

## JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE (ATIVISMO OU CORREÇÃO JUDICIAL)

Fabio Henrique Scaff<sup>1</sup>

Raquel Domingues do Amaral<sup>2</sup>

Os chamados direitos sociais são aqueles vinculados à igualdade. Tem como objetivo ultrapassar a noção de igualdade meramente formal preconizada pela postura liberal por intermédio da afirmação da igualdade real. Tem origem nas questões sociais típicas dos países industrializados europeus após a revolução industrial.

O empobrecimento de grandes massas de população, principalmente nas concentrações urbanas, determinou a necessidade de intervenção estatal com o objetivo de diminuir os graves desajustes sociais que ameaçavam a própria estabilidade do regime capitalista<sup>3</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a consolidação do denominado Estado Constitucional, a Constituição teve status de norma jurídica, deixando no passado sua feição de documento político, no qual as normas tidas como

---

<sup>1</sup> Advogado em São Paulo

<sup>2</sup> Juíza Federal – TRF3

<sup>3</sup> Miranda, Alessandro Santos de, “Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais, editora LTr, pág. 53.

programáticas, dependiam de elucidação por parte dos demais poderes<sup>4</sup>.

Com a redemocratização, grande parte dos países europeus, criou um Tribunal Constitucional e um controle de constitucionalidade das leis. Neste sentido, suas Constituições passaram a normatizar, no lugar das leis, o centro do ordenamento jurídico, e, ato contínuo, a supremacia do parlamento é enfraquecida, situação existente nos Estados Unidos desde o início do século XIX<sup>5</sup>.

Neste contexto, com a crescente autonomia gerada pelo Estado Democrático de Direito<sup>6</sup>, vários aspectos sociais precisaram ser rediscutidos em âmbito judicial. E aí, reside o problema, isto é, como ponderar o limite discricionário que o Poder Judiciário pode utilizar para definir determinada questão? A partir do momento em que princípios são costumeiramente fracionados gerando sua infinidade, como manter a integridade da Constituição, além da separação e harmonia entre poderes?

---

<sup>4</sup> Como já dito, com a redemocratização após a segunda grande Guerra mundial, as cartas políticas tiveram papel marcante, sendo que no Brasil, após a Constituição Federal de 1988, ocorre a mudança do Estado autoritário para o denominado Estado Democrático de Direito, Estado este garantidor da concretização de direitos principiológicos, dentre eles, os denominados sobre-princípios como igualdade, justiça e dignidade da pessoa humana, diretrizes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

<sup>5</sup> Evolução da jurisprudência da Suprema Corte Americana desde sua natureza conservadora, evoluindo para seus julgamentos progressistas referentes a direitos fundamentais – Neste sentido:

(1) *Marbury v. Madison*, primeira vez em que a Corte americana exerceu o controle de constitucionalidade. E, ainda, acrescentou que tal ato baseava-se na supremacia da Constituição, por isso será nula a lei que contrair a Carta Magna. Por fim, conferiu ao Poder Judiciário o papel de interprete final da Constituição;

(2) Sob a presidência de Warren (1953-1969) e durante os primeiros anos da Corte Burger (até 1973) a Corte publicou uma série de julgamentos progressistas referentes a direitos fundamentais, principalmente em questões envolvendo segregação racial.

<sup>6</sup> Nesse sentido: “A “moralidade” do direito moderno, bem como a sua “racionalidade” e “autonomia”, não resultariam apenas do fato de ter-se verificado a positivação de exigências morais de racionalização nas Constituições, mas também – e principalmente – da circunstância de haverem sido instituídos procedimentos para a (auto) regulação e (auto) controle da fundamentação do direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade. A fundamentação moral e política dos princípios jurídicos, isto é, a legitimidade do direito, e a sua “procedimentalização”, acham-se intimamente relacionados, já que os valores legitimadores do mesmo não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas normas, mas sim nos procedimentos, que fundamentam algum de seus possíveis conteúdos.” Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria política do direito*. 2 ed., São Paulo: RT: 2013, p. 171.

Por outro lado, nosso Judiciário é obrigado a interpretar o ordenamento jurídico infra-constitucional em conformidade com a Constituição. Essa obrigação, gera constantemente decisões principiológicas, que por sua vez acarretam em postura ativa, interpretativa e inovadora.

