

O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO NAS DEMANDAS PELO DIREITO À SAÚDE

BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM IN DEMANDS FOR THE RIGHT TO HEALTH

Alessandra Matos¹
Érika Rubião Luchesi²

RESUMO

O direito à saúde tem sido objeto de intensa judicialização no Brasil, com um número crescentedeações a cada ano nas quais se busca desde o fornecimento de medicamentos até tratamentos experimentais a serem realizados no exterior. O tema tem gerado debates acerca do alcance deste direito fundamental e suas repercussões no orçamento da Administração Pública e nas políticas públicas voltadas à atenção à saúde. O presente trabalho faz uma breve análise dos temas de maior destaque no debate acerca do ativismo judicial no que se refere ao direito à saúde, mediante análise da jurisprudência das cortes superiores nas últimas décadas e da divergência doutrinária quanto ao tema.

Palavras-Chave: Direito à Saúde; Judicialização; Jurisprudência.

ABSTRACT

The right to health has been the object of intense court action in Brazil, with a growing numberof lawsuits each year in which it seeksince the supply of medicinesuntil experimental treatmentsto be performed abroad. The theme has generated debates about the rangethis fundamental rightand its repercussionsin the budget of Public Administrationand public policiesgeared to health care. The present workmakes a brief analysisthe most prominent themesin the debate aboutjudicial activismin what refers to the right to healththrough analysisithe jurisprudence of the courts abovein the last decadesand doctrinal disagreement regarding the theme

Keywords: Right to Health; Judicialization; Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise do ativismo judicial, em especial no campo da saúde, buscando por meio de um levantamento histórico, apresentar a evolução deste fenômeno no judiciário brasileiro.

¹ Graduanda em Direito na Universidade de Ribeirão Preto. Email: alessandrammatos@yahoo.com.br

² Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, Doutoranda em Serviço Social pela UNESP, campus Franca, docente do curso de Direito da Faculdade de Direito “*Laudo de Camargo*”, da Universidade de Ribeirão Preto. Email: erikarubiao@uol.com.br

Muito mais do que apresentar os conflitos surgidos com tal ativismo numa perspectiva da separação dos poderes, tem-se por objeto o estudo do impacto que esta dinâmica tem provocado na gestão das políticas públicas e suas implicações para a coletividade.

Se por um lado o direito individual à saúde deve ser resguardado, da mesma forma o direito de acesso de toda a coletividade à saúde também necessita de proteção.

A controvérsia engloba, portanto, questões muito abrangentes. Há que se levar em conta o princípio constitucional da inafastabilidade do acesso jurisdicional, e da mesma forma a inquestionável limitação orçamentária disponível à Administração Pública para a aplicação no atendimento às demandas da saúde.

Nesse conflito deparamo-nos ao mesmo tempo com as necessidades infinitas dos cidadãos e os recursos finitos colocados à disposição da Administração Pública.

Via de regra as demandas levadas ao judiciário se justificam pela negativa na esfera administrativa. Entretanto em muitos casos o que o demandante busca é a autorização para fazer uso de medicamentos não previstos na lista aprovada pela autarquia federal responsável, ou ainda de tratamentos não inclusos em protocolos médicos adotados pela rede pública de saúde, os quais, no mais das vezes estão ainda em caráter experimental.

Neste cenário o judiciário tem recebido de um lado severas críticas sob o argumento de estar violando o princípio da separação dos poderes, em razão da interferência nas políticas públicas sob responsabilidade do executivo, uma vez que esta interferência pode acarretar grave lesão às finanças e programas voltados à saúde pública, bem como de outra forma muitos são os defensores do ativismo judicial.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A evolução histórica da jurisprudência nas cortes superiores

Nos anos de 1990 as primeiras ações em que se pleiteava o direito à saúde começaram a chegar ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, fruto das inovações de cunho social e assistencialista emanadas da Constituição Federal de 1988.

Em razão da elevada demanda pelo fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, vagas em unidades de tratamento intensivo, contratação de servidores de saúde, realização de cirurgias, custeio de tratamentos fora do domicílio ou ainda no exterior, o Supremo Tribunal Federal convocou uma Audiência Pública em 2009.

