

ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DE SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Cristiane do Amaral Meneguelli

Servidora pública federal; pós graduanda em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

Isabela Simon Ponte

Advogada; pós graduanda em Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC.

Sandra Cristina Fonseca

Advogada; pós graduada em Gestão Empresarial; aluna especial do Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é abordar o ativismo judicial na efetivação das políticas públicas e suas consequências na garantia do direito à saúde. Para esse intento, foi utilizado como metodologia o levantamento bibliográfico. O artigo analisa a necessidade de implementação de políticas públicas através de demandas judiciais, discute a importância da observação da cláusula da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial nas decisões, e faz referência à audiência pública de saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 e à jurisprudência da Corte Suprema. O texto demonstra que a judicialização se torna imperativa, em função da omissão dos gestores públicos e da precariedade da efetivação das políticas públicas de saúde existentes

PALAVRAS CHAVES: Ativismo judicial. Direito à saúde. Judicialização.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the phenomenon of judicial activism regarding public policies and its consequences in the right to health. The methodology used was bibliographic research. The article analyzes the need to sue the government to have policies executed, discusses the relevance of considering the principles of reserve for contingencies and of the minimum existential theory in judicial decisions, refers to the Public Audience on Health organized by the Supreme Court in 2009 and the jurisprudences and recommendations that followed. It concludes that the judicialization is necessary, due to the omission of public authorities and the ineffectiveness of the existing public health policies.

KEY WORDS: Judicial activism. Right to Health. Judicialization.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 incluiu no seu rol de direitos fundamentais o direito à saúde. Apesar de permitir sua imediata aplicabilidade, condicionou sua garantia à elaboração de políticas públicas pelo Poder Executivo e de leis pelo Poder Legislativo.

Além da ausência de políticas que foquem no aspecto preventivo da saúde e da omissão na criação de políticas públicas pontuais a respeito de determinadas doenças ou tratamentos, é comum observar que mesmo as existentes são deficientes, não sendo implementadas por falta de orçamento, principalmente na esfera municipal, ou por problemas de gestão. Desta forma, tornou-se comum o cidadão recorrer ao Poder Judiciário para requerer a garantia de seu direito à saúde, à dignidade e à vida.

Essa crescente judicialização levanta questões como a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre a aplicação das políticas públicas, em função do princípio da separação dos Poderes; a discriminação entre os cidadãos que levam a questão à apreciação do Judiciário e aqueles que aguardam sua solução pelo Sistema Único de Saúde, ferindo o princípio da isonomia; a responsabilidade solidária dos entes federativos; a cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial. Tais questionamentos, entre outros, culminaram na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, com o objetivo de elucidar as questões técnicas que envolvem as ações judiciais sobre saúde e confirmar ou reformar a jurisprudência da Suprema Corte.

2. A Constituição Federal de 1988 e a criação do SUS

A Constituição Federal de 1988 reconhece a saúde como direito social de cidadania que será 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.

A nova postura da Carta Magna com relação ao direito à saúde foi interpretada por Giovanella & Fleury (1996)¹²:

No Brasil a intensa luta social pelo direito à saúde, no contexto de democratização do país nos anos 80, levou à consagração da saúde, na Constituição Nacional de 1988, como direito universal, sendo dever do Estado garanti-lo.

Os artigos 198 a 200 preveem a criação de uma estrutura organizacional para garantir o direito à saúde - o Sistema Único de Saúde (SUS), conferindo a ele a coordenação e

¹ GIOVANELLA, Lígia; FLEURY, Sonia. Universalidade da atenção à saúde: acesso como categoria de análise. In: EIBENSCHUTZ, Catalina (org.). **Política de Saúde: o direito público e o privado**. Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 1996, p. 177

execução das políticas para promoção e proteção da saúde no Brasil. São estabelecidos como diretrizes e princípios do SUS: a descentralização, com direção única do sistema em cada esfera do governo; a integralidade da atenção (da vacina ao transplante), com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação popular.

Em 1990 ocorreu a criação e a regulamentação do SUS através das Leis nº 8.080 e nº 8.142. A primeira - lei orgânica do SUS - dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de detalhar os objetivos e atribuições, os princípios e diretrizes, a organização, direção e gestão, a competência e as atribuições dos níveis federal, estadual e municipal, a participação complementar do sistema privado, recursos humanos, financiamento e gestão financeira e planejamento e orçamento. Já a lei nº 8.142 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros, além de instituir os Conselhos de Saúde e conferir legitimidade aos organismos de representação de governos estaduais e municipais (Reis, Araújo & Cecílio, 2012)³.

Apesar de ser consagrado na Constituição Federal o acesso universal e igualitário, benefícios foram ampliados sem base de financiamento correspondente. Assim, a universalização tem como característica a exclusão de segmentos sociais mais favorecidos - que procuram o setor privado -, para que seja possível atender as camadas que possuem menor poder aquisitivo. Como nos explicam Faveret Filho & Oliveira (1990)⁴, a universalização efetivou o direito social à saúde por torná-lo apto a atender os setores sociais de menor poder aquisitivo, e não por incluir sob sua responsabilidade toda a população.

