

A POLÍTICA PÚBLICA DA SAÚDE E OS ASPECTOS DA SUA JUDICIALIZAÇÃO

PUBLIC POLITICS OF HEALTH AND ASPECTS OF ITS JUDICIALIZATION

¹Rafael Fernando dos Santos

²Angelina Cortelazzi Bolzam

RESUMO

Com a elaboração do presente artigo procura-se analisar questões atinentes à judicialização de casos que envolvam a saúde, e por saúde se entende a política pública voltada à garantia do direito fundamental a ela atrelado, ou seja, o conceito de saúde que se pretendeu trabalhar não é distante daquele contido na leitura conjugada dos artigos 6º e 196 da Constituição da República, consagradores de ser ela, saúde, direito de todos e dever do Estado, assegurada por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, assegurando-se ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Com esse enfoque é que se pretende examinar a viabilidade e consequências de controle judicial das políticas sociais e econômicas de promoção, proteção e recuperação, de acesso, enfim, de efetiva vazão ao direito fundamental. Quanto aos aspectos metodológicos empregados na análise da questão relativa à saúde, procurou-se na interpretação dos comandos constitucionais que fixam o direito subjetivo o ponto de partida da análise, bem como a inarredável apreciação da inafastabilidade do controle judicial no âmbito das políticas públicas, aferindo eventuais limites do Poder Judiciário, para então fazer-se uma sucinta análise de precedentes julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal e extrair-se desta contextura jurisprudencial as balizas mínimas para os aspectos da judicialização da saúde.

Palavras-chave: Direitos sociais, Políticas públicas, Direito à saúde

¹ Mestrando em Direito na Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, Piracicaba – SP (Brasil).

E-mail: rafaelf_dossantos@yahoo.com.br

² Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, Piracicaba – SP (Brasil)

E-mail: acbolzam@outlook.com



ABSTRACT

This article was elaborated in order to analyze issues relating to the judicialization of cases involving health, understanding health as a public policy aimed at to guarantee the fundamental right to it linked, that is, the concept of health that the authos intended to work is not far from that contained in the combined reading of Articles 6 and 196 of the Constitution, consecrators to be the health, universal right and duty of the state, guaranteed through social and economic policies aimed at to reduce the risk of disease and other becomes, ensuring also the universal and equal access to actions and services for its promotion, protection and recovery. With this approach it is intended to analyze the feasibility and consequences of judicial control of social and economic policies of promotion, protection and recovery, access, anyway, the effective flow to the fundamental right. Relating to the methodological aspects employed in the analysis of the issue concerning to the health, it was searched in the interpretation of constitutional provisions that secure the subjective right the starting point of the analysis as well as the unwavering appreciation of inseparability of judicial control in the context of public policy, assessing possible limits of the judicial branch, and then to realize a brief analysis of previous trial in the Supreme Court and extract from this jurisprudencial context the minimum goals for aspects of health judicialization.

Keywords: Social rights, Public policy, Right to health



INTRODUÇÃO

A tutela dos denominados direitos fundamentais precisa ser levada a efeito como desígnio do Estado, devendo este ser compreendido em sua acepção mais abrangente, quase que coloquial e corriqueira, porquanto ele, Estado, por seus três poderes autônomos e independentes, consoante clássica tripartição, deve promover os meios pelos quais, harmonizadas as coexistências destes direitos, se dará vazão e efetividade ao que assegura a Constituição da República.

Com este panorama de dever do Estado na efetividade dos direitos fundamentais, torne-se a dizer, por suas variadas frentes, é que se pretende analisar os aspectos da judicialização de demandas que envolvam o direito à saúde. Ou seja, conquanto se reconheça que o artigo 199 da Constituição Federal assegure à iniciativa privada a assistência à saúde, o que se pretende considerar é a saúde enquanto política pública, ou seja, a exata conjugação do disposto nos artigos 6º e 196, da Constituição Federal, a revelar a saúde como direito de todos e dever do Estado, logo, nítido direito social promovido por meio de políticas públicas.

