencionado, as políticas não foram tomadas – ou foram tomadas a não garantir o direito à saúde - e muitos foram os que ficaram desamparados.

Temos, então, que em abstrato o direito à saúde é garantido, e, na prática – e realidade -, nada mais é do que uma promessa descumprida.

Vale dizer, ao mesmo tempo que a Constituição Federal garante o direito à saúde, condiciona sua efetividade a políticas públicas que não foram – nem são - cumpridas pelo Poder Público.

Sobre a não efetivação dos direitos sociais, discorre HESSE (1998, p. 171):

²⁰STJ, MS nº 6.564-RS (95.00687882-8), Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 23.05.96.

²¹ TJ/SP, 7ª Câmara de Direito Público, AI n. 46.585.5/3, Rel. Des. Guerrieri Rezende, j. em 04.09.97)

Ele promete, então, na Constituição uma coisa que ele não pode cumprir e, assim, podem esperanças, que se referem a determinações de objetivos estatais na Constituição, ser facilmente frustradas; o efeito integrador da Constituição pode transformar-se em efeito contrário.

Complementa LAZARI (2012, p. 57):

(...). Em outras palavras, quando se vincula diretamente uma Constituição, de cunho hodierno eminentemente jurídico, à implementação de políticas sociais, retira-se a concretude do Texto Constitucional para transformá-lo num documento compromissário em potencial liquefação à medida que estas políticas forem sendo levadas a efetivo.

Este cenário seria perfeito se houvesse um movimento uniforme e homogêneo nesta atividade implementadora (...)

São tantos os “se(s)” que se torna impossível, ainda que na melhor das intenções, não reconhecer que a Lei Maior brasileira é documento compromissário e em liquefação, mas sem implementação de políticas sociais esteja ocorrendo como deveria, condição imperiosa para admitir-se como válidos os adjetivos “compromissário” e “liquefação” supramencionados.

E arremata BULOS (2009, p. 674):

Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adianta promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprir plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias.

Nesta senda, a decisão exarada pelo eminente Ministro Celso de Mello, quando do RE 271.286-AgR²², restou clara no sentido que a eficácia programática dada ao direito à saúde não pode configurar promessa inconstitucional. Isto é, não pode o Poder Público furtar-se ao dever de prestar saúde sob o argumento de que não consta políticas sociais e/ou econômicas (até porque já teve 25 anos para implementá-las – CRFB foi promulgada em 05 de outubro de 1988).

Transcrevo trecho do referido julgado:

²² STF, 2ª Turma, RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000

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 (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, 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

Continua:

(...) não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – qualifica como prerrogativa jurídica que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas pelo próprio ordenamento constitucional.

Possível extrair das razões de decidir do insigne Relator que a Administração Pública encontrava-se – e encontra-se – em manifesto descaso com o mandamento constitucional do artigo 196, qual seja, a implementação de políticas sociais e econômicas para a efetivação do direito à saúde. Que a letra constitucional tornou-se mera “promessa inconstitucional”.

Comentando o julgado, conclui TORRES (2009, p.254):

A partir desse julgado do STF (RE 271.286-RS) os tribunais de grau inferior passaram a sacar diretamente do art. 196 da Constituição a fonte legitimadora da afirmação positiva das prestações na área da saúde nos casos de omissão administrativa ou legislativa.

A doutrina mais abalizada também é neste sentido, ensina SARLET (2002, p. 107):

Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, de tal sorte que permanece atual a expressiva e multicitada frase de Herbert Krüger, 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.

E arremata BARROSO (2000, p. 100 e 101) aduzindo que “Caso as prestações não sejam satisfeitas, pelo Estado ou por quem tenha o dever jurídico de realiza-las, tem-se a possibilidade de seus destinatários postularem seu cumprimento, inclusive por meio de ação judicial.”

Neste sentido é que caminha, uníssona, a jurisprudência. Cita-se trecho da emenda de julgados:

(...)

1. O direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera programática, de forma a não lhe eficácia.

(...)²³

E essa garantia fundamental não é um mero exercício de retórica e não tem teor programático, impõe-se ao Estado o dever de garanti-la dentre outros modos, assegurando o acesso à saúde pública. Há que se vê-la como norma impositiva e de eficácia plena.²⁴

E nem se alegue a natureza programática das normas que introduziram a obrigatoriedade do Estado em garantir a saúde, com os consectários que lhes são naturais, pois que é necessário, o quanto antes, rever o conceito do alcance de tais normas, sob pena de tornarem-se letra morta, dependentes tão somente do exame de oportunidade e conveniência do Executivo.²⁵

Portanto, consoante se observa da maioria da doutrina e esmagadora jurisprudência é que as normas referentes à saúde, malgrado sejam normas programáticas, não podem configurar-se óbice à implementação do direito garantido na Lei Maior. Portanto, de rigor o afastamento da tese em prol dos interesses resguardados constitucionalmente.

²³ TRF/ 4ª Região, 3ª Turma, Ag 2009.04.00.030408-9, Rel. Maria Lúcia Luz Leiria, DE 06.09.2010.

²⁴ Trecho da Ap 0006467-62.2012.8.26.0070, TJ/SP, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Marrey Uint, DOE 11.09.2013.

