

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO CERRADO
PATROCÍNIO
Graduação em Direito**

**DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE:
Da garantia de acesso às disfunções reproduzidas entre o
ativismo e a judicialização**

Rita de Cássia Vieira

**PATROCÍNIO-MG
2017**

RITA DE CASSIA VIEIRA

DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE:

**Da garantia de acesso às disfunções reproduzidas entre o
ativismo e a judicialização**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial
para obtenção do grau de
Bacharelado em Direito, pelo Centro
Universitário do Cerrado Patrocínio.

Orientador: Prof. Me. Nery dos
Santos de Assis.

PATROCÍNIO-MG

2017



Centro Universitário do Cerrado Patrocínio
Curso de Direito

Trabalho de conclusão de curso intitulado “ *Direito fundamental a saúde: Da garantia de acesso às disfunções reproduzidas entre o ativismo e a judicialização*”, de autoria da graduanda Rita de Cassia Vieira, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Me. Nery dos Santos de Assis – Orientador

Instituição: UNICERP

Prof.

Instituição:

Prof.

Instituição:

Data de aprovação: ___/12/2017

Patrocínio, ___ de dezembro de 2017

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo dos fenômenos da Judicialização e do ativismo judicial na seara do Direito à saúde. Consagrado na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, o direito à saúde possui *status* de direito social e, portanto, carece da atuação positiva do Estado que está na posição de garantidor desse direito. O SUS é a política pública brasileira, responsável pela operacionalização desse dever, que em âmbito nacional desenvolve ações e presta serviços de saúde de forma integral a todos os brasileiros. A busca incessante pela realização desse direito na esfera judicial pelos cidadãos trouxe discussões acerca da real postura do judiciário no julgamento das demandas da saúde. O estudo tem o objetivo de reunir posições doutrinárias, no intuito de desenvolver o senso crítico acerca do protagonismo judiciário que se reveste tanto de decisões pautadas na previsão estreita da Lei, como de decisões revestidas de subjetivismo e de larga interpretação dos preceitos constitucionais e quais os efeitos provocados na jurisdição constitucional. O trabalho foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica pelo método dedutivo. A questão é extremamente polêmica e a doutrina traz posicionamentos que perpassam por várias vertentes de entendimentos. Há doutrinadores que afirmam que a atuação do judiciário é predominantemente ativista, outros justificam o protagonismo judicial como um autêntico e necessário processo de judicialização. Existem comprovadas incidências de ambos os fenômenos ocorrendo na alçada judicial, o que pode ser comprovado numa breve análise jurisprudencial. Tanto a judicialização como o ativismo judicial estão presentes na litigância pelo direito à saúde. E cada um revela seus ganhos e perdas para a sociedade. Contudo observa-se que o judiciário está tendenciosamente se afastando dos valores e fins constitucionais.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Ativismo Judicial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O DIREITO À SAUDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS	8
2.1 A organização do SUS.....	14
2.2 As fontes de financiamento do SUS.....	16
3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	18
3.1 O Ativismo Judicial.....	26
4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE X ATIVISMO JUDICIAL	31
4.1 A Evolução Jurisprudencial dos Tribunais	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47
ANEXO	52

1 INTRODUÇÃO

A judicialização e o ativismo judicial são fenômenos polêmicos que compõem o cenário de luta pela efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira. São desencadeados por diversos fatores que desafiam os preceitos constitucionais, a organização política e administrativa e até mesmo a ordem econômica do país.

O direito à saúde está assegurado desde 1988, no artigo 196 da atual Constituição Federal, como direito fundamental, possui status de direito social e, portanto, carece da atuação positiva do Estado que está na posição de garantidor desse direito. O SUS é a política pública brasileira, responsável pela operacionalização desse dever, que em âmbito nacional desenvolve ações e presta serviços de saúde de forma integral a todos os brasileiros.

Neste contexto, o presente trabalho tem como escopo numerar as bases legais que fundamentam o direito à saúde, bem como a política pública nacional – SUS, e num segundo momento discutir os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, em relação ao direito à saúde, sob o aspecto doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a pesquisa parte de uma breve explanação de conceitos e princípios que norteiam o direito à saúde, bem como as premissas legais que o sustentam enquanto direito fundamental. O Capítulo I também versará sobre o SUS que materializou a previsão do artigo 198 da atual Constituição Federal. Neste momento também será apresentada a organização deste Sistema, os níveis de assistência, a base operacional e os modelos de atenção a saúde que de forma integrada garantem o acesso universal e igualitário para todos.