A audiência foi realizada em abril daquele mesmo ano e teve por objetivo ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, para que pudessem esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como:

- a) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- b) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
- c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
- f) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Consequência direta desta audiência foi a edição da Recomendação N° 31 pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2010, na qual, dentre outros, recomenda que os Tribunais de Justiça celebrem convênios pelos quais possam obter apoio técnico de médicos e farmacêuticos para a melhor apreciação dos quadros clínicos e das peculiaridades dos casos em julgamento por seus magistrados, além de evitar autorizar a concessão de medicamentos não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

Ainda no ano de 2010, a Resolução N° 107 do Conselho Nacional de Justiça, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos litígios.

Otávio Balestra Neto, em uma análise da evolução jurisprudencial dos dois principais tribunais do país referentes às demandas na área da saúde, esclarece ser possível apontar ao menos três fases distintas neste período.

Segundo o autor, na primeira delas, iniciada na década de 1990, o entendimento majoritário é pela impossibilidade de atendimento estatal das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, a fim de se evitar a interferência do judiciário na gestão das políticas públicas, cujo exemplo marcante foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança 6564/RS:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. Direito líquido e certo, para efeito de concessão de segurança, e aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua, ao impetrante, um direito subjetivo próprio. **Normas constitucionais meramente programáticas - ad exemplum, o direito a 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 da 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 afirmam os constitucionalistas, “na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador 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.** Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante.” (STJ, RMS 6564/RS, primeira turma, rel. min. Demócrito Reinaldo, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448)”.

A fase seguinte ocorreu nos anos 2000, na qual há uma marcante alteração do entendimento com o reconhecimento do princípio da dignidade humana, fundada no mínimo existencial, tendo em vista a essencialidade do direito à saúde como direito básico da pessoa humana, e cujo entendimento é reconhecido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS:

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - **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. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da**

organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. ” (STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101)”.

Aponta o autor que a terceira fase, se deu em meados da década de 2000, época em que começa a ocorrer uma análise mais aprofundada dos pedidos, com base em questões de ordem técnica em que a dignidade da pessoa humana deixa de ser o eixo principal, bem como os argumentos que se restringem às discussões sobre a eficácia de normas constitucionais. O Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada Nº 175/CE é considerado um marco das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da ponderação entre a infinidade das demandas dos cidadãos e os recursos e a organização do Sistema Único de Saúde.

“EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos poderes. **Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas.** Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento. ”

Em 2014 o Conselho Nacional de Justiça promoveu a I Jornada Nacional de Direito da Saúde, na qual foram aprovados 45 enunciados sobre o tema. Em 2015 foi realizada a II Jornada Nacional da Saúde para dar continuidade aos debates sobre os problemas inerentes à judicialização da saúde.

As jornadas de saúde promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça fazem parte das ações do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, criado em 2010 para o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde, em decorrência do elevado número e da

ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como do forte impacto dos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos.

Analisando os Enunciados podemos destacar algumas considerações relevantes para o tema aqui abordado, senão vejamos:

Enunciado Nº 8: estabelece que nas ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem ser observadas as normas previstas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária não devendo ser imposto aos entes federados o provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

Enunciado Nº 11: determina que nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas seja o demandante encaminhado aos serviços ou programas já existentes no Sistema Único de Saúde.

Enunciado Nº 13: dispõe que nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, seja o gestor do Sistema Único de Saúde ouvido previamente com vistas identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

Enunciado Nº 16: estabelece que o autor da demanda que visa acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

Em abril deste ano de 2018, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu o julgamento do recurso repetitivo sob o número 106, relatado pelo ministro Benedito Gonçalves, no qual restaram fixados requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde.

Os requisitos que devem estar cumulativamente presentes são:

- 1 - 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;
- 2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito;

3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

No julgamento, o Superior Tribunal de Justiça modulou os efeitos da decisão para considerar que os critérios e requisitos estipulados somente poderão ser exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do referido julgamento.

Por todo o exposto, possível perceber que o debate acerca das demandas judiciais por serviços de saúde ainda está em franco desenvolvimento, sendo necessária a avaliação periódica das decisões, bem como das consequências para todo o ordenamento jurídico nacional.

2.2 O direito à saúde

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, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

Dispõe o art. 197 da Constituição Federal que 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.

Desta feita, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal.

