

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E LIMITES DE INGERÊNCIA ENTRE PODERES CONSTITUCIONAIS

Felipe Augusto Figueredo ZULIN¹

RESUMO: O trabalho fundamentou-se em tratar da judicialização da saúde, especificamente do direito que a constitui, fazendo-se um cotejo entre as previsões constitucionais e infraconstitucionais deste, a sua aplicabilidade e a efetivação no mundo fático através de uma pretensão judicial. De igual modo, foi posta em questão a relação entre o comando judicial que compele o Poder Público ao fornecimento de comodidades médicas, e eventual possibilidade de este oferecer recusa lícita, através da teoria da reserva do possível, inclusive com a demonstração de entendimento jurisprudencial pertinente. Assim, o artigo tem como objetivo a discussão das referidas limitações ao comando judicial e o impacto destes como custos, baseando-se em pesquisas bibliográficas, documentais e estudo de caso. Finalmente, findou-se que, malgrado o Estado não possa escusar-se de prestar serviços que concretizem direitos fundamentais, a decisão judicial que compele este a prestá-los deve estar em consonância com a cenário socioeconômico na qual está inserida.

Palavras-chave: Direito constitucional à saúde. Judicialização da saúde. Custo dos direitos.

1 INTRODUÇÃO

Indissociável do ser humano, além da intrínseca característica aristotélica da sociabilidade, é a incessante necessidade da busca do bem-estar físico e mental, concomitantemente para si e seus pares. A saúde, dentro desse contexto, reveste-se de condição singular ao pleno desenvolvimento da personalidade do cidadão individualmente considerado e, de igual modo, ao da sociedade e das diversas áreas científicas.

Nesse espectro, o moderno Estado Democrático de Direito brasileiro, influenciado pelas construções teóricas valiosas advindas do pós-positivismo, e de outras Constituições alienígenas, mostra-se imprescindível ao prever uma extensa carta de direitos que possibilita ao cidadão o seu exercício fático e dotado de concretude, notadamente em se tratando de direitos prestacionais.

¹Discente do 7º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Email: felipezulin@hotmail.com

Ademais, conforme será minuciosamente tratado ao longo deste trabalho, a evolução dos direitos humanos desempenhou fulcral atuação no que diz respeito ao reconhecimento jurídico, em nível constitucional e de aplicação imediata, de direitos individuais, difusos e coletivos a todos os cidadãos. Esses últimos, na esteira das lições da clássica e melhor doutrina, envolve o oferecimento, pelo Estado, de assistência material aos desamparados, na busca da promoção da Justiça Distributiva e prevenção do crescimento da desigualdade econômica e social.

No âmbito da saúde e com a finalidade de promover a disponibilização fática de tais direitos, vale-se o Poder Público de promoção de políticas públicas à população em geral, a exemplo de fornecimento gratuito de tratamentos médicos, procedimentos cirúrgicos e de fármacos, inclusive de alto custo, se comprovada a hipossuficiência econômica. Entretanto, o Poder Executivo, responsável pelo fomento de tais prestações, com supedâneo na discricionariedade, atributo dos atos administrativos, recusa tal fornecimento das comodidades prestadas ao cidadão postulante, por razões diversas, principalmente econômicas, as quais serão oportunamente exploradas.

Por conseguinte, ao cidadão é conferida a possibilidade de pretensão judicial ao recebimento de tal comodidade, inicialmente recusada pelo Administrador, daí intervindo o Poder Judiciário a fim de que o direito constitucional à saúde seja efetivado ao cidadão que a ele faça *jus*.

Atualmente, é possível concluir que tais pretensões, consubstanciadas na busca de comodidades médicas, restritas àquelas não cobertas ou não reconhecidas pelo Sistema Único de Saúde, embasam muitos dos processos judiciais que tramitam nos Tribunais Estaduais, Federais e Superiores brasileiros. No corrente ano, de acordo com o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde (CNJ, [s.d.]), que apresenta dados sobre a quantidade e a movimentação de processos judiciais nos tribunais, os litígios que envolvem a saúde pública se perfazem em incríveis 409,86 mil, neste número incluindo-se feitos suspensos.

Nesse sentido, o objetivo principal do presente estudo foi realizar uma análise da judicialização da saúde no Brasil e, em especial, compreender suas causas e consequências em cotejo com a possibilidade fática, jurídica e financeira de o Estado realizar a prestação de direitos - originariamente sociais - ao cidadão que o pleiteia judicialmente, percebendo-o de maneira direta e individual.

2 CONSTITUCIONALISMO E DIREITO À SAÚDE

Em proêmio, com o advento do movimento Iluminista no século XIX, as monarquias absolutistas europeias, notadamente a inglesa e a francesa, viram-se isoladas devido ao crescimento exponencial das ideias burguesas liberais, apoiadas por todas as classes sociais, que aspiravam a melhores condições de vida. A decadência econômica destes estados fora aflorada e intensificada pelo descontentamento geral com o regime autoritário absolutista.

Pragmaticamente, tal regime concentrava todo o poder do Estado sob a guarda de apenas um governante: o mesmo rei que administrava, também criava a legislação de seu Estado – inclusive definindo-lhe o alcance e o sentido - e julgava os conflitos. Dessarte, justificado por constituir a máxima representação divina dentre os homens, o poder Estatal era absolutamente discricionário, ilimitado e desvinculado de qualquer norma prévia, reservado ao livre arbítrio de seu titular, consubstanciado pela frase do rei francês Luís XIV: “L'État c'est moi”², nos termos do que leciona Pedro Lenza (2022).

Por conseguinte, cumpre mencionar que os ideais moderno-iluministas jusnaturalistas, em contraposição ao Antigo Regime, foram permeadas essencialmente pela pretensão de liberdade econômica, política e religiosa, e pela igualdade formal dos cidadãos, propagadas pela burguesia.

Vale registrar que, nessa época, houve o crescimento exponencial de criação de teorias pela busca da limitação do poder do estado, fomentadas por soluções técnicas-jurídicas que possuíam o objetivo a prévia vinculação do poder Estatal a um conjunto de leis escritas (influenciadas pelas leis naturais), de modo a reduzir a influência do poder público na vida privada. No campo jurídico, quanto à organização do Estado, propagavam-se as ideias contratualistas de John Locke, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau e, quanto à separação de poderes, a de Barão de Montesquieu.