²⁵ Trecho da Ap 0047237-51.2012.8.26.0053, TJ/SP, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Eduardo Gouvêa, DOE 10.09.2013.

6.1.2 Da Violação ao Princípio da Separação dos Poderes

Outra objeção comumente alçada pelo Estado foi a de que compete exclusivamente ao Poder Executivo, chancelado pelo Poder Legislativo, a organização da destinação da totalidade das despesas públicas, estabelecendo prioridades (no caso, políticas públicas) a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

Isto é, na definição das atribuições constitucionais, segundo se extrai da interpretação sistemática da CRFB/88, conferiu-se ao Poder Executivo o dever de gerir a coisa pública, elegendo, segundo critérios de conveniência e oportunidade (discricionariedade), as diretrizes e as prioridades governamentais.

Que a destinação dos recursos na saúde pública não é feita de modo arbitrário e aleatório pela Administração, ao sabor de prioridades ou conveniências conjunturais; ao contrário, como toda e qualquer despesa realizada pela Administração, há necessidade de prévia autorização e previsão orçamentária, sempre precedentemente chanceladas pelo Poder Legislativo, dela não podendo o Administrador afastar-se, sob pena de por isso ser responsabilizado nas diversas instâncias.

Nesse diapasão, especificamente no que se refere ao poder de controlar, em sentido amplo, o serviço público e as ações de saúde, cabe citar a advertência de DA SILVA (2004, p. 811):

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente (...). Se a constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.

Assim, entendia-se que a concessão, pelo Poder Judiciário, de tratamento além daqueles previstos em políticas públicas (ou mesmo que previstos,

não são implementadas) configura manifesta ingerência de poderesa ensejar uma violação aoPrincípio da Separação de Poderes.

Explica-se.

É que a tripartição das funções estatais, calcada no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), tem a finalidade não só de delimitar as atribuições de cada um dos Poderes do Estado, como também e, principalmente, evitar que se instaurem conflitos de competência entre eles, donde a necessidade do efetivo respeito, por todos os Poderes, de tais limites, sem o que se instaurará o arbítrio e a usurpação de um Poder sobre o outro, com todos os riscos às ordens pública e constitucional daí decorrentes.

Assim, adverte-se que, sob o fundamento de se proteger o direito à saúde da população,estariaPoder Judiciário investindo-se em órgão co-gestor dos recursos destinados à saúde-pública estadual, elegendo prioridades, em detrimento do direito à saúde e à vida daqueles que seriam os destinatários das ações e serviços da Secretaria da Saúde, com o que restaria violado o postulado básico fundamental da independência e harmonia entre os Poderes da República, inserto no artigo 2º da Carta Política.

Que na medida em que outro Poder - que não o Executivo - passa a gerir o erário, redirecionando recursos empenhados pelo Poder Executivo com a autorização do Poder Legislativo, de modo a alterar prioridades prévias e legalmente estabelecidas, destrói-se por completo a independência entre Poderes e, o que é pior, estabelece um autêntico conflito de atribuições.

Adverte, ademais, das consequências dessa ingerência: queo Poder Judiciário, a pretexto de dar efetividade aos comandos constitucionais e legais atinentes à saúde da população, veicula, sim, uma pseudotutela jurisdicional, na medida em que relega, em benefício de uma pessoa, igual direito a toda uma coletividade a qual, à evidência, seria prejudicada em razão da alocação de recursos de forma particularizada à apelada.

Não se pode negar que o argumento é muito convincente, mas não prospera.

Realmente, não é dado ao Poder Judiciário sequer sugerir políticas públicas para a efetivação do direito à saúde até porque não possui corpo técnico para tanto.

Por outro lado, frente ao manifesto descumprimento da imposição constitucional, como é o caso, deverá exercer seu papel de julgador, impedindo a ofensa à Carta Magna.

A própria assimilação nos textos legais de conceitos jurídicos abertos, tendência contemporânea, torna esperada a incursão do Judiciário neste novo espaço integrativo de conteúdo, mas sem se olvidar que a escolha é primordialmente da Administração, a quem não cabe substituir²⁶.

Vale dizer, em princípio, o Poder Judiciário, em respeito ao princípio da separação dos poderes, não deve promover ingerências nas políticas estabelecidas calcadas em juízos de conveniências e oportunidades, entretanto, em havendo a violação a direito garantido constitucionalmente, não deve o Magistrado eximir-se de protegê-lo.

Neste ponto, extremamente pertinentes as observações de KRELL (2002, p. 22 e 23):

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

²⁶“O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades administrativas, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, na concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular, deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo” (STJ, 1ª Turma, 114/99-112 – Recurso Especial n. 169.876/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 16.06.1998).

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, destaca-se a ementa da decisão proferida na ADPF MC 45/DF, Min. Rel. Celso de Mello, publicada no DJU em 5.4.2004:

EMENTA: ARGUIÇÃO 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 ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICO E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DE "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRALIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

E no corpo deste julgado extrai-se a presente passagem, *in verbis*:

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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), 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.

(...)