Toda a problemática decorrente da desigualdade social, acaba por exigir dos poderes constituídos uma postura de implementação de políticas públicas que garantam o denominado mínimo necessário. Neste sentido, em nosso modelo constitucional, onde o primado da lei é elevado há elemento fundamental do Estado - “Estado Democrático de Direito” - a obrigação do legislador em legislar gera sérios problemas quando não é efetivado, haja vista que os problemas sociais não normatizados, fatalmente serão colocados frente ao Poder Judiciário para que este garanta o direito social não legislado.

Como observa Miranda, “É por esta razão que a eliminação das desigualdades segue sendo uma tarefa irrenunciável, em primeiro lugar, por razões de coerência entre o ideal de igualdade e a idéia mesma da democracia. Em segundo lugar, pelo descobrimento da igual dignidade das pessoas, apesar das desigualdades físicas e psicológicas. Esta desigualdade material é a que vai garantir a cada indivíduo o desfrute da renda mínima, de uma moradia digna, do emprego, da assistência sanitária, da educação básica e do apoio em momentos de dificuldade<sup>7</sup>.”

Alexy em sua prestigiada obra Teoria dos Direitos Fundamentais enfatiza que “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação,

---

<sup>7</sup> Miranda, Alessandro Santos de, “Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais, editora LTr, pág. 55.

quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”<sup>8</sup>.

A situação da falta de norma que garanta a igualdade almejada pelos ditos direitos sociais é questão atual que exige do Judiciário um posicionamento normatizador, o Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup> já se posicionou no sentido de que a Constituição Federal determina e impõe o dever estatal de implementar políticas públicas que viabilizem o acesso dos jurisdicionados ao sistema de saúde, quer seja na prevenção ou no tratamento de doenças (fornecimento de medicamentos, acesso a serviços médico e hospitalar etc...)<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Alexy, Robert, “Teoria dos Direitos Fundamentais” (tradução de Virgílio Afonso da Silva), pág. 499. 2 edição, Editora Malheiros.

<sup>9</sup> 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 de 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. (STA 175)

<sup>10</sup> ADPF 45 – (...) “*Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional*” (...)

(...) *É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.*

*Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei*

Contudo, o alargamento dos limites do controle judicial sobre a atividade política no Brasil tem provocado grande insegurança jurídica.

A postura adotada por nossas Cortes Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de modificar leis criando novos direitos, ou seja, agindo ativamente da maneira que entende conveniente – “ativismo judicial”, tem gerado acirrados debates e críticas daqueles que entendem ilegítima a interferência das Cortes Superiores nas atividades de competência privativa do Poder Legislativo.

A jurisprudência do STF, no decorrer das décadas anteriores à sua nova postura ativista, quando instado a se manifestar sobre questões *interna corporis* ou em temas de natureza eminentemente política, entendia que estes assuntos não poderiam ser analisados pela Corte, em respeito, dentre outros, ao princípio da separação dos poderes, princípio este alçado a patamar de cláusula pétrea por nosso legislador constituinte<sup>11</sup>.

Deste modo, os assuntos de competência do Poder Legislativo, eram deliberados, decididos e, caso houvesse consenso, conveniência e oportunidade parlamentar, votados no momento oportuno, seguindo assim o regimento interno da Casa Legislativa, sem qualquer interferência do Poder Judiciário.

Entretanto, como dito, a postura do STF mudou, sendo que algumas decisões pinçadas neste artigo podem ser elencados como clássicas situações de ativismo judicial.

---

*Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).(...*

<sup>11</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes;

Podemos identificar essa situação na Reclamação 4335, tendo em vista que nas decisões dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, pretendeu-se criar uma mutação constitucional, atropelando o último limite à validade da mutação que é o texto constitucional.

Como bem explicado pelos professores Nelson Nery Júnior e Georges Abboud; “quando existe congruência entre o texto constitucional e a realidade, duas hipóteses se apresentam. A primeira consiste na circunstância de a realidade seguir a norma, configurando a validade normal do direito constitucional. A segunda consiste no fato de a norma seguir a realidade, configurando reforma da Constituição<sup>12</sup>.

Na citada reclamação 4335 os votos proferidos pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes lesaram diretamente a Constituição vigente, isto é, fizeram tábula rasa do artigo 52, X<sup>13</sup>, pois foi decidido que a Resolução do Senado da República não teria a prerrogativa de suspender a eficácia da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, passando apenas a conferir publicidade ao acórdão do STF.