Seguidamente, o tópico: As fontes de financiamento do SUS especificará a origem dos recursos que financiam a saúde pública brasileira, que conforme previsto na atual Constituição Federal – artigos 195 e 198 – é responsabilidade comum dos entes federados aplicar percentuais mínimos de suas receitas em ações e serviços para seus municípios.

O Capítulo II condensa questões importantes sobre a problemática da judicialização do direito à saúde. A princípio serão colocados alguns conceitos doutrinários que como o de Luiz Roberto Barroso, dedicam seus estudos para desvendar o fenômeno da judicialização. Tal fenômeno tem incidência, num primeiro momento, na omissão Estatal que tem o dever de atuar, criando políticas públicas para efetivar o direito à saúde.

Logo, a seguir, no Capítulo III, o foco em discussão será o fenômeno do ativismo judicial na seara do direito à saúde. O objetivo é anotar os entendimentos de constitucionalistas, com visões ideológicas e conceituais diferentes, que possa identificá-lo, estabelecendo uma distinção quanto ao fenômeno da judicialização nesse mesmo contexto.

No Capítulo IV, vencida a fase conceitual dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial no âmbito da saúde, será feita uma interface doutrinária sobre tais fenômenos com o intuito de identificar a real postura do judiciário no cenário jurisprudencial, bem como os pontos positivos e negativos. O objetivo maior é despertar um senso crítico frente as teses formuladas que possa contribuir para o enfrentamento das consequências que tanto a judicialização como o ativismo provocam na ordem democrática do país.

O trabalho foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica e documental, notadamente mediante estudo de jurisprudências relacionadas ao tema e sua análise de sentido, sendo o texto orientado pelo método dedutivo.

E ao final será feito as considerações finais observando as incidências de ambos os fenômenos na alçada judicial, numa pesquisa jurisprudencial, concluindo com uma análise dos resultados encontrados bem como os impactos causados no cenário jurídico-constitucional.

2 O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

Antes de adentrar nas premissas legais que positivaram o direito à saúde, torna-se necessário definir alguns conceitos e princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro e compõem a dogmática do direito fundamental à saúde. Essa análise se perfaz com o estudo do Sistema Único de Saúde – SUS - bem como sua organização político-administrativa e suas fontes de financiamento.

A priori, recorre-se ao entendimento do direito à saúde como um direito fundamental, extraído do artigo 196 da Constituição Federal¹. É possível identificar de forma clara, na redação deste dispositivo constitucional, que a garantia da saúde não se limita ao assistencialismo médico-hospitalar e terapêutico. O legislador propôs uma proteção mais ampla, que condiciona a saúde a um bem-estar social individual e coletivo, reconhecendo-a como um direito de cidadania inserido no rol dos direitos sociais.

Assim como explica Alexy em: A Teoria dos Direitos Fundamentais, o direito fundamental não carrega uma mera classificação de direito constitucional, pois na perspectiva formal, o direito fundamental inclui-se num conjunto de princípios e regras que o asseguram como tal dando-lhe uma natureza jurídica distinta².

O direito à saúde pressupõe o atendimento às necessidades básicas para a promoção de uma melhor qualidade de vida, bem como a alimentação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, lazer, liberdade dentre outros. Ou seja, a saúde não se limita aos serviços de saúde que num contexto

¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

² TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS de Robert Alexy. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (pag 85).

geral, mantêm-se indissociáveis a outros fatores determinantes de saúde que implica nas seguintes dimensões da vida humana: biológicas, psicológicas e sociais³.

Nesse sentido é pertinente citar Zanobini que sustentou:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político. ” (José Cretella Júnior, na obra "Comentários à Constituição de 1988", vol. III, pág. 4331).

Ocorre que, o direito à saúde, enquanto direito social, para ser efetivado depende da atuação positiva do Estado, ou seja, há a necessidade de criar e desenvolver políticas sociais que atendam as necessidades básicas de todos.

As políticas públicas são resultado da organização administrativa do Estado e são implementadas com o intuito de suprir as necessidades manifestadas pela sociedade. Ao criar uma política pública o Estado materializa um dever prestacional de natureza material e jurídica em relação aos direitos sociais, bem como o direito à saúde. No Brasil a política pública de saúde vigente é o SUS que faz toda gestão das ações e serviços de saúde, a nível nacional para todos os brasileiros.