² O Estado sou eu. (tradução nossa)

Como exemplo máximo e de maior influência dessa corrente, segundo Bittar (2016), o contrato social rousseauiano era formado pela vontade geral³, cujas leis do Estado externalizavam a soberania do povo como forma de evitar a desordem social, com o escopo de limitar o poder, profundamente influenciadas pela carga axiológica, metafísica e universal do Direito Natural. Nas palavras do autor:

Das leis naturais deve defluir uma inspiração para a formação das leis do Estado. Isso porque o Estado precisa respeitar ditames ordenados pelo direito natural, não constringendo, por exemplo, a liberdade de vida que cada indivíduo preserva mesmo após ter aderido ao pacto social. Eis um impeditivo ao avanço do poder do Estado.

Portanto, é de se averbar que as teorias incipientes do Iluminismo, mormente o contrato social, tiveram fundamental importância em alavancar a limitação do poder estatal ao prever o núcleo essencial dos direitos fundamentais de liberdade, de modo a tornar o titular do poder como o representante da vontade popular restrito ao alcance da lei criada pelo povo. Com este fundamento, fora criada a Declaração Universal Dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, que influenciou a carta de direitos prevista na Constituição Francesa de 1791.

Dessarte, faz-se imperiosa uma compreensão geral e análise histórica, ainda que singela, do constitucionalismo, especialmente o moderno e o contemporâneo, os quais se desenvolveram, nos séculos XIX e XX, a partir da criação do Estado de direito (*rule of law*), com o apoio do desenvolvimento da teoria da separação dos poderes e da ideia de democracia.

2.1 Constitucionalismo e dimensão de direitos humanos

Em se fazendo um recorte histórico para o início da Idade Contemporânea, não se descuidando que a Constituição escrita ocidental teve suas origens em diferidas cartas no século XVII⁴ nos Estados Unidos (ainda colono) e na Inglaterra, fato é que a Revolução Francesa de 1789 chancelou a tomada do poder

³ Neste caso, a vontade geral deve ser entendida como a união das vontades individuais da coletividade de pessoas, ao invés de sua simples somatória.

⁴ Fundamental Orders of Connecticut (1639), Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1668).

pela burguesia, fazendo com que o povo fosse o próprio titular do poder por meio de representantes⁵, e inaugurou o constitucionalismo escrito.

Amparada na necessidade de se criar um coordenado e sistematizado conjunto normativo que organizasse e sujeitasse o Estado em suas funções primordiais e controlasse o poder político, a criação pelos próprios governados de uma Constituição escrita foi a solução encontrada a fim de promover a democracia e garantir, ainda que formalmente, o princípio da legalidade, a igualdade dos cidadãos, a separação dos poderes e os direitos e liberdades individuais.

Na esteira das lições de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 51), a expressão “movimentos constitucionais” melhor se adequa a sua compreensão, ante suas diferentes expressões em diferentes épocas e estados, que consigo carregam características teóricas comuns e próprias do constitucionalismo:

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrónicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Dentre as lições doutrinárias, em uma noção incipiente acerca de seu conceito, destaca-se aquela que o define como um instrumento teórico que se destina a limitar o poder estatal, de forma a evitar abusos e arbitrariedades por quem devidamente o detenha, ao prever a organização político-jurídica do Estado, o processo legislativo e a carta de direitos oponíveis contra o Estado (direitos fundamentais). Noutros termos, o constitucionalismo pressupõe a estrita e prévia vinculação jurídica (*sub specie juris*) do titular do Poder (governante), como forma de restringi-lo.

⁵ A Declaração Universal Dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) em seu artigo 3º proclama que: “O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente.”

Por conseguinte, a constituição escrita, como a representação máxima dessa teoria, é objeto de infindáveis discussões acadêmicas, possuindo múltiplas acepções e sentidos. Nesse sentido, em sua obra Teoria Pura do Direito de 1934, Hans Kelsen a identifica a constituição como norma jurídica fundamental e pressuposto de criação das demais normas, despindo o seu conteúdo de qualquer conteúdo que não seja o jurídico, revelando a criação do direito pelo próprio direito. Nesse sentido, “O catálogo de direitos fundamentais e direitos de liberdade, que constitui uma parte típica das constituições modernas, não é essencialmente nada além de uma tal determinação negativa.” (KELSEN, 2021, p. 69).

Por sua vez, Karl Lowenstein, ao tratar de seus sentidos ontológicos (normativo, nominativo e semântica), rechaça a definição kelseniana da exclusiva juridicidade, admitindo que a constituição abarca outros conteúdos além do jurídico, devendo o seu conteúdo corresponder à realidade. O jurista alemão acrescenta que esta traduz efetivamente o processo político, e representação do poder popular e os seus anseios ao tempo da manifestação constituinte, bem como a identidade entre a semântica da carta constitucional e a realidade social e, em suas palavras:

Para que una constitución sea viva, debe ser, por lo tanto, efectivamente “vívda” por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización. [...] Para que una constitución sea viva no es suficiente que sea válida em sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada em la sociedad estatal, y ésta em ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis.⁶ (LOWENSTEIN, 1973, p. 217)

Logo, a história das constituições dos estados guarda intrínseca relação com a evolução dos direitos fundamentais⁷, na medida em que a constitucionalização de um direito faz com que o sobreleve ao máximo patamar da escala de normas

⁶ Tradução livre: “Para que uma constituição seja viva, deve ser, portanto, efetivamente vivida pelos destinatários e detentores do poder, necessitando de um ambiente nacional favorável à sua realização. [...] Para que uma constituição seja viva, não é suficiente que seja válida em sentido jurídico. Para ser real e efetiva, a constituição terá de ser observada lealmente por todos os interessados e estar integrada na sociedade estatal, e aquela nesta. A constituição e a comunidade terão de passar por uma simbiose.”

⁷ Os direitos fundamentais devem ser entendidos como os direitos humanos positivados na constituição de um Estado.

jurídicas⁸. De forma semelhante, norteia a execução da política do Estado, em razão da necessidade do dever de submissão os direitos dos cidadãos previstos em uma lei maior.