Esta decisão que ainda não foi analisada pelo pleno do STF, inovou completamente a interpretação do artigo 52, X do texto constitucional, ignorando competência que é privativa do Senado Federal.

---

<sup>12</sup> ABBoud, Georges.; NERY JUNIOR, Nelson, *Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de ninguém*. In: Freddie Didier Jr; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos; Wilson Levy. (Org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1ed.Salvador: Juspodium, 2013, v. 1, p. 525-546.

<sup>13</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Trata-se de ato típico do Poder Legislativo, sendo que, caso o STF deseje afastá-lo por entendê-lo incongruente com a realidade constitucional, só poderá fazê-lo respeitando o devido processo legal, que no caso citado, seria através do controle abstrato.

Nosso texto constitucional não autoriza o STF, em sede de controle concreto, a expulsar, alterar ou mutilar lei que entende inconstitucional, podendo por sua vez, deixar de aplicá-la na solução da lide.

Este julgamento ilustra o objetivo crítico deste trabalho que será analisar os limites da discricionariedade que possui o Poder Judiciário, tanto na chamada judicialização da política, como no denominado ativismo judicial, principalmente com enfoque na implementação de políticas públicas direcionadas à saúde.

Dentre outros casos que podemos citar como ativismo judicial, temos o Agravo de Instrumento n.º 374011 (Informativo STF/365), decisão na qual a Ministra Ellen Gracie impediu que a parte desistisse de seu recurso sob a alegação de interesse público no julgamento do caso; Mandado de Segurança n.º 26602 e 26603 que versava sobre a perda do mandato eletivo por desfiliação partidária; Mandado de Injunção n.º 788, em que foi requerido o direito a aposentadoria especial com base no art. 40 § 4º da CF/88; ADPF 45/DF, que tratava sobre questão de fornecimento de medicamentos pelo Estado; ADPF 132, fez interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando procedência à ação, atribuindo, inclusive, efeito vinculante. Neste último caso, o STF fez algo

inusitado: interpretou a Constituição em conformidade com o Código Civil.

A postura ativista a tempo foi expressamente reconhecida pelo STF. Em discurso proferido na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte em 23/04/2008, o Ministro Celso de Melo, expressou que:

*“Nem<sup>14</sup> se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (...) De outro lado, Senhor Presidente, a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os*

---

<sup>14</sup>Artigos e Discursos -Quarta-feira, 23 de abril de 2008 -Discurso do Ministro Celso de Mello na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na Presidência da Suprema Corte do Brasil.

*Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, como o revelam as inúmeras ações diretas, ações declaratórias de constitucionalidade e argüições de descumprimento de preceitos fundamentais ajuizadas pelo Presidente da República, pelos Governadores de Estado e pelos partidos políticos, agora incorporados à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, o que atribui – considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade – ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a estes reconheceu – pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático – o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular. (...) É imperioso assinalar, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder – mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos – não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado”.*

Com o aumento da judicialização da política, a dificuldade de parametrizar uma decisão como ativismo, não se restringe apenas à interpretação dada a determinado preceito constitucional. O problema reside em afastar ato do Poder Legislativo, por Poder diverso daquele competente para legislar, podendo gerar desta forma uma infinidade de interpretações principiológicas que poderão gerar instabilidade jurídica.

Devido à confusão existente entre o denominado ativismo

judicial e judicialização da política, as diferenças, que são substancialmente divergentes já foram objeto de análise por juristas renomados:

Para Luis Roberto Barroso, quando se refere à judicialização e ao ativismo judicial:

*“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”<sup>15</sup>.*

Segundo Streck:

*“Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos<sup>16</sup>”.*

Deste modo, com as diferenças conceituais delineadas,

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, (www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/.../5388)

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz, “Verdade e Consenso, 2012, p., Editora Saraiva).

passemos à análise da judicialização do Direito Social à Saúde.

### **Judicialização do Direito Social à Saúde**

Na linha já exposta no capítulo anterior, não se pode confundir o ativismo judicial com o dever institucional do Poder Judiciário de prestar a tutela jurisdicional para garantir direitos assegurados na Constituição, no exercício de uma atividade de correção que lhe foi atribuída pelo legislador constituinte.