No entanto, o dispositivo tem caráter de norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, apresenta aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, não possuindo o condão de produzir todos os seus efeitos, senão mediante lei integrativa infraconstitucional que lhes devolva a eficácia, permitindo o exercício do direito consagrado.

Este dispositivo em especial é uma espécie de norma de eficácia limitada declaratória de princípios programáticos, pelo qual se veicula programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais.

Em outras palavras, a norma está positivada na forma de norma programática. As normas programáticas são comandos gerais que não regulam diretamente interesses ou

direitos nela consagrados mas limitam-se a traçar preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público.

Entretanto, é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o caráter de norma programática não pode obstar a prestação dos serviços de saúde aos cidadãos, consoante estampado na decisão a seguir:

“Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, **embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos**. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo. [AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, *DJE* de 16-8-2012]”.

Insta ainda observar a questão do respeito ao direito individual à saúde em face do direito de toda a coletividade à saúde. A norma programática estampada na constituição confere ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de medicamentos, tratamentos ou intervenções cirúrgicas, entre outros. Ocorre que muitas vezes os medicamentos ou tratamentos reclamados são de alto-custo ou não previstos pelos protocolos de saúde pública implementadas no país.

É justamente neste ponto que tem início o debate acerca do direito subjetivo atendido pelo judiciário ante o ajuizamento de ações individuais em detrimento de outros cidadãos que, igualmente necessitados, deixam de ter acesso aos recursos anteriormente disponíveis.

As imposições do atendimento das demandas individuais provocam o redirecionamento dos recursos destinados pelo Poder Público para o atendimento universal e igualitário aos serviços de saúde de toda uma população, uma vez que desaparecem das unidades de atendimento os medicamentos implementados pelos programas de assistência à saúde elaborados pela administração pública.

2.3 A separação dos Poderes

A separação dos poderes é prevista pela atual Constituição Federal em seu art. 2º, pelo qual estão previstos os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Essa divisão consiste em um critério de caráter funcional pelo qual é possível a distinção das funções estatais entre os três poderes, aos quais devem ser atribuídas de maneira exclusiva o desempenho de cada atividade com as devidas prerrogativas e imunidades pelas quais possam exercê-las mediante o controle recíproco.

Em nosso sistema de separação, os poderes não se confundem nem se subordinam uns aos outros, mas se harmonizam, cada qual realizando suas funções constitucionais numa recíproca cooperação institucional, buscando-se assim o equilíbrio por meio da técnica conhecida como “freios e contrapesos”.

Ante a previsão constitucional resta claro que não haveria a possibilidade da interferência do Poder Judiciário na autorização do fornecimento de medicamento ou de tratamentos se os órgãos governamentais específicos responsáveis pela implementação e distribuição dos serviços públicos de saúde estão à cargo do Poder Executivo, que por meio da Administração Pública setORIZADA pelos diferentes entes da federação realiza o atendimento das demandas públicas de atenção à saúde.

A interferência do judiciário na gestão dos recursos disponíveis para a elaboração e aplicação das políticas públicas compromete a atuação do gestor público que tem invadida uma de suas prerrogativas. Os custos decorrentes das intervenções judiciais causam impacto direto na aplicação dos recursos disponíveis e geram a necessidade da revisão da alocação destes recursos pelos diferentes órgãos que compõem a rede pública de saúde.

Nas palavras de Di Pietro esta interferência não seria cabível:

“Rigorosamente, diante da distribuição constitucional de competências entre os três Poderes do Estado, pode-se afirmar que as políticas públicas são definidas pelo legislador e executadas pelo Executivo. Nenhuma atribuição é outorgada ao Poder Judiciário para a definição ou implementação de políticas públicas, sendo o seu papel o de controlador da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos pertinentes às políticas públicas, inclusive no que diz respeito às omissões antijurídicas.No entanto, o Judiciário vem, direta ou indiretamente, interferindo nas políticas públicas definidas pelos poderes competentes. Parte da doutrina defende essa possibilidade, colocando em xeque a forma de aplicação do princípio tradicional da separação de poderes”.