2.1.1 Constitucionalismo moderno e os direitos individuais

Carreadas pelos sentimentos burguês de liberdade e igualdade, teorizados pelo Iluminismo e consolidados pela Revolução Francesa⁹, principalmente nas esferas econômica e política, bem como pela necessidade de se prever mecanismos que evitassem a arbitrariedade por quem detivesse o poder, as primeiras constituições foram unânimes em prever semelhantes direitos.

Nesta baila, os estados liberais do século XVII foram pensados e estruturados com base nos direitos humanos de primeira dimensão: os direitos individuais (v.g. direito à igualdade formal e o direito à liberdade¹⁰), aviltando a influência estatal em relação à vida privada, nos termos do que disciplinou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consoante já frisado.

Nesse sentido, os Estados Unidos, após a promulgação das dez primeiras emendas (Bill of Rights – 1791), a carta dos referidos direitos negativos de primeira dimensão foi incorporada à Constituição de 1788. Segundo Barroso (2022, p. 16), “Nelas se consagravam direitos que já constavam das constituições de diversos Estados e que incluíam as liberdades de expressão, religião, reunião e os direitos ao devido processo legal e a um julgamento justo.”. Por sua vez, em 1791 a França tomou igual rumo, inclusive se utilizando da carta de direitos prevista na Declaração de 1789.

É indispensável se averbar que, nesta época, não havia qualquer tipo de coação constitucional, no sentido de que o administrador não era vinculado à execução destes direitos por qualquer mecanismo legal. Conforme será tratado em

⁸ O *status* constitucional do direito traduz a ideia de dificuldade de alteração de seu conteúdo pelo procedimento legislativo qualificado, além da impossibilidade de sua revogação por uma norma infraconstitucional (a norma conflitante será presumidamente inconstitucional antes mesmo de ingressar no ordenamento). Ressalte-se que os direitos fundamentais fazem parte do núcleo imodificável da Constituição brasileira de 1988 (art. 60, § 4º), submetendo-se, de igual modo, ao Princípio da Vedação ao Retrocesso (ou efeito *cliquet*).

⁹ O seu lema foi a “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

¹⁰ Entendida assim em suas diferentes acepções, seja a individual (no sentido de não ser privado de sua liberdade sem fundada razão e a religiosa), a econômica (direito à propriedade e a sua livre disposição, à livre iniciativa) e a política (votar e ser votado).

momento deste capítulo, a força normativa da constituição somente desenvolver-se-á em período posterior, culminando-se na mera discricionariedade a observância destes direitos pelo Poder Executivo¹¹ (BARROSO, 2022, p. 93).

Portanto, é nítido que tais direitos revelam uma atuação negativa do Estado (não-fazer), valorizando-se o indivíduo em detrimento do corpo social, a fim de garantir que a liberdade dos cidadãos face ao arbítrio do Estado, considerados estes como iguais perante a lei, sem qualquer distinção.

2.1.2 Constitucionalismo contemporâneo e os direitos sociais

O absentismo estatal preconizado pelos direitos individuais, notadamente a igualdade formal, gerou concentração de renda em razão do terreno fértil gerado pelo liberalismo político e econômico. A falta de condições materiais mínimas ao exercício de tais liberdades ocasionou a marginalização e a falta de igualdade de oportunidades necessárias ao desenvolvimento social.

As primeiras e expoentes Constituições que propuseram uma nova roupagem aos direitos foram a mexicana de 1917 e a alemã de 1919, e posteriormente por elas inspirada, houve a promulgação da Constituição brasileira de 1934. No plano internacional, ganharam destaque a Declaração da ONU de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966.

Em suma, tais direitos acompanharam a tendência política do *Welfare State*, na medida em que os Estados procuraram intervir na economia e implementar o assistencialismo material com o fim de promover a justiça distributiva e evitar as mazelas trazidas pela inação estatal, na esteira das características dos primitivos direitos fundamentais, sem prejuízo da convivência pacífica entre tais direitos¹².

Em total contramão aos direitos fundamentais de primeira dimensão, os novos direitos (chamados doutrinariamente de segunda dimensão) conjecturavam a atuação positiva do Estado, ou seja, uma atitude de cunho eminentemente

¹¹ Malgrado a inexistência de vinculação jurídica à observância de tais direitos, fato é que a pressão e o anseio popular exerciam tal controle, mormente em se visando a aceitação política de um governo.

¹² A doutrina em geral, de forma costumeira, critica Norberto Bobbio ao se utilizar da expressão “geração” de direitos humanos, ao invés de “dimensão”, justamente pela possibilidade de coexistência pacífica desses direitos, e não pelo total abandono de gerações pretéritas.

prestacional, de forma a garantir a igualdade material aristotélica¹³, e não a simples igualdade dos homens perante a lei. É o que leciona Barroso (2022, p. 202):

As sociedades ocidentais, quer pelo avanço da consciência social, quer pelo ímpeto de conter o apelo das ideias socialistas, passaram a incorporar à sua agenda política e institucional compromissos com a melhoria das condições de vida das pessoas, sobretudo as menos favorecidas. Diante disso, aumenta o nível de intervenção do Estado na economia, que assume compromissos de oferta de serviços, bens e utilidades diversos, que podem incluir desde acesso à água, alimentação e abrigo até prestações envolvendo educação, saúde e previdência social, em meio a muitas outras. Direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e à promoção de justiça social. Seu objeto é assegurar aos indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral. Idealmente, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade disponíveis para todos. O reconhecimento e a exigibilidade dos chamados direitos sociais constituem uma das questões mais tormentosas do direito constitucional contemporâneo.

Segundo Sarlet (2016, p. 385), tais direitos são responsáveis por inaugurar transição do Estado Constitucional à Estado Social. Especificamente sobre os direitos sociais, referido autor faz a alusão de que sua titularidade é individual, malgrado sejam destinados à classes sociais economicamente e culturalmente desfavorecidas.

Logo, faz-se mister a conclusão de que os direitos de segunda dimensão se constituíram em benefício da coletividade em geral em contraposição à individualidade, impondo nítidas obrigações ao Estado, a serem implementadas e executadas pelo Poder Executivo.