Enfatiza-se, destarte, que o objetivo maior deste estudo é aferir os aspectos da judicialização de demandas envolvendo este direito social, investigando-se assim, a viabilidade de promoção da saúde ou o implemento de certa medida pelo Poder Judiciário, ou seja, o tão faladado controle jurisdicional de políticas públicas, buscando assim os pressupostos e os eventuais limites de atuação do Poder Judiciário naquilo que diga respeito, especificamente, ao direito à saúde.

A pertinência do tema revela-se primeiramente pelo seu impacto direto na vida social, já que a saúde, compreendida em sua acepção transcendente ao conceito jurídico, é sempre um dos pontos sensíveis quando se fala em políticas públicas. Um segundo aspecto faz sobressair a relevância já anunciada, porquanto se trata de típica verificação de um caso em que o Poder Judiciário termina por cumprir um papel que, a princípio, não lhe parece atribuído senão pela via do controle, mas que termina sendo, por vezes, a única forma de ver-se assegurado o desígnio constitucional, reclamando assim, no mínimo, sejam repensados os modelos de separação dos Poderes.

Recolhidos esses objetivos, assinala-se que a abordagem do tema proposto acima, no presente artigo, se dará em três etapas distintas, a se iniciar pela classificação do direito à saúde como direito fundamental, sua decorrente matriz constitucional e a feição típica de direito social que carrega, concretizado, destarte, por meio de políticas públicas; a segunda



dirige-se a pontuar os aspectos do controle jurisdicional das políticas públicas, em um breve, mas necessário apanhado sobre as atribuições do Poder Judiciário, seus eventuais limites e formas de atuação; o terceiro ponto, com o qual se vai buscar os aspectos já balizados sobre a temática, propõe-se a análise casuística de um precedente julgado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEUS CONTORNOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A questão afeta à efetividade dos direitos sociais, com carga de fundamentalidade decorrente da sua matriz constitucional, é seguramente uma diretriz a ser seguida pelo Estado, e essa diretriz anunciada deve atingir todas as esferas do Poder Público, mesmo se considerada a clássica separação dos Poderes da República.

Conquanto distintos sejam os papéis institucionais, a promoção destes direitos fundamentais há de encontrar um espaço de preferência na atuação de cada um deles.

Não sem razão que se vê no curso histórico do surgimento do modelo estatal que consagra a preponderância constitucional, e por corolário os direitos fundamentais, uma conjugação desta dúplici vertente: garantia de direitos e separação dos Poderes.

A esse propósito, por exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet assinala que o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, dava conta de que não possuía constituição aquela sociedade em que não houvesse garantia de direitos assegurada, nem separação de Poderes determinada, ou seja, dava-se aí a base material das primeiras constituições: garantia de direitos fundamentais e separação de poderes

Para tanto, afigura-se oportuna a transcrição da seguinte lição de Klaus Stern, para quem ‘as ideias da Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionais da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental’. Na verdade, o pensamento reproduzido encontra-se em sintonia com o que dispunha o multicitado artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, segundo a qual ‘toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição’. A partir dessa formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal- burguesa: a noção de limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. (SARLET, 2015, p. 59)



Nesta contextura é que nos parece precisa ser aferida, mesmo nos dias atuais, a questão relativa ao direito à saúde e sua efetivação por meio da atuação judicial. É necessário buscar sua base de direito fundamental, e perquirir os aspectos e balizas do modelo de separação de Poderes vigente para então recolher os pontos que interessam à judicialização.

Anote-se, nessa ordem de ideias, que no Brasil verifica-se a elevação do direito à saúde ao patamar de direito fundamental¹, carregando nítida feição de direito social, de sorte que a vigente Constituição, para além de conferir a precitada fundamentalidade, estabeleceu os critérios de universalidade; gratuidade e assistência integral, conquanto tenha admitido, segundo disposto em seu artigo 199, à iniciativa privada, a execução de serviços voltados à saúde

Art. 199 A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Sobredita base de fundamentalidade pode ser extraída do artigo 6º da Constituição Federal, consagrador de serem direitos sociais: os direitos à educação; à saúde; à alimentação, entre outros ali elencados

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

Ou seja, sendo o direito à saúde um direito social, e, portanto, de segunda dimensão, convém lembrar que exigem do Estado efetiva atuação para seu cumprimento, porquanto, conforme assinala André Ramos Tavares (2002, p. 555) os direitos sociais são aqueles que “exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”.