Assim, percebe-se uma evolução com relação às políticas públicas de saúde anteriormente existentes, mas resta claro que o papel do Estado, como provedor e garantidor do direito à saúde para sua população, ainda não foi plenamente cumprido.

3. A abrangência do direito à saúde

A Constituição Federal adotou um enfoque abrangente de saúde, reconhecendo que seu direito engloba não apenas tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos, mas também, conforme enumerado exemplificativamente nos incisos de seu art. 200, as ações de vigilância

³ REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde**. UNASUS/UNIFESP, Brasília, 2012, p.35

⁴ FAVERET FILHO, Paulo & OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde**. Planejamento e Políticas Públicas, junho, 1990, Ipea, p.139-162

sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador; ações de saneamento básico; pesquisa; controle de qualidade de alimentos e bebidas; e proteção do meio ambiente.

Ferraz & Vieira (2009)⁵ examinam a discrepância de entendimentos relativos à abrangência do direito à saúde, apontando as percepções do Poder Judiciário e dos técnicos em saúde do Estado:

Percebe-se [...] um claro descompasso entre o que o Poder Judiciário e os técnicos em saúde do Estado vêm entendendo por direito à saúde. De um lado, os especialistas em saúde pública partem da premissa de que os recursos da saúde são necessariamente limitados em relação à demanda. [...] O direito à saúde, nesse contexto, é também necessariamente limitado, e não absoluto. [...] De outro lado, o Judiciário parte da premissa de que a saúde (e a própria vida) foram erigidos ao status de direitos fundamentais pela Constituição de 1988.

Verifica-se aqui, nos técnicos em saúde do Estado, uma preocupação orçamentária, que limita o exercício do direito. Já no Poder Judiciário, percebe-se uma postura de universalidade, de entender que o direito à saúde é um direito fundamental que deve ser garantido a todos.

O art. 3º da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que institucionalizou o SUS, aponta que "a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais", entre outros, são determinantes e condicionantes dos níveis de saúde da população.

Maria Helena Barros de Oliveira, representante da FIOCRUZ, em depoimento na Audiência Pública de Saúde do STF, propõe, sobre a real abrangência do direito à saúde:

Não é possível reduzir o conceito de saúde à liberação de medicamentos, à liberação de determinados procedimentos médicos. Isso é reduzir o conceito que foi construído durante longos momentos, durante um período longo de construção da reforma sanitária que foi longamente trabalhada no processo constituinte e que culminou na nossa Constituição Federal.

A interpretação feita pelo Comitê de Especialistas das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do art. 12 do Pacto Internacional sobre tais direitos, sustenta que "o direito à saúde não deve ser entendido como direito a estar sempre saudável, mas sim como o direito a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis"⁶.

⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante. DADOS - Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, vol. 52, nº 1, 2009, p.2.

⁶ *apud* FERRAZ & VIEIRA (2009)

Assim, conclui-se que o direito à saúde deve ser interpretado considerando toda sua multidimensionalidade, sendo necessário analisar se as políticas públicas estatais integradas em diversas áreas são, em sua totalidade, adequadas para atender a população em geral.

4. A escassez de recursos e a cláusula da reserva do possível

Apesar do fato dos direitos sociais terem aplicabilidade imediata, conforme previsto no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, sua prática encontra um obstáculo na disponibilidade financeira do Estado. Desse conflito – efetivação dos direitos sociais X disponibilidade financeira – surge a cláusula da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível teve origem na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã⁷, e envolve uma valoração sobre o curso inerente a uma determinada prestação considerando a escassez em que vive a sociedade (Luck, 2009)⁸. Referida cláusula serve como um instrumento de ponderação entre a efetivação de um direito social e suas consequências, não devendo ser usada como justificativa para omissão estatal, e sim para comprovar a impossibilidade econômica que motive a não implementação desses direitos. Em sua origem, a teoria da reserva do possível não trata exclusivamente da existência ou não de recursos financeiros estatais suficientes para a implementação dos direitos sociais, e sim da razoabilidade da pretensão face à sua consumação.

Já no Brasil, a adequação da teoria à realidade pátria a transformou na ‘cláusula da reserva do financeiramente possível’, sendo considerada uma limitação à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

Sarlet (2009)⁹ expõe a dificuldade em aceitar a alegação da reserva do possível ao se considerar a realidade brasileira:

[...] existe um dever constitucional de investir recursos e até mesmo limites e pisos, que devem ser investidos na área da Saúde. Há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a União não gasta em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área de Saúde. Há provas cabais de Estados e Municípios que não investem naquilo que foi imposto pela União no direito à Saúde. Alegar reserva do possível nessas circunstâncias é uma alegação vazia.