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento

governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

No mesmo sentido, cita-se pertinente trecho de julgado:

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.²⁷

No RE 271.286-AgR, julgado pela Segunda Turma do E.STF em 12.09.2000 (publicado 24.11.2000), o Relator Min. Celso de Mello²⁸, ante o cenário de descumprimento de políticas sociais, conclui:

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, 2000, Malheiros” -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Possível extrair das razões de decidir que frente a esta omissão da Administração Pública, não restou alternativas ao Poder Judiciário senão exarar *“ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias*

²⁷ STF, Plenário, STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010

*instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição*²⁹.

Opera-se, então, a chamada judicialização das políticas que, a grosso modo, corresponde ao ato de se transferir ao Poder Judiciário o que de rigor competia aos demais poderes, no caso, ambos os poderes, tanto o Legislativo em fazer uma legislação aplicável quanto ao Executivo em executar o que já está legislado.

A doutrina se manifesta pela possibilidade de efetivação das políticas públicas pelo Poder Judiciário em casos de omissão e descaso dos outros poderes que a princípio eram competentes para tanto. Sobre o tema, explica GRAU (2012, p. 335):

“Não se pretende, nisso, atribuir ao Judiciário o desempenho de funções que são próprias do Legislativo – ou seja, a de produção de ato legislativo – ou mesmo do Executivo – ou seja, a produção de ato administrativo. O que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição – é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar a pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o poder, na autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir direito”

No mesmo sentido, STRECK (2003, p. 203):

A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Quando clamo por um “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, bem como salienta Krell [Andréas J. Krell], ali “onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição de prestação de serviços sociais básicos”.

²⁹ Sobre a intervenção jurisdicional, decidiu o Min. Gilmar Mendes: “*isso significa que a intervenção jurisdicional justificada pela ocorrência arbitrária recusa governamental em conferir significado real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde*” (STF, Plenário, STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.03.)

Complementa ABRAMOVICH e COURTS (2004, p. 251):

Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicable y – em caso de hallar divergências – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ello reaccionen ajustando su actividad em consecuencia. Cuando las normas constitucionales e legales finjen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación em un diálogo entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político esablecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.

Por derradeiro, adverte BARCELLOS (2005, p. 13) que tal prática não configura ingerência, mas sim natural e devido controle. Confira-se:

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.³⁰

Destarte, imperioso concluir que, malgrado a possível ingerência entre poderes³¹, ela se faz necessária quando evidente (ou iminente) é a lesão a mandamento constitucional, no caso, o dever de assegurar a saúde.

³⁰ No mesmo sentido CARVALHO (2013, p. 171): *“Este controle constitucional não deve refletir a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo ou Executivo, mas a supremacia da constituição, sobre as leis e os atos administrativos.”* E continua: *“Na verdade, o que se tem hoje são funções públicas desempenhadas por diferentes órgãos, todos voltados ao implemento e à efetivação da constituição. A supremacia da constituição é o traço forte do Estado Constitucional, onde soberana é a constituição; o Estado (os três Poderes) é apenas um instrumento de efetivação dos ditames constitucionais.”*

³¹ Cumpre lembrar que para BARCELOS e CARVALHO não há ingerência, mas sim controle com o fim de efetivação dos ditames constitucionais.

6.1.3 Da Reserva do Possível

Por fim, a última das principais teses que se prestam à objeção ao fornecimento gratuito de tratamentos de saúde pelo Estado era – e é – a da reserva do possível.

Sempre se alegou que o fato do orçamento público não ser ilimitado cria óbices ao fornecimento de gratuito de tratamento de saúde. Que a questão orçamentária não pode ser ignorada.

Isto implica em dizer que, não basta que a legislação defira alguma prerrogativa aos membros da sociedade, pois se faz imprescindíveis também, que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação destes direitos.

Deve-se ressaltar, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da reserva do possível, especialmente ao evidenciar a escassez dos recursos, e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez (HOLMES e SUNSTEIN, 1999).

Portanto, adverte-se que se a realização de qualquer direito implica num determinado custo financeiro, não podem ser encarados de maneira absoluta, pois estão sujeitos a limitações de natureza orçamentária, mormente se tiverem de ser custeados com os recursos coletados dos contribuintes, como são, em regra, as iniciativas reivindicadas dos Poderes Constituídos, mediante a prestação dos respectivos serviços públicos.

Essa relação dialética, em verdade, projeta-se no contexto das denominadas “escolhas trágicas”³², que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades

³² Termo introduzido por CALABRESI e BOBBITT, 1978.

governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

Noutro lado, o Poder Judiciário por mais bem intencionado que esteja no intuito de conferir cabal aplicabilidade às normas diretoras do sistema jurídico, não pode pretender arvorar a hercúlea tarefa de tentar suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de uma ordem judicial. De antemão, já se sabe que não alcançará efetividade, face à inexistência de condições materiais (leia-se, precipuamente, econômicas) capazes de viabilizar sua implementação.

De igual forma, não há como isolar a situação de um cidadão em face de todos os demais que detém o mesmo direito (caráter distributivo dessa Justiça).