Em que pese sejam costumeiramente ligados diretamente aos direitos dos trabalhadores como forma de proteção ao polo hipossuficiente da relação trabalhista, fato é que o direito à seguridade social também é catalogado como um dos principais dessa dimensão de direitos.

Por corolário lógico, o direito à saúde desponta como uma das espécies do direito à seguridade social, ao lado do direito à assistência social e direito à previdência social dentro do espectro de seguridade social (TAVARES, 2022, p. 325).

2.1.2.1 Saúde como direito e dever fundamental

¹³ Mencione-se a célebre frase de Aristóteles, ao definir a igualdade material: “tratar os iguais igualmente e desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade.”.

Inicialmente, destaque-se que o conceito de saúde pode ser extraído da Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946) como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”.

Ressalte-se que, de forma expressa, o critério exclusivo da inexistência de mazela física, mental ou social não pode ser considerado “saúde”, ao passo que tal conceito seria equivalente ao da mera existência física, o que não se coaduna com o Princípio da Dignidade Humana, notadamente porque a vida digna não deve ser reduzida à existência pura e simples. (SARLET, 2016)

Por sua vez, Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, do qual o Brasil é signatário, e em plena vigência no plano nacional por ter sido incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 591/92, em seu artigo 12 consta que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.”.

Por conseguinte, o direito à saúde na Constituição Federal de 1988 é consagrado como um direito social:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...]”

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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Cumprido esclarecer ainda que, por força de mandamento constitucional do art. 23, II da Carta Magna, é de competência comum de todas as esferas de governo o zelo pela saúde, de forma que a descentralização das ações e serviços de saúde entre os entes políticos é uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde¹⁴,

¹⁴ Sob este fundamento o Supremo Tribunal Federal decidiu que nas ações relacionadas à obtenção de medicamentos e tratamentos médicos, a responsabilidade dos entes federados é solidária. A tese

cujos destinatários são todas as pessoas, para além dos brasileiros e residentes no Brasil. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008)

Nesse espectro, tem-se que ao indivíduo é resguardado ampla proteção jurídica da saúde, e encontra fundamento no axioma, vetor e fundamento da República do Princípio da Dignidade Humana, a fim de garantir condições existenciais mínimas ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Ademais, é possível afirmar, sem margem de dúvida razoável, de que o direito à saúde é um direito fundamental social¹⁵, malgrado não esteja catalogado no rol do art. 5º da Lei Maior, a ele aplicável o disposto no § 1º do mesmo artigo. Nesse sentido:

Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, faz-se necessário enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Observe-se que, no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata. [...]

Cabe ainda mencionar que a Carta de 1988, no intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas a cláusula “direitos e garantias individuais”. Considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, conclui-se que essa cláusula alcança os direitos sociais. Para Paulo Bonavides: ‘os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60’. São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício de inconstitucionalidade. (PIOVESAN, 2015. p. 19)

Logo, tem-se que a saúde é um dever fundamental do Estado, não apenas na sua faceta de se abster de causar dano à saúde ou à integridade física dos cidadãos – cuja reparação somente se dava pela via da responsabilidade civil -, como também prestar serviços públicos de saúde que envolvam o fornecimento de

nº 793, fora assim fixada: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.”. (RE 855.178, j. 23.05.2019, DJE de 16.04.2020)

¹⁵ Há divergência na doutrina: uma parcela minoritária defende o cunho programático de tais normas, fazendo com que dependam da formulação de políticas públicas para que sejam exigíveis. (MENDES, 2018, p. 56)

medicamentos e tratamentos médicos (doravante denominadas comodidades médicas para melhor compreensão) assistenciais e preventivos.

Nesse sentido, as políticas públicas promoveram ímpar evolução na promoção da justiça distributiva, como forma de amenizar as desigualdades sociais e econômicas, definidas por Bucci (2017, p. 35), como “programas de ação governamental juridicamente definidos”.

O Sistema Único de Saúde é a política pública de saúde por excelência, e é regulado pela Lei nº 8.080/90, cuja precípua função é “de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde pública e, igualmente, participar da produção de medicamentos, equipamentos e insumos”, segundo Tavares (2022, p. 334).

Em que pese tal política pública ser considerada uma das melhores do mundo no quesito saúde, faz-se mister a consideração de que ainda é um sistema em desenvolvimento, longe de estar perfeito e acabado, que não apresenta cobertura integral, no sentido de fornecimento de qualquer comodidade médica¹⁶. Ademais, o próprio federalismo e o alto grau de divisão de tarefas entre os entes políticos, propugnado pela Constituição (art. 198, I) e pela Lei Orgânica do SUS (art. 7º, IX), faz com que o oferecimento dos serviços não seja completamente organizado e articulado. (BUCCI, 2017)

Por fim, em decorrência disso, aliado à eclosão de novos tratamentos e medicamentos não compreendidas no âmbito das políticas públicas de saúde, é possível que ao cidadão não seja fornecida a comodidade médica que necessita, ou que seu pleito seja negado administrativamente, socorrendo-se ao Poder Judiciário para a exigência e satisfação de seu direito constitucional.

2.2 A força normativa da constituição e a ascensão do Poder Judiciário

A supremacia da constituição, principal objeto de estudo kelseniano, deixa de ser considerada tão somente como norma fundamental, no sentido exclusivo

¹⁶ O art. 6º da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre assistência terapêutica integral, é a principal causa de pedir das ações que versam sobre o fornecimento de medicamentos quando o postulado não se encontra na lista do Sistema Único de Saúde.

de ter o escopo de adequar as demais normas do sistema jurídico à sua forma e conteúdo, como simples “como doutrina de efetivação dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, conforme já tratado, os direitos fundamentais careciam de instrumentos que possibilitassem sua realização no plano fático. Noutros termos, os direitos que estavam previstos na carta de uma constituição tornavam-se, pouco a pouco, simplesmente um escrito em uma folha de papel, notadamente em virtude de sua não transposição ao mundo dos fatos: a previsão abstrata de comandos constitucionais, não se concretizava materialmente.