³ A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. Sobre este tema, remete-se o leitor ao livro: Donnangelo, Cecilia. Saúde e sociedade. São Paulo, Duas Cidades, 1979.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no julgamento da suspensão de Tutela Antecipada 175, fez uma interpretação do artigo 196 da CF, (BRASIL,1988), descrevendo o direito à saúde como um direito subjetivo assegurado mediante políticas sociais e econômicas de caráter não absoluto. Nesse sentido, o direito à saúde deve ser assegurado conforme os fundamentos legais, porém interpretado caso a caso.

Todavia o direito à saúde pode ser exteriorizado de duas formas: sob a ótica individual e social. No aspecto individual, esse direito está intimamente relacionado à liberdade em sentido amplo, ou seja, cada pessoa faz suas escolhas e define as suas condições de saúde, porém é o Estado que tem o dever de atuar para garantir essa liberdade. No aspecto social, prevalece a igualdade, o direito à saúde está condicionado à atuação do Estado no combate às desigualdades sociais, de modo a garantir que todos tenham as mesmas condições de saúde.

Ademais, o direito à saúde também está alicerçado por princípios constitucionais e infraconstitucionais dos quais se destacam: o da universalidade, da Equidade, princípio da descentralização administrativa e da integralidade da prestação, que norteiam o Sistema único de Saúde – SUS.

O Sistema Único de Saúde está fundamentado na Constituição da República, especificamente no artigo 198 que o institui como um sistema hierarquizado e descentralizado onde estão garantidos o atendimento integral e a participação de todos na gestão. Esse dispositivo normatiza a forma de organização de todo o sistema, desde a o financiamento às diretrizes e funções de cada ente federativo, enquanto garantidores desse direito fundamental.

Especificamente o artigo 23, II da Constituição Federal (BRASIL,1988), prevê que o direito à saúde é de competência comum dos entes federados, o que implica na responsabilidade dos gestores, de cada esfera de governo, de organizarem o SUS, respeitando as diretrizes constitucionais de

descentralização e normas de aplicação de recursos em ações e serviços da saúde.

Dentre as normas infraconstitucionais que regulamentam o SUS, a Lei 8080 de 19 de setembro de 1990 – “Lei Orgânica da Saúde – estabeleceu as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde”, além de criar mecanismos para a organização e funcionamento das ações e serviços de saúde⁴.

Outro diploma normativo que contempla a organização do Sistema único de Saúde é o Decreto Federal 8.142/90, este, reafirmou o caráter democrático e descentralizado da gestão pública da saúde, abrindo espaço para a participação e o controle social, através dos Conselhos deliberativos⁵.

Com o intuito de viabilizar a sistematização do SUS, o legislador foi ao longo do tempo editando e inovando leis ordinárias e decretos. As Emendas constitucionais também trouxeram avanços que refletiram no planejamento da saúde e da articulação Inter federativa.

Ante o exposto, há ainda que ressaltar o poder regulamentar que cada gestor possui na sua esfera de atuação, estes possuem prerrogativas que os possibilitam criar normas de complementação às já existentes. O Ministério da Saúde conta com dispositivos como portarias e resoluções que funcionam como instrumentos equalizadores da gestão do SUS, aprovados pelas Comissões Intergestores Bipartites e Tripartites.

Essas comissões têm caráter deliberativo, são formadas por representantes governamentais, que atuam conforme a abrangência de cada política de saúde.

⁴ Lei No. 8080/90, de 19 de setembro de 1990. Brasília: DF. 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm Acesso em: 05 out. 2017.

⁵ Lei No. 8142/90, de 28 de dezembro de 1990. Brasília: DF. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm Acesso em: 05 out. 2017.

São espaços onde os gestores pactuam e aprovam os aspectos operacionais do SUS.

Neste contexto, as políticas públicas seguem um rito de organização que prevê a atuação positiva do Estado. Atuação esta que implica em investimento financeiro e organização quanto à aplicabilidade dos recursos perante as necessidades da sociedade.

Para tanto o Estado tem a necessidade de planejar as ações que efetivem o direito à saúde através de meios e práticas que otimizem os resultados previamente almejados. São instrumentos de planejamento previstos na Constituição Federal: O Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA)., de encargo do Executivo. Contudo esses instrumentos necessitam ser regulados por Lei, seguindo a dogmática Constitucional., passando pelo crivo do Poder Legislativo⁶.

O artigo 35 dos Ato das Disposições Transitórias – ADCT – prevê os prazos que o Executivo possui para cumprir com a execução destes instrumentos de planejamento e encaminhá-los para apreciação e aprovação do Legislativo⁷.