O aqodamento em querer implementar, sem a observância de qualquer tipo de limites, uma dada prestação social, poderia gerar o efeito contraproducente de inviabilizar o atendimento de outras necessidades coletivas, para as quais já havia um prévio planejamento, mas que fatalmente ficará comprometido com o desvio, por exemplo, dos aportes financeiros que seriam destinados ao seu suprimento, para se satisfazer aquela prestação em favor da qual a ordem judicial teria sido emitida.

A propósito, válido conferir passagem do i. Des. Corrêa Vianna, componente da 2ª Câmara de Direito Público do E. TJ/SP:

Em suma, a análise da questão deve se dar da forma mais racional e técnica possível. Uma coisa é a natural indignação dos cidadãos brasileiros, inclusive dos magistrados, com a caótica situação da saúde no país. Outra coisa é pretender, com base nesse sentimento de indignação, colocar o Poder Judiciário à frente do planejamento estatal, definindo prioridades e fazendo escolhas claramente políticas. A única via aceitável para a busca de soluções para o problema das políticas públicas na área da saúde é a via democrática, a ser exercitada por meio do voto periódico representantes do povo nos Poderes Executivo e Legislativo. Juízes não são eleitos pela população e a eles não cabe fazer escolhas que a Constituição visivelmente delegou aos Poderes Executivo e Legislativo.(...).³³

³³Esta passagem, muito usada pelo i. Relator Des. Correa Viana, consta em diversos julgamentos, a saber: Apelação nº 990.10.077079-9 nos autos do processo Nº 0005442-49.2006.8.26.0288, j. em 11/05/2010; Apelação nº 990.10.042790-3 nos autos do processo Nº 0008364-04.2008.8.26.0576 , j. em 27/04/2010; Apelação nº 994.09.368123-5 nos autos do processo Nº 9110875-69.2009.8.26.0000 , j. em 16/03/2010; entre outros.

Em conclusão, afirma-se que o direito à saúde, assim como qualquer outro, não constitui direito amplo, irrestrito, ou “ideal” à saúde, que está garantido constitucionalmente. Que é algo, aliás, impossível de efetivação na realidade concreta de um país com recursos limitados e de dimensões continentais como é o Brasil.

Destarte, o que sugere o Estado é que há óbice na efetivação de políticas públicas³⁴ em razão de impossibilidade financeira, pois o Estado possui recursos limitados e destinados.

Em que pese os densos e pertinentes argumentos, a tese não encontra respaldo na doutrina e jurisprudência.

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) encontra sua exegese na doutrina constitucionalista alemã quando em análise de um caso no qual um estudante exigia acesso ao ensino superior. No caso, a Corte Constitucional alemã entendeu que não poderia se exigir um direito social que exceda aos limites do razoável em detrimento da sociedade.

Entretanto, tal como importada para o Brasil, a tese não encontra elementos fáticos de sustentação.

É que, enquanto na Alemanha, país cujos direitos sociais são efetivados, qualquer pedido além das políticas públicas se mostra excedente, no Brasil, qualquer pedido além das políticas públicas se mostra essencial para a manutenção de um mínimo existencial³⁵.

Esclarece LAZARI (2012, p.75):

Aliás, esse é o primeiro argumento em prol da refutação da Reserva do Possível neste país: na Alemanha, berço do instituto, apesar da já

³⁴ E quando trazidas individualmente em juízo, a reserva do possível torna óbice ao fornecimento de tratamento para determinada pessoa, pois estaria deteriorando patrimônio destinado à coletividade.

³⁵ Segundo KRELL (2002, p. 52): “Não é á toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado”.

propalada ausência de previsão de direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn, o nível de desenvolvimento da igualdade e fraternidade mesmo dentro de uma economia neoliberal pós-Guerra de sucesso faz com que a implementação de políticas públicas seja, por natureza, maximizada. Assim, quando a “reserva” é alegada na Alemanha, é porque muita coisa antes já foi feita pelo Estado, e o que se pede é sobrepujante. A briga, pois, é “pelo limite do teto”, e não “pela manutenção, ao menos, do chão”, como em tese ocorre no Brasil.

Vale dizer, não se mostra lícito ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que 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.

Isto é, não pode o Estado escusar de seus deveres (dever de garantir saúde), alegando, sem qualquer prova, impedimentos orçamentários.

Sobre a questão de provar a impossibilidade, esclarece LAZARI (2012, p. 58):

Em primeiro lugar, convém afirmar que a Reserva do Possível é matéria exclusivamente de defesa do Estado. Ora, se compete à Administração Pública a efetivação dos comandos prestacionais contidos na norma, em especial aqueles de caráter fundamental, a ela caberá o ônus de contrariar essa determinação.³⁶

³⁶ No mesmo sentido, AMARAL (2010, p. 116): “*Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas (...). Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da contudo estatal aparente desconformidade com o programa ou regra constitucional ou legal, devendo a Administração Pública demonstrar suas razões, não como razões de estado, mas como razões de convencimento, sua motivação para a escolha de que interesse seriam sacrificados*”.

Cumpra advertir, desse modo, que 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Vale dizer, patente a importância dos limites orçamentários do Estado, entretanto, quando em confronto com a efetivação de direitos fundamentais a mando da Constituição, não há como prevalecer o argumento de inviabilidade orçamentária. Até porque, diga-se, o Estado não faz qualquer prova de sua impossibilidade financeira³⁷.