Com efeito, Konrad Hesse, em contraposição a doutrina de Ferdinand Lassalle, proclama que:

A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Portanto, a efetividade (eficácia social) de uma norma jurídica, compreendida assim como congruência entre o “dever-ser” (previsão jurídica abstrata) e o “ser” (realidade social concreta), deve-se espalhar por todo o ordenamento jurídico, sobretudo a Constituição, e ser dotada de plena aplicabilidade por si só, independentemente de norma infraconstitucional. (BARROSO, 2022)

Além disso, faz-se imperiosa a anotação doutrinária no sentido de que os direitos fundamentais são, especialmente, direitos subjetivos fundamentais. Logo, a característica de subjetividade traduz o sentido de facultatividade de seu exercício pelo titular que o detém segundo o direito objetivo, inclusive dispondo o modo e a finalidade de sua utilização em caso positivo de opção por exercê-los, respeitados os direitos alheios, a boa-fé, os usos e costumes, e a razoabilidade e proporcionalidade.

Indubitavelmente, com o descumprimento de uma norma jurídica-constitucional por parte do Estado-legislador ou Estado-administrador¹⁷, nasce ao titular uma pretensão jurídica (também facultativa), em virtude de sua violação: seja por sua má-realização, quando provido em desconformidade com os parâmetros constitucionais, ou pela omissão em provê-lo. (TAVARES, 2022)

Nesta baila, cabe ao Estado-juiz, devidamente provocado pelo interessado, promover sua justiciabilidade e execução forçada sob o fundamento constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira de 1988), fundada na eficácia irradiante dos direitos fundamentais e na teoria dos freios e contrapesos entre os poderes¹⁸. (BARROSO, 2022)

Ademais, faz-se a crucial observação de que o Poder Judiciário adquire notável primazia neste ponto, por ser a única alternativa a disposição do cidadão lesado em seu direito. É digno de nota que os Tribunais avocam a decisão de questões que naturalmente não são de sua competência, haja vista que a execução de políticas públicas é de competência do Poder Executivo, os quais utilizam recursos previamente planejados e destinados para tanto.

Portanto, em se fixando olhar exclusivamente à matéria de aplicabilidade e efetividade dos direitos e garantias fundamentais, e sem perquirir suas causas e consequências, a judicialização da saúde representa uma opção viável ao cidadão no que toca à vinculação dos demais poderes, notadamente o Executivo, ser compelido a conferir tratamentos médicos e medicamentos, quando não obtidos por via das políticas públicas.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

¹⁷ Os direitos fundamentais possuem dupla natureza: são princípios objetivos e direitos subjetivos. A hermenêutica constitucional de tais direitos pressupõe a atuação conjunta do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário a fim de dar-lhe máxima efetividade e promoção quando os direitos fundamentais se mostram sob a faceta principiológica, e proteger-lhes em caso de violações. (BARROSO, 2022) (TAVARES, 2022)

¹⁸ A separação dos poderes fora preconizada por Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, primordialmente desenvolvida em sua obra o Espírito das Leis. Em apertada síntese, a histórica obra defende que a concentração de atribuições do Estado em um órgão singular tornaria a atuação estatal tirânica, na medida em que um poder pretende, naturalmente, a se tornar mais poderoso. A teoria do “*checks and balances*” garante a restrição recíproca entre os três poderes constitucionais, em virtude da existência de mecanismos que “freiam” o exercício exacerbado (fora dos limites legais e finalísticos) de um poder.

Como já afirmado, o Estado-juiz, no exercício da jurisdição ao cabo de pôr fim a um conflito de interesses e com fulcro na Constituição de 1988, pode e deve influir em demandas que versam sobre o direito a saúde, como espécie de direito fundamental e norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, exigível independentemente da existência de qualquer norma reguladora. Além disso, fato é que a separação de poderes, como visto, é fundamento à possibilidade de discussão judicial acerca do direito à saúde, e não o seu impedimento.

Entretanto, há que se convir de que a judicialização da saúde é, em sua essência, uma alternativa e não a via principal: a saúde deve ser ordinariamente prestada através das políticas públicas. Barroso (2009, p. 12) assevera que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A falha na execução destas pelo Poder Executivo é responsável por acarretar o surgimento da pretensão pelo cidadão lesado, pela negativa das comodidades médicas na via administrativa, como um verdadeiro direito subjetivo. Acrescente-se, nesse contexto, a informatização e a maior propagação de informações, como impulsionador do conhecimento de direitos, e a possibilidade real de ingresso ao Judiciário.

De outro turno, é impossível desvencilhar desta discussão a possibilidade fática-econômica do Estado: os recursos para o provimento dos direitos constitucionais são não são ilimitados. Não é incomum no sistema público de saúde a ocorrência a falta de leitos hospitalares em razão da superlotação, ou a demora na realização de procedimentos cirúrgicos.

Nesse espectro e dentro do caráter de subsidiariedade e alternatividade, é necessário que o Poder Judiciário aja sob o manto de alguns parâmetros e diretrizes, já que a matéria a ele incumbida não lhe é originalmente de sua competência. Ressalte-se, desde já, que o objeto de estudo do trabalho se limita às ações individuais que condenam o Poder Público a fornecer comodidades médicas.

3.1 Direitos como custos

De maneira inaugural, faz-se a imperiosa ressalva como ponto de partida de que os direitos fundamentais não são absolutos¹⁹, na medida em que se apresentam por meio de normas principiológicas e, na colisão entre princípios, o sopesamento é a solução para a sua aplicação na maior medida possível em um determinado caso em concreto. Dessarte, ao intérprete constitucional é conferida a possibilidade de restringir determinado direito fundamental, respeitados certos limites.

A respeito e sobre os direitos fundamentais sociais, Alexy (2008 apud MENDES, 2018, p. 56):

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do 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 sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de 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

Nesta esteira de raciocínio, fulcral é a anotação de que a maioria dos direitos fundamentais impõem gastos ao Estado, inclusive os direitos de primeira dimensão. Ainda que a ideia de absentéismo traga consigo intrinsecamente a omissão estatal e a conseqüente suposta ausência de gastos para tutelá-los e provê-los, alguns direitos pressupõem custos econômicos ao Estado (v.g. direito ao voto, no âmbito dos gastos para o procedimento eleitoral).