⁷ *apud* FERRAZ & VIEIRA (2009)

⁸ LUCK, Alan Saldanha. **A efetividade dos direitos sociais e a cláusula da reserva do possível**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n.68, 2009. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6703>. Acesso em 22/08/2015, p.4

⁹ Ingo Sarlet, professor titular da PUCRS, em depoimento à Audiência Pública de Saúde do STF

Na mesma linha seguem Ferraz & Vieira (2009)¹⁰ ao relatarem como o brasileiro enxerga a reserva do possível:

[...] a escassez de recursos, não é facilmente compreendida pelo público em geral e pelos profissionais do direito em particular. Para estes, prevalece a ideia culturalmente arraigada de que a saúde não tem preço, sendo mesmo uma espécie de ofensa abordar aspectos financeiros quando o que está em jogo é a saúde e a própria vida. Essa postura - compreensível, mas fundamentalmente insustentável - é combinada no Brasil com a opinião consolidada de que os recursos públicos são sempre mal aplicados e frequentemente desviados por corrupção. Nesse clima, surge a sensação de que o problema da saúde e de outros programas sociais não é a escassez de recursos, mas sim a utilização inadequada destes.

Com a quantidade absurda de notícias que se tem diariamente sobre corrupção e desvios de verbas e, ainda, considerando a altíssima carga tributária do país, não é aceitável o pretexto da 'reserva do financeiramente possível' para justificar a não efetivação dos direitos sociais.

O autor Daniel Sarmiento (2008)¹¹ considera que a realidade de países em desenvolvimento, que possuem um alto índice de pobreza, acentua a importância da aplicação da teoria da reserva do possível face aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, sem desconhecer os recursos financeiros disponíveis, cabendo ao Estado o ônus de provar suas alegações de escassez de recursos. Em suas palavras:

[...] não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais - como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação.

Este entendimento se reflete em decisões do Supremo Tribunal Federal, que tem julgado, por vezes, que a invocação da reserva do possível constitui fraudes às expectativas depositadas nos Poderes Executivo e Legislativo, efetivando uma exoneração ao cumprimento de obrigações constitucionais.

Neste sentido, o Ministro Celso de Mello fundamentou sua decisão no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, extraída do site do Supremo Tribunal Federal:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (...)

¹⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Op. cit, p.6

¹¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.572.

notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. 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. Cumpre 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 sentimento de essencial fundamentalidade. (STF, ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 29.04.04)¹²

A decisão do STF supracitada indica, claramente, que a cláusula da reserva do possível pode, sim, ser uma escusa para a não efetivação e implementação dos direitos fundamentais, nos casos em que realmente houver limitação orçamentária justificável do Estado. No entanto, não é admissível sua alegação como forma de se isentar da responsabilidade de executar políticas públicas que assegurem o exercício desses direitos.

5. O mínimo existencial

Como define Torres (1999)¹³, o mínimo existencial é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, apresenta um rol de direitos que são imprescindíveis para que o ser humano tenha uma vida digna. Tais direitos constituem o mínimo existencial.

¹² <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>

¹³ Torres, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro. Ediora Renovar. 1999, p.141

Cleve (2003)¹⁴ define o mínimo existencial em seu artigo “A eficácia dos direitos fundamentais sociais” da seguinte forma:

O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.

O direito à saúde, além de condicionado ao direito à vida humanamente digna, está intimamente ligado com os direitos à alimentação, à moradia, à educação, ao saneamento básico, ao meio ambiente, ao trabalho e ao lazer. Ou seja, o mínimo existencial à saúde engloba o completo bem-estar físico, mental e social. Assim, conforme observou Ana Paula de Barcellos (2008)¹⁵, é possível concluir que mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.

Segundo esse mesmo entendimento, Iurconvite (2010)¹⁶ examina o dever do Estado diante dos direitos fundamentais:

Diante de tão precioso preceito, o Estado deve agir de forma a socorrer todos os cidadãos, independente de sua classe social, prestando toda a assistência necessária, sob pena de estar violando não só o direito fundamental à vida, mas todos os direitos fundamentais.

Como analisado por Ingo Sarlet (2009)¹⁷, com relação aos direitos fundamentais de natureza prestacional, pressupõe-se a criação de disposição positiva que garanta a realização da igualdade material, assegurando a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

O Supremo Tribunal Federal também impõe a observância do mínimo existencial pelo Estado na escolha de como serão efetuados os gastos públicos, conforme se infere da decisão no

¹⁴ CLEVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, nº 22, Curitiba, julho/dezembro 2003, p.27.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p.257.

¹⁶ IURCONVITE, Adriano dos Santos. **A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240>. Acesso em set 2017, p.23.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

juízo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, pelo Ministro Celso de Mello:

[...] A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção aos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (STF, ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 29.04.04)

O julgamento do Ministro Celso de Mello demonstra como é viável a coexistência da cláusula da reserva do possível com a prestação do mínimo existencial, desde que o Estado atue visando, efetivamente, o interesse público no momento de decidir como serão investidos os valores constantes no orçamento.