Ao revés, o que se observa da Administração Pública é que há um aparente superávit orçamentário. Esta presunção se dá quando se observa os gastos da Administração Pública: campanhas publicitárias, gastos com lazer (estádios de futebol, por exemplo), etc³⁸.

Ora, há orçamento para custear “ vaidades”, mas não há orçamento para custear “ prioridades”, como saúde, educação? A tese fica insustentável. Perde a razão.

Esclarece LAZARI (2012, p. 157)

(...), a “reserva” somente tem cabimento quando se está diante de dois elementos de igual ou aproximada valia a preponderar, o que a torna ainda mais excepcional. Quando aquele elemento que o Estado julga preponderante, como os gastos com publicidade, *p. ex.*, for indubitavelmente menos valioso que de leitos de UTIs neonatal, *p. ex.*, não poderá o Administrador Público escorar-se no Princípio da Reserva do Possível para justificar a cancarota do elemento mais valioso

³⁷ A título de informação, a Projeção do IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – aponta que a arrecadação tributária de todo o Brasil supere R\$ 1 trilhão entre o fim de 2008 e o início de 2009. A projeção é cerca de 19% maior que a receita proveniente de tributos registrada no ano de 2007, de R\$ 926,7 bilhões. Para 2009, a projeção do IBPT chega a R\$ 1,3 trilhão e para 2010 em R\$ 1,4 trilhão. Cf. <http://www.ibt.com.br>, acessado em 30 de julho de 2008.

³⁸ FREIRE JÚNIOR (2005, p; 74) destaca: “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder”.

E os Tribunais, por este argumento (que não pode o Estado furtar-se a efetivar direitos fundamentais, alegando, sem qualquer prova, óbices orçamentários), rechaçam veementemente a tese da reserva do possível arguida pelo Estado.

Confira os julgados:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), 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: o respeito indeclinável à vida³⁹

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).⁴⁰

Na doutrina, o assunto é polêmico.

Há autores que entendem que deve ser aplicada a tese da reserva do possível (filiam-se, portanto, à tese hasteada pelo Estado), há autores que rejeitam a doutrina (maioria doutrinária) e há autores que admitem, mas com uma importante ressalva: a consideração ao mínimo existencial⁴¹ (minoria doutrinária).

³⁹ Trecho de decisão emanada pelo i. Min. Celso de Mello em diversas decisões, a saber: RE 267612, AI 570455, AgRg no RE 271286, RE 198265, RE 248304, ArRg no RE 273834 e RE 393175.

⁴⁰ STF, 2ª Turma, ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011.

⁴¹ Posição defendida por Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos. Entendem que a reserva do possível deve ser observada, entretanto não poderia impedir a realização judicial de direitos indispensáveis a assegurar um “mínimo existencial”.

A doutrina majoritária, acompanhada pela esmagadora maioria da jurisprudência (conforme já citada), não admite a tese da reserva do possível em detrimento do direito fundamental à saúde. Confira-se:

Não se pode perder de vista que o direito à saúde e à vida assume posição prioritária, uma vez que, sem esta garantia, todas as outras perdem sentido. É nesse contexto que a falta de recursos deve ser trabalhada pelos operadores do direito, e não como limite fático à preservação, manutenção e recuperação da saúde das pessoas. Não se trata de defender o acesso irrestrito a quaisquer medicamentos ou tratamentos e de ignorar a existência de limites financeiros. Contudo, diante de pedidos pela vida e pela saúde, as objeções que se colocam ao acesso às necessidades de recuperação da saúde podem ser superadas a partir de uma interpretação sistemática das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional que rege a organização e funcionamento do SUS.⁴²

E comentando sobre a dúvida entre usar os recursos disponíveis para tratar de milhares de pessoas vítimas de doenças associadas à pobreza ou de alguns poucos acometidos por doenças raras com remota chance de cura, comenta KRELL (2002, p. 53):

A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívidas) onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanitárias do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais”, etc.

E acrescenta (2002, p. 54):

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir sua eficácia a zero, a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”.

Vale dizer, hoje temos uma inversão de valores, pois tamanha são as ações judiciais que determinam o fornecimento de tratamentos gratuitos que as

⁴² SALAZAR (2009, p. 96)

políticas públicas ficam em segundo plano⁴³ ou, nos dizeres de Andreas J. Krell, “segunda categoria”.

6.2 O Efeito Colateral da Quebra do Paradigma: o Estado Indefeso e o Consequente Abuso de Direito

Conforme visto, a nova visão dada ao direito à saúde, não mais como direito social, mas sim como direito fundamental, rechaçou todas as objeções que até então – e até hoje - eram hasteadas pelo Estado.

Ou seja, as teses arguidas pelo Estado, quando em confronto com o direito fundamental à saúde, sucumbiram.

Em primeiro momento, o efeito foi positivo, pois havia, ainda que em sede de tutela jurisdicional, a efetivação do mandamento constitucional da manutenção à saúde.

Por outro lado, descortinou-se um efeito colateral: a procedência desvairada e sem qualquer critério das ações de tratamentos de saúde.

Procedeu-se, em verdade, a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplavam as especificidades do caso concreto em exame.

E isso, infelizmente, gerou abusos...