Em outro giro, completando a conceituação que se quer recolher, José Afonso da Silva caracteriza os direitos sociais como

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 1999, p. 289-290).

¹ Por direitos fundamentais, sem desconhecer a celeuma terminológica, quer empregar-se o significado de direito outorgado ou reconhecido no plano constitucional de determinado Estado.



Verificado que o direito à saúde se traduz em um direito social, e deve ser promovido pelo Estado em suas variadas frentes de atuação, de bom alvitre, ainda no escopo de reunir os elementos e regramentos constitucionais, mencionar que presente a norma estabelecida no artigo 196 do nosso Diploma Maior, conjugado com o já referido artigo 6º, observa-se a saúde como dever do Estado, levado a efeito e assegurado por meio de políticas públicas sociais e econômicas, mirando a redução do risco de doença e outros agravos, bem assim, viabilizando o acesso universal e igualitário às ações e serviços voltados à sua promoção, proteção e recuperação

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

É nesse sentido que José Afonso da Silva (2006, p. 767), ao tratar do coincidente tema, assinala que saúde não é mera assistência médica, ambulatorial, hospitalar, indo além disso, de sorte que ao proclamar que saúde transcende essa compreensão de atendimento médico, o precitado autor arremata que “a leitura do art. 196 mostra que a concepção de saúde adotadas não é a simplesmente curativa, aquela que visa restabelecer um estado saudável, após a enfermidade; mas a prestação social no campo as saúde volta-se especialmente para os aspectos da prevenção e não da medicina curativa”.

A seu turno, André Ramos Tavares trata deste dever do Estado de forma a relacioná-lo, a ele dever, com a promoção da dignidade da pessoa humana, concepção que se coaduna com a máxima efetivação do direito fundamental à saúde

Realmente, o Estado deve promover política sociais e econômicas destinadas a possibilitar o *acesso universal igualitário* às ações e serviços para a *promoção, proteção e recuperação* da saúde. Ademais, deve preocupar-se igualmente com a *prevenção* de doenças e outros agravos, mediante a redução dos riscos (arts. 196 e 198, II). Por fim, o tema relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e se desenvolver (TAVARES, 2002, p. 570).

Observa-se assim o amplo contexto em que deve ser encarado o direito fundamental à saúde, bem como o foco que as políticas públicas devem nutrir ao buscar-se seu efetivo implemento. Aliás, parece oportuno mencionar que não há, no texto constitucional, qualquer distinção das áreas humanas em que se deve primar pela saúde, de sorte que a proteção abrange a saúde física e mental.



No próprio plano infraconstitucional esse entendimento é consagrado, eis que “o art. 3º da Lei n. 8.090/1990 adotou esse entendimento, estabelecendo a garantia das pessoas e da coletividade às condições de bem-estar físico, mental e social” (CHIMENTI; CAPEZ; ROSA, 2005, p. 525).

Impende ainda, considerar que o artigo 198 da Constituição Federal institui e disciplina o denominado Sistema Único de Saúde - SUS, de caráter público e aparelhado por uma rede em cada esfera do governo, prevendo atendimento integral e focada, ao menos como diretriz, nas atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e a participação da comunidade.

Ainda no âmbito de verificar o sistema único aludido acima, sempre lembrando que se pretende avaliar os aspectos do controle judicial desta política pública, é preciso assinalar que, conquanto o SUS tenha por característica a regionalização e uma hierarquização organizada de forma descentralizada em cada uma das esferas de governo, sua abrangência deve ser a máxima possível, daí que “a expressão *as ações e serviços públicos* de saúde têm como responsável o Poder Público, considerado em sentido amplo, englobando todas as entidades federativas” (TAVARES, 2002, p. 571).

Ora, se esse é o efetivo papel que a saúde tem, como obrigação de todos os entes federativos, já se evidencia que seu controle judicial milita em favor da preponderância dos critérios constitucionais bem como salvaguarda a efetivação de um direito fundamental, porquanto observa-se que a Constituição da República elegeu diversos atores, no caso os entes federados, como responsáveis por promover o direito fundamental à saúde, situação que permite concluir que também os Poderes da República, autônomos e independentes, também conservam essa missão no âmbito das suas competências e atribuições institucionais.