No entanto, parte da doutrina defende a ideia de que com o advento da Constituição Federal de 1988 não é necessário ao Poder Judiciário esperar a produção legislativa para buscar a efetivação dos direitos sociais, pois a própria constituição prevê direitos que garantem a tutela judicial efetiva e os meios de intervenção judicial para assegurar a eficácia desses direitos, a exemplo do mandado de segurança, do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

É certo que o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, não sendo possível se abster da prestação dos serviços essenciais à saúde sob o argumento de insuficiência de recursos orçamentários quando, no mais das vezes, o problema se encontra na gestão dos

recursos públicos que não podem servir de justificativa para a negativa de acesso aos cidadãos de um direito fundamental previsto constitucionalmente.

As normas constitucionais revestem-se de um caráter de imperatividade cabendo aos três poderes da República tornarem efetivos os preceitos ali delineados. Uma vez previsto constitucionalmente, um direito fundamental se torna exigível e é exatamente nesse ponto que o judiciário deve intervir para proporcionar sua efetivação.

Para tanto deve-se utilizar a ponderação entre os valores e os princípios constitucionalmente protegidos e os limites que se apresentam a essa efetividade, cuja base será o patamar o mínimo existencial de qualquer pessoa, assim entendido como as condições elementares de educação, saúde e renda.

Desta forma, podemos concluir que o Poder Judiciário possui importante papel na busca pela concretização dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, proporcionando a implementação da efetividade das normas constitucionais, ocorrendo assim, a consagração da importante figura do ativismo judicial.

2.4 A Reserva do possível

O direito à saúde é um dos direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

“Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”.

Pode-se considerar a reserva do possível como a teoria que fundamenta o obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais em razão da limitação do Estado em dispor de recursos financeiros suficientes para implementá-los, ficando desta forma, a realização dos direitos sociais condicionada aos recursos disponíveis.

Em outras palavras, pelo chamado princípio da reserva do possível os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que os recursos públicos disponíveis o permitam.

Para a implementação dos direitos sociais o Poder Público se vale das políticas públicas, mediante a destinação do orçamento público para determinados fins. Entretanto, na elaboração e execução destas políticas a Administração Pública se depara com a limitação

financeira do Estado que não possui condições financeiras de garantir integralmente todos os direitos fundamentais sociais.

É neste ponto que a reserva do possível ganha contornos, pois cabe ao Estado fazer escolhas e estabelecer as prioridades e os critérios a serem seguidos, para a efetiva implementação das políticas públicas.

Esse poder de escolha do Estado é denominado poder discricionário, por meio do qual a Administração Pública tem a liberdade de escolher, por meio da oportunidade e conveniência, a medida que mais convenha ao interesse público.

Para Di Pietro seria uma utopia pensar que o Estado possui condições de cumprir todas as metas constitucionais e satisfazer a todos os direitos constitucionalmente previstos, senão vejamos:

“Daí a necessidade e importância das políticas públicas: dentre tantas metas postas pela Constituição, as políticas públicas definem as que devem ser atendidas prioritariamente. O cumprimento das metas exige planejamento e recursos orçamentários; estes são finitos; não existem em montante suficiente para atender a todas as aspirações individuais e a satisfazer a todos os direitos sociais”.

No entanto, a reserva do possível não pode se tornar um obstáculo à efetivação dos direitos a ser utilizada indiscriminadamente pelo Estado como forma de se abster de suas obrigações.

Deve o Estado comprovar a limitação de seus recursos sob pena do princípio da reserva do possível ser invocado sempre que se pretenda afastar ou negligenciar a aplicação do orçamento na garantia do direito à saúde.

Embora a limitação orçamentária seja uma realidade, ao se tratar de um direito fundamental, e em não havendo real impossibilidade objetiva demonstrada, a omissão administrativa não pode se valer da alegação genérica da reserva do possível.

Por esta razão não vem sendo aceita a teoria da reserva do possível como tese defensiva do Poder Público quando alegadas sem a efetiva comprovação de ausência de recursos.

Nesse sentido é a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 45:

“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. Não se mostrará lícito, no entanto, 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. **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 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”.**

Desta feita, o entendimento é de que, em se tratando de garantia dos direitos fundamentais sociais, cabe ao Judiciário intervir sem que se possa alegar que esteja ocorrendo a invasão do Judiciário na seara administrativa, pois estaria apenas cumprindo o controle judicial ante o descumprimento de preceito legal.