6. O Poder Judiciário como garantidor do mínimo existencial

Quando os direitos não estão sendo eficazmente garantidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, é facultado ao cidadão procurar o Poder Judiciário (CF, artigo 5º, XXXV), como guardião da Constituição, em busca da efetividade destes direitos. Esse entendimento já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida na ADPF nº 45, pelo relator Ministro Celso de Mello, conforme ementa, *in verbis*:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Na análise do caso concreto, deve o juiz considerar o princípio da

proporcionalidade e priorizar o bem comum, observando os critérios de adequação entre o meio utilizado e a finalidade pretendida, de forma a garantir que a proteção de um direito subjetivo não leve à impossibilidade da proteção mínima de outros.

Sarlet (2009)¹⁸ destaca o papel do Judiciário na garantia do exercício dos direitos fundamentais:

[...] se ao Estado cabe a obrigação de criar os pressupostos fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais em geral, assim como a obrigação de dar concretização aos direitos sociais em particular, necessária a viabilização da intervenção jurisdicional no sentido de evitar que a omissão ou ação precária do poder público venha a caracterizar uma hipótese de proteção insuficiente, que, portanto, resulte em violação de direitos fundamentais, precisamente pelo fato de não atingidos os limites mínimos exigíveis de satisfação de determinadas prestações.

Tal ponderação esclarece que o papel intervencionista do Judiciário é fruto da má gestão do Estado, seja na ausência de criação de políticas públicas, seja na inviabilidade de sua execução.

Há discussão doutrinária a respeito da real legitimidade do Poder Judiciário em atuar em temas referentes às políticas públicas. Alguns autores alegam que é atribuição exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo decidir discricionariamente, conforme sua conveniência e oportunidade, de que forma e onde devem ser aplicados os recursos públicos. Desta forma, a matéria não seria cabível de discussão em um pleito judicial, em função do princípio da Separação dos Poderes. Ana Paula de Barcellos (2008)¹⁹ discorda desse posicionamento, apontando que “[...] nem a separação dos poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana”.

Ademais, deve-se observar que não se atribui ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, e sim o de garantir a execução daquelas que já são objeto de legislação, através de controle judicial sobre descumprimento de preceitos legais, seja em função da inércia estatal ou de abuso governamental, atuando como um Poder mais “intervencionista” no controle da ineficiência das prestações dos serviços básicos e na exigência da concretização de políticas sociais eficientes (Avila,

¹⁸ *Ibidem*, p. 358

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit, p. 230.

2013)²⁰. E, como considerou Freixo (2014)²¹, “ao ter a última palavra em matéria de interpretação constitucional, com efeito vinculante e *erga omnes*, pode-se dizer que o STF já recebeu, legitimamente, uma parcela da competência para o desenvolvimento de atividades de caráter normativo”.

Conclui-se, assim, que o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional para agir como garantidor do mínimo existencial.

7. O princípio da Separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes, como a conhecemos hoje, foi consagrada por Montesquieu em sua obra *O espírito das leis* e positivada em 1789 na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento resultante da Revolução Francesa, que prevê, em seu artigo 16º, que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Na concepção de Montesquieu²²:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade: porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

A separação dos poderes de forma rígida (o Executivo administra, o Legislativo legisla e o Judiciário julga) encontra-se superada, se admitindo hoje a teoria da separação de poderes flexível. Assim, há uma maior harmonia entre os Poderes. Cada poder exerce sua função predominante (função típica) e, concomitantemente, exerce funções que seriam típicas dos outros Poderes (funções atípicas). Essa característica levou à concepção, pela doutrina norte americana, do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que prevê um controle recíproco de um poder pelos outros. Desta forma, as leis criadas pelo Legislativo (função típica legiferante) são submetidas à sanção ou ao veto pelo Executivo e podem ser declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Seguindo a mesma linha, os

²⁰ ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 2013. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 22/08/2015, p.3.

²¹ FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes**. Revista Intervenção, Estado e Sociedade, v.1, n.1, janeiro de 2014, p. 59-83

²² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2010, p.168/169.

atos do Executivo são controlados e fiscalizados pelo Legislativo e podem ser questionados perante o Judiciário.

Segundo Vicente & Alexandrino (2009)²³:

[a doutrina da separação dos poderes pode ser vista como uma] fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmonioso, tendente à realização da vontade política geral.

Canotilho (2003)²⁴ ensina que essa nova concepção da teoria da separação dos poderes possui dimensões complementares, a saber, uma dimensão negativa, que envolve a divisão, o controle e a limitação do poder, e uma dimensão positiva, que consiste na garantia de uma justa e adequada ordenação das funções do Estado. Para atingir e manter a harmonia entre os poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, é essencial a colaboração e os controles recíprocos entre eles, com o objetivo de impedir atuações arbitrárias por qualquer deles.

8. Ativismo judicial e a judicialização da política

A judicialização da política consiste em um fenômeno de expansão do poder judicial que se tem observado nas sociedades contemporâneas desde a década de 1980, que transforma a jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas (Castro, 1996)²⁵.