É exatamente nesse contexto que Holmes e Sustain (1999, p. 48) superam a dicotomia entre direitos positivos e negativos e identificam a positividade de todos os direitos (ainda que de liberdade), no sentido de que para além de uma abstenção, é necessário que, na impossibilidade de autotutela, agentes públicos estatais

¹⁹ É uma característica dos direitos fundamentais, conjuntamente com a historicidade e universalidade. Em ampla parcela da doutrina, é excepcionalmente admitido que tão somente os direitos de não ser torturado e o de não ser escravizado é que não comportam qualquer tipo de restrição e, portanto, são absolutos.

(remunerados pelo Estado) façam cumprir a lei e os direitos negativos, sob pena de a ela negar vigência, a exemplo dos juízes que julgam uma ação de cobrança (com o fito de proteger o direito do credor, que contratou sob o manto da liberdade econômica) e da força policial que protege o direito de propriedade quando alguém é furtado, ao se perquirir a materialidade e autoria do crime.

Ainda, sustentam que:

In practice, rights become more than mere declarations only if they confer power on bodies whose decisions are legally binding (as the moral rights announced in the United Nations Declaration of Human Rights of 1948, for example, do not). As a general rule, unfortunate individuals who do not live under a government capable of taxing and delivering an effective remedy have no legal rights. Statelessness spells rightslessness. A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs.²⁰ (HOLMES e SUSTEIN, 1999, p. 19)

Logo, é passível considerar que a alocação de recursos orçamentários para o custeio e implementação efetivas dos direitos fundamentais está intrinsecamente interligada à capacidade de arrecadação de receita por meio de impostos em sentido amplo, fazendo com que o Estado seja obrigado a lidar com problema da escassez, otimizando os recursos e os gerindo da maneira como que entenda a melhor. (HOLMES e SUSTEIN, 1999)

Sem dúvida, malgrado influenciados pelo direito norte-americano, quebram o paradigma do “Estado-garantidor” e da automaticidade da garantia de direitos fundamentais, ao prever que estes apenas são realmente devidos e passíveis de judicialização quando condicionados a capacidade de o poder público contar com o prévio orçamento.

3.1.1 A reserva do possível e o mínimo existencial

Paralelamente ao que disciplinam Holmes e Sustain, a “reserva do possível” é uma teoria alemã que avança no campo da percepção econômica dos

²⁰ Tradução livre: “Na prática, os direitos tornam-se mais do que meras declarações apenas se conferirem poder a órgãos cujas decisões são juridicamente vinculativas (como não o fazem os direitos morais anunciados na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, por exemplo). Como regra geral, indivíduos de pouca sorte que não vivem sob um governo capaz de tributar e fornecer garantias efetivas [no sentido de fazer valer judicialmente], não têm direitos legais. A ausência estatal significa falta de direitos. Um direito legal existe na realidade apenas quando e se existirem custos orçamentários.”

recursos do Estado e defende a sua justa escusa em prover direitos fundamentais a prestações positivas, justamente pela limitação fática-orçamentária.

Em resumo, referida teoria condiciona a efetivação dos direitos fundamentais à razoabilidade da pretensão e da disponibilidade de receita. Por conseguinte, é valiosa a lição de que a interpretação da efetivação dos direitos fundamentais não pode ser alheia aos campos econômico e político, ou seja, sua aplicação se deve pautar também por estas diretrizes, devendo ser observadas pelo Poder Executivo. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou nesse sentido:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Relator: Celso de Mello, 2004)

Nas demandas judiciais que versam sobre a obtenção de tratamentos e remédios de alto custo, é comum a alegação genérica da referida teoria pelo Estado como tese defensiva de mérito, sem se explicitar de forma objetiva a indisponibilidade absoluta de recursos para prestá-los, cujo ônus a ele se impõe. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008)

Nesse sentido:

Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais. Tudo está a demonstrar, portanto e como bem recorda Eros Grau, que a assim designada reserva do possível 'não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob 'reserva de cofres cheios' equivaleria, na prática - como diz José Joaquim Gomes Canotilho - a nenhuma vinculação jurídica' (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 193/194)

Entretanto, a teoria é fortemente rechaçada pela doutrina em geral quando em embate com valores constitucionais sensíveis, notadamente em embate com a garantia do mínimo existencial. A principal crítica é no sentido de que o Poder Público não tem a faculdade de escusar-se de oferecer os serviços essenciais e

indispensáveis de saúde sob o pretexto de falta de recursos orçamentários para tanto, uma vez que, constituindo um dever de prestá-lo por meio de políticas públicas, o usuário não pode ter o seu direito fundamental lesado por uma gestão político-administrativa desidiosa. Averbe-se que o orçamento se molda aos direitos fundamentais e não o contrário. (PIOVESAN e VIEIRA, 2006, p. 140)

Consequentemente, Piovesan e Vieira (2006, p. 141) concluem que

Sustenta-se, no presente texto, que a 'reserva do possível' não pode acarretar a ineficácia do direito. Ainda assim, chama atenção o caso concreto, no qual se discutiu a abrangência da cláusula da 'reserva do possível' para o direito à saúde, o que beira uma ousadia indevida. Isso porque, no caso brasileiro, como se ensina, o mínimo essencial dos direitos seria a garantia à saúde e à educação básica, pontos nos quais não se poderia chegar a cogitar de descumprimento 'justificado' da Constituição Federal, por questões de caixa. Com sinceridade à Constituição, tamanha a essencialidade do direito que seria incogitável sua análise concreta à luz de discussões técnico orçamentárias.

Com efeito, a previsão orçamentária engloba tais gastos e a Constituição Federal impõe a alocação de certa parte da receita ao custeio de ações da saúde. A falha de alocação responsável do dinheiro público não deve gerar reflexos negativos ao cidadão, sob pena de causar uma grave omissão constitucional.

3.2 O Poder Judiciário e os medicamentos de alto custo

Demonstrada a impossibilidade de o Poder Público recusar-se a prestar serviços básicos a saúde por força de um mandamento constitucional, e também que ao cidadão lesado é facultado o ingresso judicial para que se faça valer o seu direito subjetivo fundamental, a questão remanescente é o estudo da forma pela qual o Poder Judiciário compele o Poder Público ao cumprimento deste dever fundamental, especialmente em demandas que postulam tratamentos de alto custo.