Na busca dos critérios constitucionais relativos ao direito à saúde, é sobremodo relevante aludir que assistência à saúde independe de qualquer tipo de filiação do destinatário; não tem, destarte, caráter contraprestacional, já que seus recursos são obtidos, segundo disposto no artigo 198 da Constituição Federal, do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes; tem ainda, feição universal e atendimento integral abrangendo todas as etapas, como dito, de prevenção, proteção e recuperação (CHIMENTI; CAPEZ; ROSA, 2005, p. 525).

Aferidas estas características, de máxima abrangência de atores encarregados da sua promoção e das variadas fontes de custeio que não nutrem caráter contraprestacional, parece-nos importante recolher o desígnio constitucional refletido no artigo 196 da Constituição da



República, que também milita como indicativo limitador do controle judicial, ou melhor, uma baliza decorrente da própria Constituição, qual seja: os aspectos de prevenção que a política pública precisa ter.

Como visto, o direito à saúde tem como fator orientador, por disposição constitucional, a promoção dos aspectos de prevenção, de sorte que, extrai-se por um lado um limite de atuação de eventual controle judicial, mas não implica na conclusão de ser apenas preventiva a orientação constitucional no âmbito do direito à saúde, um outro ponto, até de revelo maior, há de ser analisado, e se trata, por óbvio, da questão relativa à assistência terapêutica integral e o fornecimento de medicamentos.

Neste âmbito de considerações, necessário lembrar que segundo disposto no art. 6º, inciso I, letra “d”, da Lei n. 8.080/1990, incumbe ao SUS, entre outras, as ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

O que se precisa assinalar, nessa contextura de análise do controle judicial da política pública da saúde, já recolhidos os aspectos e contornos constitucionais abordados acima, é se o disposto nesta atribuição legal do SUS de “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”, configura direito subjetivo dos destinatários e, portanto, um dever do Poder Público, no tocante, sobretudo, ao fornecimento de medicamento e assistência médico-hospitalar. Ou seja, a questão há de ser pensada na máxima extensão do direito fundamental à saúde, também sob esta perspectiva, ante o claro impacto que o tema promove no controle jurisdicional relativo à matéria.

Ou seja, é preciso refletir se este direito subjetivo existe ou não. Pois a depender de como se encare, o Poder Judiciário pode impor ao Executivo diretamente tais obrigações, a despeito das condições e critérios de seletividade e distributividade, já que se sabe que o fornecimento de medicamentos é prestação da seguridade social, ou seja, tanto o legislador quanto o administrador podem, a princípio, aferir determinados campos da saúde que reclamam atuação no fornecimento de medicamento, mirando o efetivo potencial distributivo.

É preciso buscar, destarte, no panorama jurisprudencial os contornos e limites da atuação do Poder Judiciário nestes aspectos subjetivos do direito fundamental à saúde.



2 ASPECTOS DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE

Aferidos os contornos e desígnios constitucionais do direito à saúde, algumas notas acerca da viabilidade do seu controle judicial devem ser observadas. Isso porque, não se busca nos limites desse estudo exaurir ou mesmo aprofundar qualquer discussão acerca da coexistência harmônica dos Poderes da República, tampouco objetiva-se produzir qualquer investigação ou crítica ao que se denomina de “ativismo judicial”, antes disso, o que se pretende verificar são os eventuais limites, ou melhor, as balizas que o Poder Judiciário tem, dentro do seu papel institucional, para promover e assegurar o direito à saúde.

Relembra Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 125), que “Montesquieu condicionara a liberdade à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva, criando a teoria da separação dos poderes e afirmando que a reunião dos poderes permite o surgimento de leis tirânicas”.

É de observar assim, de pronto, a necessária verificação de que também é papel do Poder Judiciário, cuidando-se de direitos fundamentais, transcender aos aspectos que mesquinamente acaba renegado, buscando prestigiar um modelo jurisdicional em que se afira adequada a atuação do Poder Judiciário na implementação direta e no controle de políticas públicas.

Nesse contexto que se quer verificar, de bom alvitre assinalar, conforme Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 34) que na tutela e salvaguarda dos direitos fundamentais “não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais”, vai daí o preponderante papel que o Judiciário assume.