É que, se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais significou –e têm significado - um forte ponto de tensão entre os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a cumprir ordens judiciais muitas vezes conflitantes com as políticas estabelecidas pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

⁴³ Em detrimento da efetivação de direitos fundamentais pela via judicial individual.

Exemplifica WANG (2010, p. 350):

Para ficar no exemplo do reitos à saúde, em 2007, os Estados gastaram, em média, R\$ 500 milhões por ano para cumprimento das decisões judiciais. Os gastos com medicamentos do Ministério da Saúde do Brasil originados por decisões judiciais aumentaram 211,4% de 2005 a 2006, e em 2008 alcançou a cifra de R\$ 52 milhões em 2008. Só a capital do Estado de São Paulo, a Secretaria Estadual de Saúde gastou R\$ 65 milhões para fornecer medicamentos e tratamentos médicos em cumprimento e decisões judiciais.

E mais. Segundo notícia veiculada pelo jornal Valor Econômico⁴⁴, 50% de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul tem sido comprometido com a compra de medicamentos por ordem judicial, sendo que a grande maioria desses recursos é empregada para a compra de novos medicamentos para combate ao câncer.

Enfim, invariavelmente muitos foram os abusos percebidos, entretanto, não se presta o presente trabalho esmiuçar todos os abusos existentes, mas tão-somente a advertir sobre a ocorrência dos mesmos.

⁴⁴ Edição de 16 de agosto de 2007. Endereço <http://www.valoreconomico.com.br>, caderno Legislação e Tributos, acessado em 17 de agosto de 2007.

7 FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS

Frente aos abusos acima exemplificados, incumbiu-se o Poder Judiciário de traçar balizas para a dispensação gratuita de tratamentos de saúde, com o escopo de regulamentar, ainda que parcialmente, a situação.

Sendo assim, em voto proferido no julgado das agrupadas Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178⁴⁵, entendeu por bem o i. Ministro do STF, Gilmar Mendes, diante a relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público inclusive por determinação judicial, retomar o tema sob uma perspectiva mais ampla.

Para tanto, passou a analisar questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde considerando as informações e dados colhidos na Audiência Pública realizada no STF⁴⁶, a qual se ouviu as opiniões dos representantes dos diversos setores envolvidos nos assuntos de políticas públicas pertinentes à saúde.

A princípio, consigna o Ministro:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à vida, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema de interferência judicial em âmbito de livre apreciação ou ampla discricionariedade dos outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

(...) o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas 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.

⁴⁵ STF, Plenário, STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010

⁴⁶ Nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Extrai-se do trecho que, a princípio, deve se aferir se o tratamento postulado consta em política pública. Que na maioria dos casos há políticas que disponibilizam o tratamento, entretanto, por descumprimento de tal medida⁴⁷, não há outra alternativa ao cidadão senão socorrer-se ao Poder Judiciário a fim de que se efetive esta política.

E consigna que, em casos tais, não estaria o Poder Judiciário promovendo ingerência nos outros poderes, mas tão somente determinando a execução das mesmas. Vejamos:

(...) Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não estaria criando uma política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Portanto, temos como primeiro critério: considerar a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde postulada.

8.1 Existência de Política Pública que Contemple o Tratamento

Em existindo a política pública que encampe o tratamento necessário, basta ao interessado somente demonstrar que a mesma não está sendo cumprida. Ou seja, cumpre demonstrar que esgotou as vias administrativas sem sucesso, seja porque não conseguiu a dispensação do tratamento, seja porque lhe foi imposto tempo não razoável⁴⁸. Configura, em verdade, o interesse de agir.

Nesta senda, propõe o Ministro:

⁴⁷ Por exemplo: cirurgia de urgência marcada para 4 ou 5 meses. Medicamentos que possuem limites de dispensação. Burocracia desnecessária que acaba tornando-se óbice à dispensação. Enfim, a não efetivação da política pública estabelecida.

⁴⁸ Que deve ser analisado casuisticamente. Exemplo, cirurgia urgente marcada para dali 4 meses.

Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

Para se caracterizar o interesse de agir nas demandas de saúde, carece ao interessado promover as diligências necessárias para a aquisição gratuita do tratamento necessário por meio das vias administrativas.

Basta que o paciente compareça ao setor responsável, retire formulário específico para preenchimento pelo médico que acompanha o seu tratamento e o entregue devidamente preenchido no Serviço de Atendimento Administrativo, que imediatamente enviará a documentação ao órgão responsável pela elaboração de parecer. Se favorável o parecer, o Departamento Regional prontamente adquirirá o medicamento e o disponibilizará pela sua farmácia.

Mesma exigência pressupõe o fornecimento de tratamentos não padronizados. É que o Poder Público possui, já há algum tempo, serviço de atendimento administrativo por meio do qual analisa na seara administrativa a possibilidade do fornecimento gratuito do tratamento não padronizado pelo Sistema Único de Saúde. Assim, é bem verdade que se o tratamento não está padronizado, não será fornecido sem análise pelo Comitê especializado da Secretaria da Saúde.

Nota-se, então, que a Administração Pública instituiu serviço para verificar a viabilidade de realizar gratuitamente o tratamento não integrante de lista de dispensação, a fim de diminuir o número de demandas judiciais aotenderapretensão do paciente já na seara administrativa.