2.5 O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde

Há no artigo 196 da Constituição Federal a garantia do direito à saúde. No entanto, o mesmo dispositivo traz em seu bojo que esse direito será efetivado por meio de políticas sociais e econômicas de competência dos órgãos responsáveis pela elaboração e implementação de políticas públicas, não havendo previsão de que deva ser realizado por meio de decisões judiciais.

Neste sentido o questionamento pertinente sobre o tema se refere aos limites da atuação judiciária, fundado na omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, na medida em que ante a ausência de lei ou da ação administrativa, deve o judiciário agir.

Ademais, há que se considerar ainda se seria possível o judiciário agir mesmo naquelas hipóteses em que o serviço está à disposição da população, porém de maneira insuficiente ou ineficaz, não consubstanciando o efetivo direito previsto.

Haja vista existirem no ordenamento jurídico brasileiro medidas pelas quais seja possível a busca pela efetividade dos direitos previstos diante de omissão do poder público em tornar efetiva uma norma constitucional, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, uma vez provocado, não pode o Poder Judiciário abster-se.

Em face de uma situação concreta cuja efetividade depende da prestação estatal, deve o judiciário intervir para garantir ao interessado o direito reclamado ante a omissão, reconhecida como uma verdadeira síndrome de inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada.

Não podemos perder de vista o impacto que a denominada “judicialização da saúde” tem causado nos orçamentos públicos e suas consequências para o Poder Executivo, uma vez que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas gera impactos diretos e significativos na gestão do orçamento sob responsabilidade da Administração Pública.

Argumento frequentemente utilizado pela Administração Pública é a questão da reserva do possível. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, in Barroso:

“A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes”.

Ocorre que em determinadas situações o apelo ao judiciário para a concretização do direito à saúde é necessário, restando imprescindível o ativismo judicial ao passo que a Administração Pública não consegue efetivamente oferecer prestações de saúde.

Tal interferência traz à tona o debate sobre temas importantes como os limites do ativismo judicial no Brasil e o princípio constitucional da separação dos poderes; o direito à saúde constitucionalmente assegurado; a gestão do orçamento público sob responsabilidade da Administração Pública; tudo pautado no princípio da inafastabilidade jurisdicional, estampado no artigo 5º da Constituição Federal, tornando cada vez mais acirradas as declarações tanto favoráveis quanto desfavoráveis ao ativismo do judiciário.

Uma das maiores críticas ao ativismo judicial nesta seara da saúde diz respeito à consequência imediata ao impacto nos recursos públicos ante a imposição de uma decisão judicial determinando a entrega de determinado medicamento ou tratamento de custo elevado, a serem realizados até mesmo no exterior.

O desvio na alocação dos recursos destinados a saúde quase sempre retira de um paciente acompanhado pela rede pública e destinatário de determinado medicamento de uso contínuo ou tratamento regular, a regularidade na entrega dos medicamentos ou tratamentos em andamento para entregar a um só indivíduo favorecido com uma decisão judicial favorável.

Embora esteja agindo com vistas a minimizar as deficiências nas ações de atenção à saúde, o número elevado de decisões desfavoráveis ao poder público pelas quais são autorizados o custeio de medicamentos ou tratamentos até mesmo experimentais ou alternativos, cujos resultados são ainda duvidosos, acaba por acarretar um desequilíbrio nas contas públicas que se vê obrigada a dispendir gastos imprevisíveis.

Exatamente este o entendimento nas palavras de Di Pietro, senão vejamos:

“Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo. O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender a outros objetivos. Por exemplo, a construção de hospitais ou postos de saúde (que podem atender ao mínimo existencial de toda uma coletividade) pode ficar frustrada pela necessidade de dar cumprimento às decisões judiciais proferidas em casos concretos. Como se verifica, corrige-se, parcialmente, uma omissão do Poder Público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz um mal maior para a coletividade, que fica privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. Por outras palavras, garante-se o direito a uma parcela da população, porém afronta-se o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) o cumprimento de políticas públicas”.

Fator importante ainda a ser analisado diz respeito a ausência de conhecimento técnico por parte dos juízes que se valem de laudos médicos, no mais das vezes produzidos unilateralmente. Não dispõe o juiz, de todos os parâmetros necessários para a avaliação do caso em concreto, diferentemente da administração pública que oferece serviços de saúde embasados em estudos previamente elaborados com capacidade para atender toda uma coletividade.