Barroso (2008)²⁶ elabora, ainda, em cima do conceito de judicialização:

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 – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. 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

²³ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Método, 2009, 4ª Ed. p. 387.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Ed. Almedina, 2003, p.250

²⁵ CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. 1996. 19f. Trabalho preparado para apresentação no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública”, XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambú, MG, 1996, p.2.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 07/09/2017, p.3.

sociedade. (...) A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

De acordo com Barroso, podem ser apontadas três diferentes causas da judicialização: (i) a redemocratização do País; (ii) a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição matérias anteriormente tratadas pela legislação ordinária; e (iii) o sistema brasileiro do controle de constitucionalidade.

Como consequência da redemocratização do País, uma maior parcela da população passou a conhecer seus direitos e a buscar sua garantia perante o Judiciário. O Ministério Público e a Defensoria Pública também passaram por uma expansão institucional e de atuação. Com isso, o Poder Judiciário ficou fortalecido. Já a constitucionalização de matérias, transformando-as em uma pretensão jurídica, permite a exigência de sua concretização pela via judicial. Nas palavras de BARROSO, "Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria."

No controle de constitucionalidade, o Judiciário é provocado a se manifestar e o faz dentro do pedido formulado. Como exemplo, temos os pronunciamentos do STF a respeito dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e da possibilidade de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.

Barroso enumera as diferentes condutas que são consequência do ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. [...] o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito.

O fenômeno do ativismo judicial surge para socorrer as demandas da sociedade que foram ignoradas pelo legislador, com a ausência de leis específicas que tratem sobre dada matéria, ou pelo administrador, que deixou de elaborar políticas públicas para garantir a concretização de direitos

previstos na Constituição. Como se extrai do artigo Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática (BARROSO, 2008)²⁷, "notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório [de ativismo judicial] provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial".

É fácil concluir que, por mais que se critique a atuação judicial em matérias que deveriam ser tratadas pelo Executivo ou Legislativo, o Judiciário não pode se quedar inerte quando provocado pela população, que tem direitos não garantidos pela omissão na formulação de políticas públicas ou mesmo na adoção de posturas legais a respeito de comportamentos que vão se destacando com a própria evolução cultural da sociedade e se veem em um limbo de proteção legal.

9. Críticas e comentários sobre o ativismo judicial

Há três principais críticas comumente encontradas em discussões sobre o ativismo judicial: os riscos que traz para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

(i) Riscos para a legitimidade democrática

Dentre os comentários comumente relacionados à discussão em relação ao ativismo judicial, destaca-se o relativo à investidura dos juízes em seus cargos. Os defensores da separação absoluta dos Poderes, sem interferência de um na seara do outro (ignorando, sem dúvida, a teoria dos pesos e contrapesos), apontam que os juízes não são eleitos por voto popular, logo, não possuem legitimidade para garantir a execução de direitos constitucionais que dependem de legislação específica para sua efetivação, uma vez que não são considerados representantes do povo. Assim, sua atuação com a imposição de atuações estatais apresentaria um real risco à democracia.

Tal crítica foi devidamente refutada pelo doutor Marcos Salles, assessor especial da Presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros, em seu depoimento no dia de abertura da Audiência Pública de Saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal:

Estou entre aqueles, talvez de forma utópica, que ainda entendem que a legitimação dos Poderes não se dá apenas pelo voto do cidadão. A nossa Constituição, trilhando o caminho e o exemplo da Constituição americana, abre um espaço inovador no sentido de que alguns agentes políticos – aí, nós juízes, desembargadores e ministros – legitimam-se perante a sociedade de acordo com os mandamentos, princípios e valores constitucionais pelo que chamo de representatividade meritória.

²⁷ *Ibidem*, p.8

Não há que se questionar a legitimidade do Poder Judiciário pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo povo. Tal poder de se sobrepor a uma decisão daquele escolhido por vontade popular é expressamente atribuído pela Constituição Federal, precipuamente ao STF, que deve atuar de forma técnica e imparcial, visando a proteção de valores e direitos fundamentais. Dessa forma, conforme aponta o Ministro Luis Roberto Barroso²⁸, "a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco".

(ii) Risco de politização da Justiça

Entende-se por politização da justiça a interferência do Poder Judiciário na área de política governamental.

A esse respeito, analisou o Ministro Luis Roberto Barroso (2008)²⁹:

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.[...] Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa à luz dos elementos do caso concreto.

A interpretação constitucional possui um viés político, pois deve sempre levar em consideração as possíveis consequências políticas de suas decisões, principalmente de forma a evitar resultados prejudiciais advindos da garantia de um direito individual em detrimento de um direito comum, coletivo.

(iii) A capacidade institucional do Judiciário e seus limites

A defesa à imposição de limites ao Poder Judiciário é especialmente encontrada nas ações judiciais relativas ao direito à saúde. Muito se questiona se, apesar de poder, o Poder Judiciário deve interferir nesses casos. Isto porque há, alega-se,

“decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de

²⁸ BARROSO, Luis Roberto, *Op. Cit.*, p.13

²⁹ *Ibidem*, p. 13

saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos”³⁰.