Para se distinguir a prestação jurisdicional do ativismo judicial no sentido pejorativo que tem sido dado ao termo, na área de saúde pública, faz-se necessário traçar uma definição dos conceitos do direito à saúde e do que se pode entender por política pública de saúde.

### **Definição do Direito à Saúde**

O direito à saúde surge inicialmente vinculado aos direitos do trabalhador na Constituição de Weimar. Com o advento da Constituição italiana de 1948, o direito à saúde é desvinculado do direito do trabalhador, passando a ser tratado como um direito universal.<sup>17</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Resolução n. 217 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, previu o direito à saúde no art. XXV:

#### **Artigo XXV**

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controle.

---

<sup>17</sup> BIANCHI, André Luiz .Direito Social à saúde e fornecimento de Medicamentos. Porto Alegre. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012, pp. 88- 89

O texto da Declaração deixa evidente que a vida é o bem jurídico tutelado de maior expressão; logo, por consequência, a saúde passa a ser um direito da pessoa humana decorrente do próprio direito à vida.

No Brasil, foi a Constituição de 1988 que instituiu o direito à saúde como um direito fundamental social no art. 6º. Como preleciona Ingo Wolfgang Sarlet, o direito à saúde é um direito fundamentalíssimo: *“Não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás, fundamentalíssimo, tão fundamental que, mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e a integridade física.”*<sup>18</sup>

No entanto, cumpre registrar que a jusfundamentalidade dos direitos sociais e bem assim do direito à saúde não é ponto tão pacífico, Ricardo Lobo Torre em sua obra *“O Direito ao Mínimo Existencial”* não compreende todos os direitos sociais como fundamentais, restringindo a jusfundamentalidade dos direitos sociais ao conceito de mínimo existencial desses direitos.<sup>19</sup>

Neste particular, discordamos de Torres, pois o direito à saúde, desde a Declaração dos Direitos dos Humanos de 1948, tem sido reafirmado como direito fundamental por várias Conferências sobre Direitos Humanos, a exemplo da realizada em Viena em 1993, em que, na Declaração e Programa de Ação de Viena, destacou-se a proteção da vida e da saúde das gerações presentes e futuras. Também a Conferência de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,

---

<sup>18</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *“A Eficácia dos direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.*

<sup>19</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *“O Direito ao Mínimo Existencial”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

realizada em 1968 em Teerã<sup>20</sup>, reafirmou o direito da mulher uma assistência de saúde acessível e adequada.

Se o direito à vida e à dignidade são as expressões máximas de proteção da pessoa humana, ao considerarmos que a saúde é um pressuposto para a garantia da vida e da própria dignidade da pessoa humana, o direito à saúde é necessariamente um direito fundamental.

Em se tratando de direito fundamental, por força do disposto no parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição, o direito à saúde tem aplicação imediata. Ingo Wolfgang Sarlet destaca a existência de uma presunção de aplicabilidade imediata do direito que só deverá ser relativizada quando a norma constitucional tiver deficiente carga normativa<sup>21</sup>, o que não ocorre em relação ao direito à saúde normatizado nos artigos 196 a 200, da CR'88.

Igualmente, Maria Paula Dallari Bucci entende que o direito fundamental à saúde deve ser considerado um direito de aplicabilidade imediata.<sup>22</sup>

Além de elencar o direito à saúde entre os direitos fundamentais sociais do art. 6º, da CR'88, o legislador constituinte ainda dedicou ao tema os artigos 196 a 200 da CR'88. No Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II- Dos Direitos Sociais, o direito saúde figura como espécie do gênero seguridade social, ou seja, juntamente com a assistência e a previdência social, o direito à saúde passou a integrar a seguridade social.

Ao analisar a dicção do art. 196, depreende-se que o direito à saúde é marcado pela universalidade e pela igualdade.

---

<sup>20</sup> MENDES, Raryna Rocha, Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, pp. 23- 24

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “A Eficácia dos direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>22</sup> Apud BIANCHI, André Luiz. “Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos”. Porto Alegre: NURIA FABRIS Editora, 2012, p.111

A universalidade indica que o direito a saúde deve ser assegurado a todos, sem exclusão de grupos ou pessoas, já a igualdade deve ser compreendida no sentido do princípio da igualdade assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição, devendo ser tomado neste ponto não só em sua acepção formal, mas principalmente em seu sentido material.