Portanto, o mínimo que se exige do paciente, antes de ingressar com a ação judicial, é a formulação do mencionado requerimento. Trata-se de comportamento do cidadão que, além de demonstrar respeito à política pública de saúde existente, mostra respeito também ao Poder Judiciário, que poderia ser poupado de demanda totalmente desnecessária.

E qualquer pessoa pode fazer tal requerimento, pois, conforme já dito, o SUS é universal, não dependendo, para o cadastramento, de comprovação de hipossuficiência.

Assim, o ajuizamento da ação pressupõe a negativa da Administração Pública em fornecer gratuitamente o tratamento ou então a demora injustificada em responder à solicitação administrativa, que, diga-se, é corriqueiro ante aos entraves burocráticos existentes na Administração.

Com efeito, caso não fique demonstrado que a parte autora formulou o pedido na seara administrativa, à toda evidencia a sua falta de interesse processual.

O que se pretende, com a devida vênia, é garantir o respeito ao serviço de atendimento administrativo criado, que, como mencionado, visa, além da melhoria do atendimento à saúde da população, ao prestígio da atuação jurisdicional com casos realmente necessários.

É preciso, então, que o Poder Judiciário exija o prévio requerimento, como condição para a caracterização do interesse processual do paciente, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento no inciso VI, do artigo 267, do Código de Processo Civil.

8.2 Não Existência de Política Pública que Contemple o Tratamento

Nestes casos, maior cautela demanda ao julgador⁴⁹.

É que o SUS segue a “Medicina com base em evidências”. Com isto, 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. Com efeito, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar o consenso vigente.

⁴⁹ Neste sentido, adverte SARLET e FIGUEIREDO (2010, p.45): *“Em termos mais pragmáticos, isto significa que mesmo se o tratamento postulado (desde que demonstrada sua adequação e necessidade) não se inclui em nenhuma das listas oficiais, nem tenha sido abarcada por uma das hipóteses de falta de razoabilidade antes colacionadas, parece-nos inarredável que o Juiz deva assumir um papel mais ativo na condução da demanda. Nesse sentido, deve formular dúvidas quanto ao receituário médico e, sendo necessário, solicitar o auxílio de profissional especializado, no sentido de certificar-se da eficiência e segurança do tratamento requerido pela pessoa interessada. (...)”*

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do Sistema Único de Saúde, é imprescindível distinguir se a negativa decorre de (i) uma vedação legal à sua dispensação; (ii) uma omissão legislativa ou administrativa; ou (iii) uma decisão administrativa de não fornecê-la.

Passemos a análise pontual de cada uma destas hipóteses.

Quanto a não dispensação em virtude de uma vedação legal:

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Em casos tais, dispõe o Ministro Relator:

“Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.”

Neste sentido, a propósito, é a Recomendação nº 31/10 do Conselho Nacional de Justiça:

“I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

(...)

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

(...)

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;”

É que o referido órgão estabelece requisitos para a obtenção do registro, dentre eles o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe⁵⁰.

⁵⁰ O assunto, entretanto, não é pacífico, tanto que o STF, em 18.11.2012, reconheceu a repercussão geral sobre o tema no bojo do Recurso Extraordinário 657718, Rel. Min. Marco Aurélio. Segue a ementa: “SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE

E mais. Esta restrição não se limita aos produtos nacionais, mas se estende aos produtos estrangeiros. Com efeito, aos fármacos estrangeiros, imprescindível o registro tanto no país de origem, quanto o aval da ANVISA. É o que dispõe o artigo 18, da Lei nº 6.360/76⁵¹.

Trata-se, pois, de uma garantia de saúde pública.

Por outro lado, quanto a não dispensação em virtude de uma decisão administrativa de não fornecê-la, deve-se saber, *a priori*, as razões da decisão administrativa, sendo que esta pode se pautar em duas justificativas: (i) o SUS fornece tratamento alternativo; ou (ii) não haver comprovação da eficácia do medicamento.

Nos casos em que o SUS fornece tratamento alternativo, este deverá ser privilegiado em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou 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 ao caso.

Essa comprovação deve ser imposta às prescrição médica da rede particular e não em prescrições de médicos da rede pública. Justifica-se: ao médico da rede pública é esperado que prescreva o tratamento constante do Protocolo, somente receitando tratamento diverso quando realmente necessário.

Essa imposição, entretanto, não se aplica ao médico da rede particular, que, a princípio, não tem o dever em prescrever tratamento constante no Protocolo.

(ii) não haver comprovação da eficácia do tratamento.

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”.

⁵¹Art. 18 - O registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos de procedência estrangeira dependerá, além das condições, das exigências e dos procedimentos previstos nesta Lei e seu regulamento, da comprovação de que já é registrado no país de origem.

Trata-se dos tratamentos que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Podemos bifurcar o estudo à dois tipos de tratamentos: os experimentais e os novos.

Os tratamentos experimentais, como o próprio nome sugere, são aqueles que ainda estão em fase de experiência por laboratórios ou centros médicos, consubstanciando-se em pesquisas clínicas.