A questão é deveras pertinente, principalmente ao se considerar que os magistrados não possuem o conhecimento técnico necessário para avaliar o caso concreto que vão julgar. No entanto, considerando as ações relacionadas à garantia do direito à saúde, deve se levar em consideração que é facultado ao juiz valer-se de peritos, como assistentes da Justiça, que suprem essa falta de conhecimento técnico, indicando a necessidade real do autor do requerido no caso apresentado.

10. O ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal e a concretização das políticas públicas

Ao discursar na cerimônia de posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal, em 2008, o Ministro Celso de Mello defendeu a prática do ativismo judicial pela Suprema Corte, justificando-a:

Práticas de ativismo judicial, 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.

O ativismo judicial trouxe a compreensão de que as omissões legislativas não podiam impedir ou atrasar o exercício de direitos fundamentais, com a adoção de uma postura pró-ativa pelo Judiciário na concretização de políticas públicas.

Como sustentam Fernandes & Nelson (2014)³¹:

O principal argumento a favor do ativismo judicial é que, diante da retração dos demais Poderes, que falham na efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário, dentro da sua missão de guardião da Constituição, interpretar o texto constitucional de forma a extrair o máximo de sua efetividade, criando situações não previstas explicitamente na norma, mas que decorrem de valores implícitos no corpo constitucional.

³⁰ *Ibidem*, p.16

³¹ FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re) analisando o dogma do “legislador negativo”**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de pós-graduação *stricto sensu* em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014, p.8. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5763/3140>. Acesso em 12/04/2016

É essencial frisar que o preâmbulo da Constituição de 1988 prevê o dever do Estado de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Outros deveres prestacionais são elencados ao longo da Carta Magna, como “a erradicação da pobreza e da marginalização” (art. 3º); os direitos sociais (art. 6º), que englobam “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”; a universalidade da cobertura e do atendimento na seguridade social (art. 194, I), e o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218). No entanto, inúmeras são as omissões na efetivação desses direitos.

Outrossim, há que se considerar, ainda, que matérias que envolvem questões polêmicas são propositalmente evitadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, por medo da reação pública. Destarte, se torna responsabilidade do Judiciário a solução dessas lacunas. São exemplos de decisões da Suprema Corte que envolvem a prática do ativismo judicial: a declaração da constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas; a autorização da greve no serviço público; a declaração da constitucionalidade da lei que beneficiava os deficientes com passe livre nos transportes coletivos; a autorização de pesquisas com células tronco embrionárias; o reconhecimento da união estável de casais homossexuais (união homoafetiva); a autorização da interrupção da gravidez de feto anencéfalo; e a declaração de constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais e sociais para seleção de estudantes em Universidades.

Os itens enumerados acima mostram a importância da atuação da Corte Suprema na defesa dos exercícios e da manutenção de direitos constitucionalmente previstos, não se quedando inerte diante das omissões legislativas. Da mesma forma, como intérprete da Carta Magna, o Tribunal interpreta a Constituição extensivamente para estender direitos previstos a parcelas da população que foram negligenciadas.

II. Audiência pública do STF

A Audiência Pública de Saúde do Supremo Tribunal Federal ocorreu nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, com o intuito de colher depoimentos de pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde, de forma a elucidar as questões técnicas que envolvem as ações judiciais sobre saúde.

No discurso inaugural, o então presidente da Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes, discorreu a respeito da importância da audiência e da judicialização das políticas públicas de

saúde:

Todos nós, em certa medida, somos afetados pelas decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

No primeiro dia, debateu-se o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios encontrados pelo Poder Judiciário. Foi reconhecida, pela maioria, a legitimidade de atuação do Poder Judiciário nas demandas individuais, com a interpretação das políticas de saúde. No entanto, ressaltou-se sua ilegitimidade para julgar ações que se pautaram em laudos de médicos não vinculados ao SUS, salvo situações excepcionais. Discutiu-se, ainda, a responsabilidade dos entes federados, o dever do poder público de custear tratamentos e medicamentos não abrangidos nas políticas públicas existentes, as decisões judiciais que determinam o bloqueio de verba pública, o princípio da reserva do possível, a obrigatoriedade de se exaurir a instância administrativa antes do ingresso com ação judicial, o fornecimento de medicamentos sem registro no país e de tratamentos experimentais, bem como a evolução das políticas públicas de saúde. Entretanto, em nenhum desses pontos foi possível destacar posições majoritárias.

No segundo dia, os tópicos abordados foram relativos à responsabilidade dos entes da Federação e ao financiamento do SUS. Restou constatado que os municípios e os estados precisam de investimentos maiores na área de saúde. Com relação à responsabilidade solidária dos entes administrativos, a opinião majoritária é de que solidariedade leva, muitas vezes, ao cumprimento em duplicidade da determinação judicial. Para melhorar a assistência prestada pelo SUS, foi sugerida a criação de protocolos que devem ser periodicamente atualizados, de forma a tornar mais eficiente o uso racional de medicamentos, exames e procedimentos. Destacou-se a necessidade de o magistrado examinar os pleitos de forma mais metódica e técnica, não deferindo todos os pedidos. Falou-se, ainda, da possibilidade da realização de parcerias entre as Secretarias de Saúde e a Defensoria Pública, como forma alternativa de conciliação que, apenas em restando infrutífera, resultaria em ação judicial.