O direito a saúde apresenta dois espectros no âmbito dos direitos sociais: um negativo, no sentido de que o Estado deve se abster de praticar ações que coloquem em risco a saúde da pessoa humana; outro positivo, a indicar que o Estado tem o dever fundamental de promover o direito à saúde<sup>23</sup> em ações prestacionais, este faceta a nosso ver decorre do próprio princípio da igualdade em sua acepção material.

Inferre-se da leitura do texto do art. 196, da CR'88 que o dever fundamental do Estado garantir o direito á saúde deverá ser realizado mediante a promoção, proteção e recuperação. O conceito de promoção do direito à saúde se insere em um viés mais preventivo, que deve englobar várias outras políticas públicas como segurança, educação, lazer e saneamento. Já a proteção diz respeito às imunizações, saúde ocupacional, higiene do lar. Recuperação, por sua vez, ocorre dentro do processo curativo.

### **Sistema de Competência Constitucional**

O art. 197 da CR'88 estabelece um sistema de competências legislativas concorrentes, em que incumbe à União legislar sobre normas gerais, a teor do disposto no art. 24, parágrafo primeiro da CR'88. Aos Estados-membros, nos termos do art. 24, parágrafo segundo, da CR'88, atribui-se a competência legislativa suplementar da legislação da União. Aos Municípios cabem legislar sobre interesse local afeto à saúde, de acordo com a regra de competência do art. 30, incisos I e II da CR'88.

### **Sistema Único de Saúde**

---

<sup>23</sup> MENDES, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013, p 42.

O art. 198 estabeleceu o Sistema Único de Saúde - SUS. A concepção do Sistema Único de Saúde se deu na 8ª Conferencia Nacional de Saúde (CNS) em março de 1986, depois de um longo período de debate na sociedade sobre as mudanças que se almejava na área de saúde.<sup>24</sup>

O sistema, nos termos da norma constitucional, deve operar de forma hierarquizada e regional, com a participação da comunidade e de modo a prestar um atendimento integral.

Tem surgido divergências acerca da interpretação do que venha a ser “atendimento integral”. André Luiz Bianchi assim define atendimento integral: “significa dizer que deve o sistema dispensar ao doente todos os cuidados necessários para o tratamento do mal que lhe acomete, desde as ações de promoção e proteção da saúde até as relativas à recuperação de saúde, abarcando desde o inicial atendimento ambulatorial até procedimentos cirúrgicos e tratamentos mais complexos, como, por exemplo, é o caso dos transplantes.”<sup>25</sup>

Mendes define a integralidade como “garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos em cada caso para todos os níveis de complexidade de assistência. Engloba ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.”<sup>26</sup>

Essa nos parece ser a melhor interpretação, pois não se poderia entender “atendimento integral” como o direito a todo e qualquer medicamento, independentemente do valor, e da comprovada eficácia terapêutica, tendo em vista que o direito à saúde, assim como muitos outros direitos fundamentais, não são absolutos e, portanto, devem ser ponderados.

### **Política Pública de Saúde**

---

<sup>24</sup> MENDES, Karyna Rocha, op. Cit.

<sup>25</sup> AITH, Fernando. Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.357 *apud* BIANCHI, André Luiz. Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: Nuria Fabris Editora, 2012, p.99

<sup>26</sup> MENDES, Karyna Rocha. Ob. cit

Assente que o direito a saúde é um direito fundamental, cuja eficácia, por força do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, da CR'88 é imediata, e, de conseguinte, suscetível de controle pelo Poder Judiciário em razão do disposto no art. 5º, XXXV, da CR'88, cumpre ainda delinear o conceito de política pública de saúde, já que o art. 196 dispõem que é dever do Estado garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas.