Barroso (2022, p. 203), assevera que:

Ao contrário do que se passa em outras partes do mundo, a possibilidade de juízes e tribunais condenarem o Poder Público à entrega de prestações positivas tem sido amplamente admitida na prática judiciária brasileira, tendo gerado apoios, críticas e esforços para a definição de parâmetros. A questão é particularmente preocupante no tocante à judicialização da saúde, tema em relação ao qual o próprio Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar.

Por conseguinte, reitera-se que a via judicial pelo qual se visa a obtenção de medicamentos é sempre uma válvula de escape, e que o julgador não possui a mesma capacidade técnica-científica do administrador no que toca ao campo médico²¹, tampouco possui em sua disposição o planejamento dos recursos orçamentários necessários a concretização do direito, cuja falta geralmente funciona como a causa da recusa administrativa pelo remédio ou tratamento. Logo, a sua incumbência é, em teoria, tão somente vincular o Estado-administração à imposição constitucional.

Cumpra esclarecer que, por vezes, o Estado-juiz extrapola a sua função de impedir a omissão constitucional do Poder Executivo, e, indevidamente, se imiscui em questões que não são de sua atribuição, a exemplo de quando determina o meio pelo qual o poder público deverá cumprir (mérito do ato), o que configura claro ativismo judicial. Barroso (2022, p. 160) leciona que “o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”. Destarte, é forçoso concluir que o ativismo judicial se revela quando o juiz, no caso concreto e no exercício da jurisdição, interpreta a lei de forma alheia às atribuições constitucionais²².

De forma estreme de dúvidas, a grande judicialização²³ (considerada até mesmo excessiva) de questões envolvendo a obtenção de comodidades médicas gera a automaticidade das decisões, principalmente quando se envolve tutelas de urgência, cujo deferimento é a regra.

²¹ Barroso (2007, p. 28) entende que “o Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública.”

²² Como exemplo, cumpre mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a prática de homofobia e transfobia ao crime de racismo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (Rel. Ministro Celso de Mello) e no Mandado de Injunção 4.733 (Rel. Ministro Edson Fachin). Malgrado não se discuta a questão da grave e terrível omissão do legislador ordinário, não se pode duvidar, de outro turno, da violação ao Princípio da Legalidade Estrita, como um dos vetores constitucionais do Direito Penal brasileiro (art. 5º, XXXIX da Constituição Federal).

²³ De acordo com o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde (CNJ, [s.d.]), que apresenta dados sobre a quantidade e a movimentação de processos judiciais nos tribunais, os litígios que envolvem a saúde pública se perfazem em incríveis 409,86 mil, neste número incluindo-se feitos suspensos. Enquanto Ministro do STF, Gilmar Mendes (2018, p. 57) destacou que “a existência de número significativo de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde [...] motivou a convocação, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, à época por mim exercida, de Audiência Pública sobre a matéria.”. Barroso (2007, p. 44) elenca algumas críticas à judicialização excessiva, entre as quais a de inviabilizar a justiça social proposta pelas políticas públicas, e anota que “quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.”

Nesta baila, as liminares assumem ímpar relevância, notadamente quando se perfazem *inaudita altera parte*. A falta de contraditório por parte do Poder Público, aliada à imediatidade que o direito à saúde é revestido (caracterizando por si só o *periculum in mora*), e à análise perfunctória e cognição sumária da causa, faz com que o Poder Judiciário defira o fornecimento de medicamentos de alto custo sem que, por vezes, o postulante realmente tenha a necessidade do remédio (cuja eficácia sequer é comprovada) ou não tenha condições materiais de custeá-lo, sob pena de incidência de astreintes.

Sarlet e Figueiredo (2008) elencam outros problemas que circundam a judicialização. Dentre eles, é possível citar a condenação do Estado em medicamentos experimentais e obrigações genéricas (v.g. medicamento futuro que sequer fora descoberto), bem como a pessoalidade inerente ao laudo médico particular cujo subscritor possui relação direta com o beneficiário do comando judicial.

A principal questão a ser levantada é se o fornecimento é devido ainda que o medicamento postulado não conste das listas oficiais (atos normativos) do Sistema Único de Saúde. Vale ressaltar que segundo Sarlet e Figueiredo (2008, p. 204):

Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS, que uniformizam as condutas de tratamento no âmbito do sistema de saúde brasileiro, têm por base o trabalho de profissionais especializados, buscando (pelo menos vale, em princípio, a presunção) acima de tudo, a garantia de eficiência e segurança dos tratamentos e medicamentos indicados, encontrando-se abertos à participação da comunidade científica, a quem é viabilizada a possibilidade de opinar sobre o protocolo em estudo, antes que seja definitivamente aprovado e estabelecido.

Em proêmio, vale trazer à tona que o STJ, em fixou requisitos para o fornecimento de medicamentos que constem nos atos normativos do SUS, consubstanciados o Tema Repetitivo 106:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Relator: Benedito Gonçalves, 2018)

Nessa linha de raciocínio, o STF, por meio do julgamento do Leading Case RE nº 566471 (Tema 6), decidiu que, determinando a regra geral, o Estado não pode ser compelido a custear medicamentos que não estiverem registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), cuja exceção seria abordada quando da fixação da tese, ainda pendente de redação.

Em seu voto a fim de fixar as condições, o Ministro Alexandre de Moraes, em suma, argumentou que, além da hipossuficiência do pleiteante, é necessário que haja laudo médico da confiança do magistrado que ateste a eficácia do medicamento, bem como da certificação do Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC) da inexistência de substituto incorporado pelo SUS, e do atestado, por este órgão, da sua segurança, eficácia e efetividade.

Inevitavelmente, a imposição dos limites supra alinhavados é uma resposta jurisprudencial à tendência brasileira da automaticidade do deferimento de medicamentos de alto custo. Não obstante a necessária criteriosidade a impedir malefícios provenientes de medicamentos duvidosos ou sem comprovação científica, a necessidade de filtros a decisões judiciais parte da premissa de que o Estado não pode garantir aquilo que está além do seu alcance razoável, inclusive no que toca ao sagrado direito à saúde. Logo, a teoria da reserva do possível não pode ser integralmente desconsiderada.