No terceiro dia, a discussão foi centrada na gestão e na legislação do SUS, e na universalidade do sistema. Ressaltou-se a necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional 29/00 – que altera os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao

Ato das Disposições Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde -, para o aperfeiçoamento das políticas públicas de saúde; a ilegitimidade dos requerimentos judiciais de medicamentos sem registro na ANVISA ou experimentais; a obrigatoriedade de prévia recusa administrativa que justifique o socorro pelo Judiciário; a importância das ações civis públicas; e a necessidade de maior diálogo entre os órgãos públicos, de forma a oferecer soluções administrativas aos cidadãos. Foi apresentado como exemplo a parceria realizada entre a Secretaria de Saúde de São Paulo e sua Defensoria Pública Estadual, que levou a uma significativa redução da judicialização na área de saúde.

Deliberou-se, também, sobre os casos em que há multiplicidade de medicamentos com o mesmo efeito (deve-se optar pelo de menor custo); a necessidade da edição de leis que definam as obrigações, responsabilidades e competências em matéria de saúde, bem como de uma reforma em relação ao financiamento do sistema, considerando as carências financeiras dos municípios; a impossibilidade do custeio de tratamentos no exterior; e as fraudes decorrentes do fornecimento de medicamentos por determinação judicial.

O quarto dia foi dedicado à discussão sobre o registro de medicamentos e insumos na ANVISA e os protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS. Nesta sessão, o único consenso foi o de que é de vital importância a demonstração da eficiência e da qualidade de novos tratamentos. De resto, os órgãos da Administração Pública entenderam que o Poder Judiciário só poderia deferir o fornecimento de medicamentos com registro prévio na ANVISA; os representantes dos interesses de médicos e pacientes, por sua vez, não julgaram imperioso, apesar de importante, o referido registro; e para o Ministério Público, o fornecimento de medicamentos não registrados não deve ser concedido, haja vista o risco de se trazer danos irreparáveis à saúde do paciente ao se utilizar substâncias não certificadas. O Ministério Público ainda apontou a importância de atualização dos protocolos clínicos do SUS nos casos em que substâncias aprovadas pela ANVISA apresentem superioridade terapêutica.

No quinto dia, argumentou-se como as decisões judiciais devem ser pautadas no mínimo existencial, priorizando medicamentos que existam no País, assim como não devem ser considerados os procedimentos puramente experimentais. Ainda na esfera judicial, foi colocado que devem ser analisadas ações individuais que versem sobre procedimentos ou medicamentos previstos em políticas de saúde que não foram fornecidos, ou nos casos em que se apresente risco iminente de morte. No entanto, nos casos que tratem de medicamentos ou tratamentos não contemplados em políticas públicas a discussão deve se dar via ação coletiva. No tocante aos princípios de integralidade e universalidade do Sistema, sugeriu-se a flexibilização da proteção das patentes de medicamentos, que levaria a uma consequente redução de custos, e a criação de comissões médicas especializadas, que auxiliariam nos questionamentos de diagnósticos e terapias.

No sexto e último dia da audiência pública, foram prestados esclarecimentos a respeito da política de assistência farmacêutica do SUS, com a reclamação das organizações não governamentais de que a listagem de medicamentos fornecidos pelo SUS está ultrapassada, especialmente em relação a medicamentos para tratamento de doenças raras. Por sua vez, os órgãos governamentais explicaram qual o procedimento para inclusão de novos medicamentos na listagem do SUS.

12. Jurisprudência – o posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Após a promulgação da Constituição de 1988, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era o da concessão absoluta do direito à saúde, guiando-se pelo fundamento de que havia uma obrigatoriedade constitucional dos entes federados de fornecer o medicamento ou tratamento requerido para a garantia do direito à saúde de forma plena e universal. Presumia-se que o orçamento deveria ser bastante para aplicação das políticas públicas da área de saúde.

Sobre tal entendimento, decisão do Ministro Celso de Mello proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286/RS, em 2000:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável ao direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de 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.

Em 2007, no entanto, com o deferimento parcial de um pedido de suspensão da execução da antecipação de tutela, a Ministra Ellen Grace limitou a responsabilidade do estado ao fornecimento dos medicamentos elencados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde, indicando uma possível mudança de paradigma na jurisprudência da Corte. Em sua fundamentação, indicou que não se pode tratar individualmente a questão de saúde do requerente em detrimento do direito à saúde da coletividade. Vejamos:

Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas.

Após a realização da Audiência Pública nº 04, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o Ministro Gilmar Mendes destacou a dualidade proibição de excesso (consequência da concessão ampla e irrestrita de medidas judiciais garantidoras do direito à saúde) *versus* proibição de proteção insuficiente (que fatalmente levaria à omissão na prestação da tutela nas questões de saúde pelo Estado): “haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)”.