André Luiz Bianchi ao discorrer sobre o conceito de política pública, com base em Maria Paula Dallari Bucci, diz o seguinte: “Com amparo doutrinário se afigura plausível consignar que política pública consiste em uma linha de atuação governamental resultante de um ou mais processos regulados juridicamente, com escopo de coordenar ações estatais e privadas, visando realizar objetivos sociais relevantes e politicamente determinados<sup>27</sup>

Mendes elenca as várias políticas de saúde instituídas pelo Estado Brasileiro: Política Nacional de Promoção de Saúde, Portaria n. 687 MS/GM/2006; Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa no SUS-Participa SUS (19-9-2006); Política Nacional de Atenção Básica, Portaria n. 2.488/2011; Política Nacional de Humanização; Carta de Direitos dos Usuários do SUS, Portaria n. 1.820/2009; Política Nacional de Saúde Integral da População Negra; Programa de Assistência integral à Saúde da Mulher; Política Nacional Sobre Álcool; Política Nacional de Resíduos Sólidos;<sup>28</sup> Política Nacional de Medicamentos; Política Nacional de Assistência Farmacêutica-PNAF, como instrumento da PNAF foi instituída a Relação Nacional de Medicamentos-RENAME, revista bianualmente, com a participação de uma Comissão Técnica Multidisciplinar que inclui Universidades Públicas e privadas, instituições vinculadas ao SUS e ao Ministério da Saúde.<sup>29</sup>

Vê-se, de conseguinte, que o Estado Brasileiro, dando cumprimento ao disposto no art. 196 da CR'88, estabeleceu várias políticas públicas

---

<sup>27</sup> BIACHI, André Luiz. Ob. Cit

<sup>28</sup> MENDES, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013, sumário

<sup>29</sup> MENDES, Karyna Rocha. Ob. Cit

visando garantir a saúde, inclusive o fornecimento de medicamentos, baseado em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas-PCDT.

Relembrando Norberto Bobbio em “A Era dos Direitos” em nossa época a dificuldade não se consiste na inexistência de direitos, mas na efetiva concretização destes direitos.<sup>30</sup> Quando se trata da efetivação do direito à saúde essa observação de Bobbio é muito oportuna, na medida em que, apesar de o direito a saúde estar previsto na Constituição como um direito fundamental, em que pese o esforço do Estado brasileiro em conferir efetividade a este direito por intermédio de tantas políticas públicas, o que se verifica na realidade social é uma crescente judicialização de demandas, cujos objetos são a busca por medicamentos, internações em leitos clínicos e de UTIs, procedimentos cirúrgicos, próteses.

Nesse contexto, o Poder Judiciário se vê diante de um dilema interpretativo: de um lado temos as políticas públicas de saúde, cujo objetivo é o alcance de uma macrojustiça social, que se impõe como dever do Estado e que deve ser implementada com o olhar voltado para a finitude orçamentária, a chamada reserva do possível<sup>31</sup>. De outro lado, depara-se com pleitos individuais em busca de medidas na área de saúde, que visam à garantia da própria vida.

Percebe-se que uma demanda individual cujo bem da vida pretendido seja um serviço de saúde pública traz em sua essência uma colisão entre o direito subjetivo da parte autora à medida que lhe garanta a vida e o direito constitucional de todos os outros cidadãos em que seja mantida a racionalidade e a viabilidade das políticas públicas de saúde.

Nessa linha, quase todas as demandas individuais cujo objeto seja saúde trazem em seu âmago um quê de *hard case*, apesar de aparentar simplicidade, em verdade trazem um dilema judicial que não pode ser reduzido a uma visão simplista e até irresponsável da prestação jurisdicional. Toda demanda,

---

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>31</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “Direito ao Mínimo Existencial”. Rio de Janeiro: Renovar. Pp. 111-113.

cujo objeto é a prestação de algum serviço de saúde está na intersecção dos sistemas político e jurídico.

Campilongo em “Política, Sistema Jurídico e decisão Judicial” sobre a importância do trabalho do sistema jurídico e dos tribunais para o sistema político pontua, com base em Luhmann: *“Mesmo quando se fala na jurisdição constitucional –e, portanto, no momento por excelência do necessário acoplamento estrutural entre direito e política – o sistema jurídico deve pensar nos problemas da democracia, da representação política e da correção das decisões políticas a partir de suas referências. O sistema político é separado do sistema jurídico, mas não vive sem ele. Do mesmo modo, o sistema não se confunde com o ambiente, mas não pode ser concebido sem este. Quanto mais se profunde a diferenciação entre os dois sistemas, mais evidente a grande interdependência que os vincula.”*<sup>32</sup>