Não se pode deixar de reconhecer que na transição do Estado liberal, no qual foi concebida a separação dos poderes, para o Estado social, verifica-se profunda alteração na forma de se pensar o Estado e, por óbvio, as suas finalidades, ou seja, passa o Estado a ter uma feição de satisfação do bem comum, garantidor de direitos fundamentais

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do grupo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais -, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade



da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia. (GRINOVER, 2013, p. 126).

Se o que se observa na evolução natural dos modelos de Estado é um aumento da função de controle do Poder Judiciário, salvaguardando e impondo a efetivação dos direitos fundamentais, é preciso reconhecer que

O processo jurisdicional atua, entre outros tantos meios possíveis, com espaço vocacionado para solução e composição do dissenso natural à democracia e ao nosso modelo de Estado, que a agasalha, constringendo o diálogo e impedindo (na medida do possível) a ruptura do tecido social. Note-se que o enfrentamento ocorre no âmbito de um modelo material-procedimental de constituição, de forma a admitir, no âmbito de uma moldura constitucional sólida de direitos fundamentais, a presença dos mandamentos deontológicos de *obrigação, permissão e faculdade*.

Resultante dessa nova visão, surgida uma tensão entre a alegação de falta ou insuficiência de uma política pública e a previsão normativa de um direito fundamental social que demande resposta, o processo, entendido como procedimento em contraditório, possibilita a individualização do problema, a definição dos seus limites e a identificação das razões dos opositores, podendo resultar em uma composição (consenso), em uma solução de compromisso (espécie de consenso qualificado) ou na afirmação, pelo direito, da solução conforme a justiça para o caso concreto, observando-se o debatido nos autos (pretensão do direito de dar a cada um o que é seu – *suum quique tribuere*), conforme com os direitos fundamentais previstos na Constituição (ZANETI JR., 2013, p. 44-45).

Este papel do Judiciário é facilmente verificável ao conceber-se a ideia de que “as formas do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si sós” (GRINOVER, 2013, p. 128), ou seja, sendo o Judiciário um instrumento nessa perspectiva, deve-se considerar que a atividade jurisdicional não é mais mera extração de sentido da norma

Nesse passo temos que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado. Eles são decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição. Por isso, tanto o Legislativo quanto o Executivo, na efetivação desses direitos, devem ter em vista essas diretivas.

Quanto ao Judiciário, este recebe a tarefa de proteger as minorias das maiorias transitórias, e passa a ter um papel importante na criação do direito: abandonando-se a ideia de silogismo, puro e simples, na elaboração da decisão judicial, e admitindo-se que o magistrado não apenas revela o conteúdo oculto da norma (LAGE, 2013, p. 152).

Assegurado o papel do Judiciário na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, é de se registrar que não se concebe mais, modernamente, a mera alegação de que a “separação de poderes” figure como fator de limitação ao controle judicial das políticas públicas², eis que “no moderno estágio da evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário” (ZANETI JR., 2013, p. 48).

² Vide ADPF nº 45



Ou seja, segundo pondera Paulo Bonavides (apud ZANETI JR., 2013, p. 48), “a doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”.

Vai daí a inarredável conclusão de que havendo desvirtuamento ou inação política, no desempenho das atribuições dos demais poderes, a questão relativa às políticas públicas, e no caso que nos interessa àquelas voltadas ao direito à saúde, poderá ser submetida ao Poder Judiciário, e que em um Estado Democrático de Direito

O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado (GRINOVER, 2013, p. 129).

É neste cenário de preponderância dos direitos fundamentais, que não é senão supremacia constitucional, que precisa ser inserida a atuação do Poder Judiciário, sem é claro, deixar de considerar os elementos mínimos e limites dessa intervenção judicial nas chamadas políticas públicas, de ordem formal e material, de sorte que como último ponto deste tópico procura-se apresentar alguns aspectos limitadores, ou melhor, orientadores da atuação do Poder Judiciário no âmbito das ditas políticas públicas.

Ponto central de orientação da atuação do Poder Judiciário, aferido o cenário de prevalência e efetividade dos direitos fundamentais, é o chamado núcleo duro ou central, capaz de assegurar o mínimo existencial necessário à garantia da dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados” (TORRES, 1990, p. 69-70).