O Ministro aponta, inclusive, em sua decisão, que o Estado deve considerar que há diferentes necessidades dos cidadãos, inclusive em relação ao custo que cada caso concreto despenderá, não sendo possível especificar um valor estante a ser aplicado de forma genérica, que pode não ser suficiente, em dada situação específica, para sequer garantir o mínimo existencial:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Com relação à "legitimidade" da judicialização no que diz respeito às questões de saúde, a audiência pública de saúde do STF esclareceu que, na grande maioria das demandas judiciais, o objeto é a determinação do cumprimento de políticas públicas já existentes. Nestes casos, deve ser analisado o caso concreto, para verificar o motivo que ensejou na omissão estatal. Sendo requerido tratamento alternativo, deve se priorizar o tratamento oferecido pelo SUS, salvo comprovação de sua ineficácia para o requerente.

Com relação às ações judiciais que tratam de patologia para a qual o SUS não possui qualquer tratamento específico, devem ser indeferidas as concessões de tratamentos puramente experimentais, considerando os riscos que podem trazer à saúde, quiçá à vida, do requerente. No entanto, a concessão de tratamentos novos não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro deve ser objeto de judicialização individual ou coletiva, com a apresentação de extensivas provas acerca da segurança e eficácia do tratamento ou medicamento requerido.

A Corte manteve seu entendimento anteriormente pacificado quanto à responsabilidade solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estando ainda

pendente o julgamento definitivo da Proposta de Súmula Vinculante nº 4.

13. Conclusão

Este artigo teve como primeiro objetivo identificar e entender as hipóteses que têm causado a crescente intervenção do Poder Judiciário na aplicação das políticas públicas de saúde.

A análise da evolução das políticas públicas de saúde no País demonstra que a preocupação estatal foi se modificando, deixando de atender apenas aos interesses comerciais e, progressivamente, passando a atender o interesse público de forma mais abrangente e coletiva.

Ainda assim, é possível observar que a garantia do direito à saúde esbarra em muitos obstáculos, principalmente a ausência de legislação específica necessária à aplicabilidade das normas de eficácia limitada previstas na Constituição Federal de 1988 e a dificuldade de se atingir um equilíbrio no binômio reserva do possível – mínimo existencial.

É cediço que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, em casos polêmicos que possam abalar sua popularidade, optam por permanecerem omissos. Esta omissão traz inúmeros prejuízos aos cidadãos que, muitas vezes, não podem usufruir de seus direitos por ausência de previsão no ordenamento jurídico.

Este descaso com a observância do princípio da supremacia do interesse público, que deveria reger os atos administrativos estatais, faz com que o Poder Judiciário tenha que suprir esta lacuna, intervindo em funções que não caberiam a ele.

Este ativismo judicial traz uma série de problemas, incluindo orçamentários, e pode, inclusive, prejudicar outros cidadãos que dependam de determinada prestação e que deixam de receber pela onerosidade causada a um ente federativo por função de uma decisão judicial.

No entanto, os benefícios superam os problemas, ao se considerar que o Poder Judiciário está tão somente tentando garantir a concretização do direito à saúde e o tem feito através do julgamento dos casos concretos que lhe são apresentados e da criação de jurisprudências que sanem temporariamente a ausência de previsão legal.

Por isso, conclui-se que o ativismo judicial, apesar de não ser o ideal e sequer dever existir, é extremamente necessário atualmente, como forma de garantir aos cidadãos o exercício de seu direito à saúde.

14. Referências bibliográficas

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 2013. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 22/08/2015, p.3.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p.257.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 07/09/2017, p.3.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Ed. Almedina, 2003, p.250

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. 1996. 19f. Trabalho preparado para apresentação no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública”, XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambú, MG, 1996, p.2.

CLEVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, nº 22, Curitiba, julho/dezembro 2003, p.27.

FAVERET FILHO, Paulo & OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde**. Planejamento e Políticas Públicas, junho, 1990, Ipea, p.139-162

FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re) analisando o dogma do “legislador negativo”**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de pós-graduação *stricto sensu* em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014, p.8. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5763/3140>. Acesso em 12/04/2016

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. DADOS - Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, vol. 52, nº 1, 2009, p.2.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes**. Revista Intervenção, Estado e Sociedade, v.1, n.1, janeiro de 2014, p. 59-83

GIOVANELLA, Lígia; FLEURY, Sonia. **Universalidade da atenção à saúde: acesso como categoria de análise**. In: EIBENSCHUTZ, Catalina (org.). **Política de Saúde: o direito público e o privado**. Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 1996, p. 17

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240>. Acesso em set 2017, p.23.

LUCK, Alan Saldanha. **A efetividade dos direitos sociais e a cláusula da reserva do possível**. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n.68, 2009. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6703>. Acesso em 22/08/2015, p.4

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2010, p.168/169.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Método, 2009, 4ª Ed. p. 387.

REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde**. UNASUS/UNIFESP, Brasília, 2012, p.35

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.572.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro. Ediora Renovar. 1999, p.141