Nessa ordem de idéias, o trabalho de correção empreendido pelo sistema jurídico nas políticas de saúde, que devem ser implementadas pelo sistema político, antes de tudo passa pela busca do consenso. A propósito, trazemos em anexo duas experiências de conciliação em ações civis públicas na subseção de Dourados/MS, pertencente à Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

### **Perfil do Jurisdicionado em Ações Individuais**

Fizemos uma breve análise sobre as demandas de saúde ajuizadas no Juizado Especial Civil de Dourados/MS no período de janeiro de 2012 a novembro de 2014. O município de Dourados/MS conta com uma população estimada, segundo dados do IBGE, de 196.035 pessoas. O juizado foi instalado em dezembro de 2011, no período de pesquisa de janeiro de 2012 a novembro de 2014, foram ajuizadas 281 demandas cujos objetos são serviços de saúde, distribuídos da seguinte forma: Transferência para UTI:12; Medicamentos:77; internações:48,

---

<sup>32</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

internações psiquiátricas:08, cirurgias 78, exames:34, transferências comuns:19, consultas:17.

Desse total 62 duas pessoas procuraram o juizado para “atermação”, ou seja, para o exercício do *jus postulandi*. A Defensoria Pública da União assistiu 199. Foram representadas por advogados apenas 08 pessoas. O Ministério Público Federal assistiu 02 pessoas.

Quanto à faixa etária, 81 jurisdicionados eram idosos, os demais adultos e crianças. Quanto à origem étnica, 272 jurisdicionados eram não índios e apenas 08 eram de origem indígena.

Esse estudo de campo demonstra o grande papel desempenhado pelos Juizados Especiais Federais e pela Defensoria Pública no aumento da demanda por serviços médicos. Restou também evidente que a maioria dos jurisdicionados que procuraram a Justiça Federal, neste período no Juizado de Dourados, eram pessoas hipossuficientes idosas, com indicação de internação ou de medicamentos feitas pela rede pública de saúde. Esse perfil de jurisdicionado também foi detectado em pesquisa realizadas na 2ª. Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no período de 2005 a 2010, em que foi constatado que o bem mais judicializado foi UTI, seguido de medicamentos, sendo que quase a totalidade dos processos foi ajuizada pela Defensoria Pública, com receitas e indicações médicas oriundas da rede pública de saúde<sup>33</sup>.

Ao examinar as duas pesquisas de campo, verificamos que, em regra, os postulantes são pessoas de baixa renda, idosas, atendidas pela Defensoria Pública. Essas pesquisas diferem totalmente dos perfis apresentados por Ana Luiz Chieffi e Rita de Cassia Barradas Barata, no estado de São Paulo em 2006, onde num universo de 2.927 demandas ajuizadas, 565 foram propostas por pessoas que constituíram advogados particulares<sup>34</sup>. Difere também do perfil apresentado por

---

<sup>33</sup> DINIZ, Debora. “A Judicialização da Saúde no Distrito Federal, Brasil. 2013. Programa de Pós-Graduação EM Política Social, Universidade de Brasília (Brasil.d.dinizanis.org.br)

<sup>34</sup> BIANCHI, André Luiz. Ob. Cit

Ricardo Lobo Torres em sua obra “Direito ao Mínimo Existencial”<sup>35</sup>, em que denuncia o ajuizamento de ações por pessoas de classe média alta no Rio de Janeiro.

Na crescente judicialização de pleitos cujos objetos são medicamentos ou leitos hospitalares, devemos considerar um fato social relevante em nosso país: o aperfeiçoamento do acesso à justiça, com a implantação das Defensorias Públicas nos estados-membros, a criação e funcionamento da Defensoria Pública da União, a implantação dos Juizados Especiais Cíveis Federais, no quais as partes exercem o *jus postulandi* sem qualquer custo, inclusive com pericia judicial que é paga pelos cofres do Poder Judiciário.

Nessa linha, o acesso à informação, bem como o acesso gratuito à justiça ampliaram sobremaneira a judicialização das políticas públicas de saúde em demandas individuais.

Esse quadro demonstra que o ativismo imputado aos juízes, em verdade, decorre de uma conjuntura em que o direito à saúde passou a ser um direito fundamental, a partir da constituição de 1988, no mesmo momento em que ganhou relevância máxima no cenário nacional, o fortalecimento de uma outra política pública relevante: acesso à justiça.