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, portanto

É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa. O mínimo existencial corresponde assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei o de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei. (GRINOVER, 2013, p. 133).

Por certo não é possível discorrer, nesta sede, acerca de todos os elementos que orientam e marcam os contornos a atuação jurisdicional no âmbito das políticas públicas, de sorte que aludiu-se com mais detalhe ao denominado “mínimo existencial”, justamente



porque este aspecto parece-nos servir de marco para efetivação dos direitos sociais, mas outros tantos elementos precisam ser adicionados, de sorte que se pode reputar que assegurar o mínimo existencial serve de pressuposto à intervenção judicial, enquanto que a regra de proporcionalidade atua como limite da pretensão individual e social levada ao Poder Judiciário.

Ou seja, visando garantir o mínimo existencial, na efetivação do direito à saúde, considerado sempre os limites orçamentários e possíveis do Estado, e orientado pela regra de proporcionalidade, pode o Poder Judiciário atuar, tanto no controle dos atos administrativos atinentes às políticas públicas, quanto na implementação direta de expedientes que visem assegurar o direito fundamental à saúde.

3 PANORAMA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO DIREITO À SAÚDE - ANÁLISE DO EFETIVO CONTROLE JURISDICIONAL

Das considerações lançadas nos tópicos precedentes dois elementos podem ser extraídos com singeleza: i) o direito à saúde é um direito fundamental, deve ser compreendido na sua máxima efetivação tanto nos aspectos de prevenção quanto de tratamento e fornecimento de medicamentos; ii) o Poder Judiciário, sob certos critérios e balizas, deve atuar no tocante às políticas públicas voltadas a dar vazão ao sobredito direito fundamental.

Recolhidos os dois elementos sintetizados acima, resta o último ponto a que nos propusemos analisar, consistente em buscar um apanhado, sem pretensão exauriente, do cenário jurisprudencial acerca do tema em cada um dos elementos, para então cuidar-se da análise de um precedente específico julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, ao encerrar-se o tópico no qual se pretendeu dar os contornos do direito fundamental à saúde no plano constitucional, colocou-se a questão sob o prisma da indagação sobre o direito subjetivo à integral assistência e ao fornecimento de medicamentos, de rigor assinalar nesse propósito, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por exemplo, o dever do Estado atinente ao fornecimento gratuito de medicamentos a portadores do vírus HIV, servindo assim, de precioso indicativo do entendimento que a Corte Constitucional confere à matéria, ou seja, parece indicar que de fato há um direito subjetivo e oponível ao Estado.

Outro ponto que precisa ser cotejado no tocante ao posicionamento jurisprudencial, diz com o segundo elemento recolhido na síntese, ou seja, o cenário jurisprudencial quanto ao



controle judicial das políticas públicas propriamente dito, sendo oportuno, a esse propósito, citar o que fora decidido na ADPF n. 45, na qual o Ministro Celso de Melo assim se manifestou

É certo que não inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas destas Suprema Corte, em especial- a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo, reside, primeiramente, 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 essa Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sobe 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 do Estado (...).

A meta central das constituições modernas, e a Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida este em assegurar as condições de própria dignidade, que inclui, além da proteção dos 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. (...).

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula de “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos dos direitos de segunda geração – de implementação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Vê-se assim, que dos elementos aludidos no julgamento da referida ADPF, o Supremo Tribunal Federal entende que a intervenção do Judiciário não apenas é possível, mas também desejável, para dos fins de assegurar-se o mínimo existencial e respeitadas: a razoabilidade e a disponibilidade financeira do Estado, elementos que nos parecem óbvios à adstrição do provimento jurisdicional.

Verificados estes precedentes que orientam tanto o conteúdo formal quanto material do controle jurisdicional das políticas públicas, seleciona-se abaixo, para análise e reflexão, o que fora decidido pela Corte Constitucional quanto ao direito fundamental à saúde no âmbito do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47, de Pernambuco, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.



Naquela sede, ao apreciar o que o Relator denominou “questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde”, o Supremo Tribunal Federal, cuidou de analisar detidamente os pontos colocados e tratados até aqui, como garantia ao mínimo existencial e reserva do possível, de sorte que o Relator bem frisou a tensão e sensibilidade que envolvem a matéria

O fato é que o denominado problema da ‘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 da 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, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os 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 de saúde e além das possibilidades orçamentárias (STF, AgRg na suspensão de liminar 47, Pernambuco, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em: 29.04.2010, p. 11 – 12).