Os tratamentos em experimentação 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.

Com efeito, impossível ordenar ao SUS que forneça tratamentos experimentais.

Melhor sorte, entretanto, assiste aos tratamentos novos.

Os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” são revistos periodicamente, ao passo do avanço médico, elaborando-se novos relatórios, integrando alguns tratamentos novos e excluindo alguns já ultrapassados.

O que ocorre, contudo, é que a evolução do conhecimento é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa, de modo que 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.

Com estas considerações, decidiu o Ministro:

Parece certo que 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.

Porém, ressalva:

No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

À luz de todo exposto, traçou-se as seguintes balizas:

Se o tratamento está contido em políticas públicas (Diretrizes Terapêuticas) e não está sendo efetivado, cumpre ao Poder Judiciário emanar a ordem de cumprimento.

Se o tratamento não consta no Protocolo, sem qualquer razão, cumpre ao Poder Judiciário emanar a ordem de cumprimento.

Entretanto, pode o Poder Público justificar a não inclusão do tratamento pelos seguintes argumentos: *(i)* vedação legal, no caso, ANVISA; *(ii)* haver tratamento alternativo também eficaz; *(iii)* não estar comprovada a eficácia do tratamento, por ser experimental ou novo⁵².

Vê-se, então, que as possibilidades do Estado escusar-se de fornecer tratamento são eminentemente casuísticas.

⁵² Quanto ao novo, deve ser observada a ressalva acima

9 CONCLUSÃO

Constata-se, à luz de um panorama geral exposto no trabalho, que o direito à saúde passou por profundas transformações em sua natureza jurídica, trazendo efeitos positivos e negativos.

A princípio, temos o direito à saúde como um direito social a ser implementado pelo Estado por meio de políticas públicas. Trata-se, pois, de um direito de segunda dimensão cuja exegese, no mundo, se deu a partir do final da Segunda Guerra Mundial e, no Brasil, vem inserto na CRFB/88.

Em sendo um direito social, cumpria ao Poder Público, através de políticas públicas, efetivar o direito à saúde. Entretanto, conforme visto, não o fez. Deste modo, não restou aos cidadãos outra alternativa senão socorrer ao Poder Judiciário.

Viu-se que, num primeiro momento, as objeções impostas pelo Estado, frente ao direito social, de tamanha pertinência, por vezes, conduziam estes processo à improcedência. Em outras palavras, anuía o Poder Judiciário à ineficácia proposta pelo Poder Público.

E justamente neste completo desamparo (administrativo e judicial), emergiu a quebra do paradigma. Ganhou o direito à saúde uma nova visão: não mais como direito social, mas sim como direito fundamental.

Consequência imediata desta quebra do paradigma foi a superação das teses hasteadas pelo Estado⁵³. Isto é, a fim de fazer valer a Constituição, consagrou-se o direito fundamental em detrimento de empecilhos impostos pelo Estado.

No entanto, constatou-se, também, um efeito colateral negativo: a procedência desvairada, e sem maiores critérios, de ações desta natureza, acarretando dispêndio de grande cifra ao erário.

Ante este impasse, proferiu o Supremo Tribunal Federal decisão abalizadora, trazendo critérios objetivos a serem seguidos, cabendo ao Magistrado,

⁵³ O trabalho esmiuçou a sucumbência das principais teses: a programaticidade das normas constitucionais correlatas à saúde; a violação à separação dos poderes; e a reserva do possível

a partir da aferição do caso em concreto, enquadrá-lo ao critério fixado. Portanto, temos que hoje a análise das ações de tratamentos de saúde é casuística.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511 e 512

AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos direitos fundamentais e conflito entre poderes**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. Rio de Janeiro; Renovar 2001, p. 99-120.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das políticas Públicas**. Artigo extraído do endereço eletrônico <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices**. W. W. Norton & Company, 1978.

CARVALHO, Maria Carolina; **Constitucionalização do direito, judicialização e ativismo judicial**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 76, jul./dez. 2012.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: leis nº 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º arts. 196 a 200 da Constituição Federal.** 2.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

FREIRE JÚNIOR Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas a responsabilidade do administrador e o ministério público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente.** Curitiba: Juruá, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica.** 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade.** Curitiba: Juruá, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16ª ed., Ed. Saraiva. São Paulo.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2013.

LINS, Andrea Carla Veras. **A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática.** In: BLIACHERIENE, Ana

Carla; SANTOS, José Sebastiao dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial.** São Paulo: Atlas, 2010.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social.** Revista de direito público, nº 57/58, São Paulo.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 1997.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. **A defesa da saúde em juízo.** São Paulo: Verbatim, 2009.

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, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** *Interesse Público*, Sapucaí do Sul, n. 12, p. 91-107, 2001.

SCAFF, Fernando Fecury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'** . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 28. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direto Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. P. 119.

WEICHERT, Marlon. A. **O direito à saúde e o princípio da integralidade**. In: SANTOS, Lenir (org). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

WANG, Daniel Wei Wang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SITES CONSULTADOS:

http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac75569,0.html

http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/subsecretaria/noticias/clipping/noticias/assunto11/pq13jun2g/

<http://www.ibt.com.br>

<http://www.valoreconomico.com.br>