Não se pode ignorar ainda outros fatores sociais, como aumento da longevidade dos idosos, crescente ampliação das doenças psiquiátricas, só estes fatores, sem entrar na questão da deficiência do sistema público de saúde, já se demonstram suficientes para explicar a crescente litigiosidade no âmbito da saúde público.

Nesse contexto, é que se deve analisar e compreender o chamado ativismo judicial as saúde pública.

Há que se fazer uma distinção entre o dever de atuação do Poder Judiciário, como decorrência do art. 5º, inciso XXXV, da CR’88, para garantir

---

<sup>35</sup>TORRES, Ricardo Lobo. Ob. Cit.

o direito fundamental a saúde, do que venha ser um ativismo, no sentido pejorativo que se tem atribuído ao termo.

Outro ponto a se considerar é que ao se apreciar uma demanda individual cujo objeto seja prestação de saúde, como ensina Luis Roberto Barroso<sup>36</sup>, estamos diante de uma hipótese de colisão entre o direito à saúde do postulante e o direito à saúde de todos os outros cidadãos, a partir desta realidade deve se buscar a ponderação nos moldes propostos por Robert Alexy, cientes de que não existe direito fundamental absoluto<sup>37</sup>.

Nessa linha, considerando que o legislador infraconstitucional já estabeleceu várias medidas concretizadoras de políticas públicas de saúde estabelecidas no art. 196 da CR´88, entendemos que ao Poder Judiciário, em razão da reserva do possível, não é lícito criar novas políticas, seu papel no exercício da jurisdição constitucional é apenas corretivo do sistema, para se garantir a máxima eficácia possível do direito de saúde.

Nessa ordem de idéias, não se pode falar que o controle contramajoritário do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde lesaria os princípios representativo e da maioria, tendo em vista que a própria Constituição da República reservou-lhe este papel dentro do jogo democrático.

Por fim, sugerimos que todas as demandas cujo objeto sejam a prestação de um direito de saúde, sejam julgadas a luz do princípio da proporcionalidade, levando-se em consideração a necessidade e utilidade

### **Conclusão**

Entendemos que todas as demandas cujos objetos sejam um prestação de serviço para garantir direito à saúde estão numa delicada intersecção dos

---

<sup>36</sup> Apud BIANCHI, André Luiz

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

sistemas políticos e jurídicos, de modo que o controle contramajoritário do Poder Judiciário nessa esfera tem por escopo a correção do sistema político para a efetividade do direito social fundamental à saúde. Assim, demonstra-se reducionista o enquadramento das decisões judiciais proferidas para garantir o direito fundamental à saúde em ativismo judicial no sentido pejorativo que se tem dado ao termo.

Entendemos, contudo, que por se tratar de tema em que se tem em jogo o direito de “um” frente ao direito de “todos”, sempre deverá ser feita uma ponderação desses direitos envolvidos a luz do princípio da proporcionalidade.

Por último, consideramos que o Poder Judiciário deve atuar, em primeiro lugar, como mediador na busca de um consenso entre os atores políticos envolvidos, por intermédio do instrumento processual da conciliação, para que se construam soluções efetivas e passíveis de serem executadas dentro da realidade orçamentária, de modo a respeitar a chamada reserva do possível.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges.; NERY JUNIOR, Nelson, *Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de ninguém*. In: Freddie Didier Jr; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos; Wilson Levy. (Org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1ed.Salvador: Juspodium, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (tradução de Virgílio Afonso da Silva), pág. 499. 2 edição, Editora Malheiros.

BARROSO. Luis Roberto, *A Igualdade perante a lei. Algumas Reflexões*, in *Temas Atuais do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1987.

BARROSO, Luis Roberto, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, ([www.epublicações.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/.../5388](http://www.epublicações.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/.../5388))

BIANCHI, André Luiz . *Direito Social à saúde e fornecimento de Medicamentos*. Porto Alegre. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Debora. *A Judicialização da Saúde no Distrito Federal*, Brasil. 2013. Programa de Pós-Graduação EM Política Social, Universidade de Brasília (Brasil.d.dinizanis.org.br).

GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria política do direito*. 2 ed., São Paulo: RT: 2013.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*, São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Alessandro Santos de, *Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais*, editora LTr. 201

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*, 2012, Editora Saraiva).

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.