O grande ponto de relevo que se busca evidenciar do precedente analisado, dado o rigor científico e acadêmico dispensados pelo Ministro Gilmar Mendes à matéria, são os indicativos extraídos da análise dissecada de cada um dos elementos contidos na matriz constitucional do direito à saúde. Com efeito, a Suprema Corte pode analisar cada tópico

Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) ‘direito de todos’ e (2) ‘dever do Estado’, (3) garantido mediante ‘políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos’, (5) regido pelo princípio do ‘acesso universal e igualitário’ (6) ‘às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação’ (STF, AgRg na suspensão de liminar 47, Pernambuco, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em: 29.04.2010, p. 14.).

De tudo quanto foi analisado o que pode ser tirado das balizas apresentadas pelo Ministro Relator, para a conjugação com o núcleo duro do direito fundamental à saúde, implementado com vistas à reserva do possível, é a premente necessidade de que as demandas que envolvam a efetivação de políticas públicas para assegurar tais direitos sejam analisadas de forma casuística, com um olhar voltado ao caso concreto



Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Recolha-se em conclusão, portanto, que o direito fundamental à saúde há de ser compreendido em sua máxima efetivação, sendo que na omissão ou inação dos Poderes que a princípio deveriam implementar as políticas públicas, caberá ao Poder Judiciário, observados certos limites e balizas objetivas, atuar de forma casuística e ponderada, assegurando assim que não se perca, ao fundamento vazio de indisponibilidade financeira, o papel preponderante que o Estado tem em assegurar os direitos sociais por meio de políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os elementos apresentados no presente estudo, quer nos parecer acertado reputar em notas conclusivas, que o direito à saúde encontra feição de fundamentalidade em nossa conjuntura constitucional, de sorte que sendo nítido direito social, deve ser assegurado pelo Estado, em seus variados níveis de atuação e por todos os entes federados, bem como inserido na competência de cada um dos Poderes Constituídos, disposição e conclusão que indica ser possível ao Poder Judiciário exercer o controle das políticas públicas, já que saúde é direito de todos e dever do Estado.

Ou seja, cumpre na atuação jurisdicional, transcender a mera interpretação e conformação de sentido das normas, para inserir o Judiciário em um contexto no qual possa apreciar a compatibilidade das políticas públicas adotadas, ou a falta de adoção destas, com os desígnios constitucionais, situação que não indica ofensa à separação dos Poderes, antes disso, milita em favor do fortalecimento do Estado.

Seguramente não está o Poder Judiciário livre de certos parâmetros e limites, os quais foram apresentados e se traduzem, em resumo, na garantia ao mínimo existencial, observância da regra de proporcionalidade da reserva do possível, procurando sempre, segundo precedente do Supremo Tribunal Federal, fazer-se uma análise casuística, sem qualquer padronização, para assim aferir na concretude um caso, a necessidade da intervenção judicial nas políticas públicas voltadas à saúde.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na suspensão de liminar 47/PE-Pernambuco**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 29/04/2010. Argte(s): Estado de Pernambuco. Adv.(a/s): Procurador-Geral do Estado de Pernambuco. Argdo(a/s): União. Adv.(a/s): Ministério Público Federal. . Argdo(a/s): Ministério Público Federal. Adv.(a/s): Procurador Geral da República. Argdo(a/s): Ministério Público do Estado de Pernambuco. Adv.(a/s): Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco. Argdo(a/s): Município de Petrolina. Adv.(a/s):Procurador-Geral do Município de Petrolina.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 45**. Relator(a): Celso de Mello. Data do julgamento:

29/04/2004. Argte(s): Partido da Social Democracia Brasileira– PSDB. Adv.(a/s): Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho e outros(a/s). Argdo(a/s): Presidente da República. Adv.(a/s): Advogado Geral da União.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Elias; SANTOS, **Curso de direito constitucional**. Maria F. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRE, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**, n. 42. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral, 1990.

ZANETI JR., Hermes. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.