Tal conclusão se deve a fixação do requisito da comprovação da hipossuficiência do pleiteante, na medida em que é preferível que este próprio arque com o custeio de seu medicamento, por sua conta e risco. Ademais, não deve o Poder Público sofrer com a perda financeira oriundas de condenações que beiram à estudos científicos, cujas cobaias são quem os postula²⁴. É de se averbar ainda que, caso o medicamento cause danos ao postulante, haverá a responsabilidade civil estatal.

Destarte, a fixação de requisitos pelo próprio Poder Judiciário, seja no âmbito do STJ e do STF, reflete a necessidade de se coadunar a prestação

²⁴ Cite-se aqui o caso da fosfoetanolamina sintética, substância produzida pela Universidade de São Paulo (USP). As redes sociais propagaram, de forma caluniosa, o fato de que esta substância serviria como a cura do câncer, sugerindo o ingresso ao Poder Judiciário como maneira de sua obtenção. Mais de 10 mil ações foram intentadas contra a autarquia estadual, e muitas dessas tiveram liminares concedidas e pedidos julgados procedentes. Destarte, a urgência e a sensibilidade do direito fazem com que o julgador desconsidere premissas básicas como a comprovação científica da efetividade e segurança do fármaco a ser concedido, e das consequências fáticas e econômicas da decisão. (BUCCI e SEIXAS, 2017)

jurisdicional que compele o Poder Público ao fornecimento de medicamentos de alto custo e o impacto orçamentário dela proveniente aos cofres públicos.

CONCLUSÃO

Desde a previsão dos direitos sociais pelas Cartas Constitucionais, especialmente a Constituição Federal de 1988, muito se perquiriu acerca de sua implementação efetiva no mundo fático por meio das políticas públicas, na medida em que, constituindo-se em prestações positivas do Estado, eventual inação por parte do Poder Público seria objeto de grave omissão inconstitucional.

Nesse linear, a justiciabilidade – como característica inerente aos direitos subjetivos fundamentais, entre eles os sociais – adquire especial importância a fim de o Poder Judiciário compelir o Poder Executivo, em todas as suas esferas, ao cumprimento dos comandos constitucionais que são originariamente de sua competência, como forma de fazer valer a Constituição, e corresponder o seu conteúdo à realidade, como leciona Lowenstein.

Entretanto, como visto, faz-se mister mencionar a lição de que a judicialização excessiva do direito à saúde dilata sobremaneira os deveres do Estado, abarrotando o sistema judiciário e causando efeitos deletérios à promoção da Justiça Social, que é o fim próprio das políticas públicas de promoção dos direitos sociais, como a macrojustiça. Destarte, além de a prestação jurisdicional ser individual (excetuadas as ações coletivas, que não são objeto deste trabalho), na maioria das vezes, o pleiteante judicial não é o sujeito que as políticas públicas almejam alcançar, como expressão da microjustiça. O direito, quando judicializado, torna-se individual e não propriamente social.

Malgrado a judicialização seja uma saída ao cidadão lesado, é possível analisar certa tendência de deferimento de tutelas de urgência em decisões judiciais, pelo fato da urgência que o próprio direito em questão traduz, desconsiderando-se, por vezes, a probabilidade do direito. Como visto, a imposição de limites através de precedentes qualificados pelos próprios tribunais superiores às demandas que envolvem o direito à saúde foi necessária para que se evitasse o fornecimento de medicamentos sem eficácia científica comprovada e, indiretamente, contivesse o

custo das condenações aos cofres públicos, em virtude de os direitos, sobretudo judicializados, constituírem gastos.

É possível concluir que a judicialização da saúde excessiva, como expressão máxima da separação de poderes, pode acarretar danos irreparáveis ao sistema de promoção da justiça social, o que é preconizado pelas políticas públicas dos direitos prestacionais. De igual modo, faz-se necessário que o Poder Judiciário aja com proporcionalidade e razoabilidade, principalmente atentando-se à vedação da proteção insuficiente e proibição do excesso em matéria de direitos subjetivos fundamentais, vez que o comando judicial não deve ficar absolutamente alheio ao cenário socioeconômico de um Estado e sua capacidade financeira.

REFÊRENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais**. Disponível em: Minha Biblioteca, (10th edição). Editora Saraiva, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos Parâmetros para a Atuação Judicial**. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BITTAR, Eduardo Carlos B. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**, 5ª edição. Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597007947. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007947/>. Acesso em: 05 mai. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto Nº 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental n. 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29 de abril de 2004.

Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema Repetitivo 106**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 25 de abril de 2018. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106

BUCCI, Maria Paula Dallari; SEIXAS, Duarte Clarice. **Judicialização da saúde**. Editora Saraiva, 2017. E-book. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>. Acesso em: 17 mai. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. **Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil**. Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553602377. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>. Acesso em: 04 mai. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde**. Disponível em:
<<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,cursel>>. Acesso em: 3 maio. 2023.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass; **The Cost of Rights: Why liberty depend on Taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530994198. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994198/>. Acesso em: 09 mai. 2023.

KONRAD, Hesse. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LENZA, Pedro. **Esquematizado - Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553621596. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621596/>. Acesso em: 05 mai. 2023.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 1973. Disponível em:
<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2677632&forceview=1>. Acesso em: 09 mai. 2023.

MENDES, Gilmar F. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553605330. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553605330/>. Acesso em: 05 mai. 2023.

NASCIMENTO, Luane S. **Direito à Saúde: a limitação do intervencionismo judicial**. (Coleção Universidade Católica de Brasília). Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023.

PIOVESAN, Flávia. *In*: CANOTILHO, José Joaquim G.; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; BARCHA, Érica Paula. **Direitos fundamentais sociais**. Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502629639. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629639/>. Acesso em: 15 mai. 2023.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Paulo Stanziola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. 2006. *In*: *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/282/28281509.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21 - março/abril/maio 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=629>.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filtchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. *In*: *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Ano 1 - n. 1 jul/dez. 2008, p. 184. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *In*: LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. **Democracia e Direitos Fundamentais**. Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597006575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006575/>. Acesso em: 15 mai. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. *In*: *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 2, p. 115–141, 19 jul. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.