Quando se trata do fornecimento de medicamentos ou acesso a tratamentos não previstos pela Anvisa essa interferência se faz ainda mais problemática, na medida em que não existem estudos técnicos acerca das substâncias e das técnicas empregadas na execução dos tratamentos.

Antes de serem disponibilizados à população, os medicamentos e tratamentos são analisados previamente pelos órgãos responsáveis, ligados ao Ministério da Saúde, que então formulam as listas de medicamentos e tratamentos a serem disponibilizados na rede pública,

na qual se encontram aquelas opções que se mostraram mais adequadas ao atendimento de toda uma coletividade, mediante a elaboração de programas e protocolos de aplicação geral.

Desta forma, a concessão do fornecimento de medicamentos ou tratamentos experimentais, seja no próprio território nacional ou ainda no estrangeiro pode ter como consequência o oposto do que pretendido com a prestação jurisdicional, restando muitas vezes agravado o problema, quando não, podendo até resultar na antecipação da morte que se pretendia evitar.

Podemos concluir que, embora seja garantido o direito de acesso a rede pública de saúde a todo cidadão, este acesso não deve se dar de forma irrestrita, tendo em vista que o Estado não pode ser responsável pelo provimento de todo e qualquer medicamento ou tratamento de saúde sem a adequada observância de normas básicas de organização e estruturação como um todo.

O debate acerca do ativismo judicial definitivamente está longe de ser encerrado. Tanto aqueles que possuem um posicionamento favorável quanto os que se mostram desfavoráveis à interferência do Poder judiciário nas políticas públicas de saúde, sob a responsabilidade constitucionalmente reservada aos Poderes Legislativo e Executivo, apresentam uma infinidade de questões que ainda necessitam de debate dentro e fora dos poderes, pois o direito que se discute é indubitavelmente importante e envolve um dos maiores valores resguardados pelo ordenamento jurídico, qual seja, o direito à saúde e consequentemente, o direito à vida..

3. CONCLUSÃO

O direito à saúde, fundamental ante a previsão estampada no artigo 196 da Constituição Federal, vem tomando cada vez maior relevo no cenário jurídico nacional em razão do crescente número de ações ajuizadas por cidadãos que buscam obter, por intermédio do judiciário, o acesso à medicamentos, tratamentos, internações e intervenções cirúrgicas cujo acessos são negados ou dificultados pelo poder público.

O crescente aumento no número de demandas judiciais desta natureza tem levado o Poder Judiciário a interferir sobremaneira na execução de políticas públicas voltadas à saúde em razão das vultuosas condenações.

Cabe ao Poder Público, em todos os níveis da federação, formular e implementar as políticas sociais e econômicas necessárias a garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Entretanto, o caráter programático previsto no artigo 196 da Constituição Federal não pode se tornar um obstáculo ao direito ali esculpido, cabendo ao Poder Público dar efetividade e aplicabilidade eficiente ao preceito constitucional.

Não podemos perder de vista o impacto que a denominada “judicialização da saúde” tem causado nos orçamentos públicos e suas consequências para o Poder Executivo, uma vez que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas gera impactos diretos e significativos na gestão do orçamento sob responsabilidade da Administração Pública.

Desta forma, podemos considerar que em certa medida ocorre a violação ao princípio da separação dos poderes, em razão da interferência judiciária nas políticas públicas sob a responsabilidade do Poder Executivo. Esta interferência pode acarretar grave lesão às finanças e saúde públicas afetando o ponto de equilíbrio existente entre as infinitas demandas dos usuários e a finitas possibilidades para a sua execução.

No entanto, resta claro que o Poder Judiciário possui importante papel na busca pela concretização dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, proporcionando a implementação da efetividade das normas constitucionais, ocorrendo assim, a consagração da importante figura do ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. — 5. ed. atual. Até a EC 90/2015. — Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção esquematizado®).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NETO. Otávio Balestra. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade.** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>> Acesso em: 26 mai. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/saude-e-meio-ambiente/21238-assistencia-a-saude-res-resolucao-107>> Acesso em: 26 mai. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf> Acesso em: 26 mai. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude> Acesso em: 27 mai. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf> Acesso em: 27 mai. 2018.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 25 mai. 2018.

Submissão: 13.06.2018

Aprovação: 01.12.2018