Uma das preocupações do legislador foi instituir na Lei que a atuação do Estado obedecesse a um parâmetro de organização quanto à elaboração e execução das políticas de saúde, sobretudo em relação ao orçamento. A ideia é garantir maior controle sobre a aplicabilidade dos recursos destinados à saúde sobre o prisma dos Princípios da Especificação e do Equilíbrio.

⁶ Instrumentos de Planejamento e Orçamento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/planejamento.html>>

⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Pelo princípio da especificação se preza o detalhamento das despesas, onde é possível identificar com exatidão como e quanto foi gasto, bem como a fonte de receita. A lei 4320/64 traz claramente esse princípio:

Art. 15. Na Lei de Orçamento a discriminação da despesa far-se-á no mínimo por elementos.

§ 1º Entende-se por elementos o desdobramento da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a administração pública para consecução dos seus fins.”.

E com o intuito de evitar que as despesas superem as receitas programadas no período de execução financeira, se busca no princípio do equilíbrio os preceitos para se evitar o extrapolamento dos gastos públicos.

Dessa forma o planejamento é a base da gestão do SUS, onde orçamento tem que caminhar harmonicamente com as fontes de captação que definem as receitas. A saúde é financiada por recursos previstos no orçamento da Seguridade Social e outros provenientes de tributos, cujas fontes de receita historicamente demonstram uma instabilidade quanto ao grau de fomento na saúde pública. E isso gera um desconforto aos gestores que precisam cumprir com os percentuais mínimos de aplicação financeira em serviços de saúde e ao mesmo tempo atender a demanda da população.

Contudo, o papel do Executivo e do legislativo na efetivação do direito à saúde é extremamente relevante, pois é através da atuação políticas e administrativas de seus representantes que se cria e desenvolve as políticas sociais.

2.1 A organização do SUS

Voltando à premissa da sistematização do SUS, o Decreto 7508/2011, incrementou os aspectos organizativos do sistema previstos na Lei 8080/1990. Através deste decreto foram criadas regiões de saúde e definidos pontos de atenção capazes de garantir o acesso aos serviços de saúde. Assim considera o artigo 2º, inciso I:

Região de Saúde - espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde.

O Decreto também prevê no Artigo 5º que as regiões de saúde devem conter ações e serviços de:

- I - atenção primária;
- II - urgência e emergência;
- III - atenção psicossocial;
- IV - atenção ambulatorial especializada e hospitalar; e
- V - vigilância em saúde.

Ambos organizados em níveis de atenção onde a assistência é prestada conforme a complexidade do atendimento, garantindo a universalidade de acesso que se inicia na Atenção Primária e se comunica fluentemente com a média e alta complexidade.

Toda essa estrutura que forma o SUS conta com atuação de todos os entes da federação na operacionalização da política de saúde que busca garantir a oferta de serviços de saúde resolutivos e com qualidade, otimizando recursos e diminuindo as desigualdades sociais. O objetivo maior é a cooperação entre os gestores de forma solidária e integrada, onde ambos compartilham responsabilidades afins numa Rede de Atenção à Saúde.

O que se propõe com esse modelo de gestão é que se delimite um espaço de atuação para que os gestores conheçam as particularidades da população adstrita e a partir daí desenvolva ações condizentes às suas necessidades.

O objetivo maior é construir uma gestão de base populacional que é a essência das Redes de Atenção à Saúde, eliminando a gestão da oferta comum nos sistemas que se organizam de forma fragmentada.

Além da gestão estrutural, o Sistema Único de saúde é organizado por uma base operacional e pelos Modelos de Atenção a Saúde que são sistemas que coordenam de forma lógica, as relações entre os componentes da rede e as intervenções sanitárias. Ou seja, para cada evento, seja ele agudo ou crônico, haverá um manejo próprio, considerando todos os elementos sociais inseridos no contexto da saúde pública.

E nesta organização, o Ministério da Saúde, em sua função fiscalizadora, define os indicadores dos serviços de saúde que são parâmetros utilizados para executar a política de assistência integral de forma equitativa e transparente. Esses indicadores são usados para monitorar e avaliar o desempenho das ações dos gestores que se guiam pelas diretrizes inseridas no Plano Nacional de Saúde. Além do mais é o Ministério da Saúde o órgão responsável pela elaboração dos protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito Nacional, bem como a Relação Nacional de Medicamentos – Rename⁸. Esses são importantes instrumentos que auxiliam os entes federativos na elaboração das políticas públicas que efetivam o acesso universal e igualitário definido pelo SUS.

Contudo o grande desafio enfrentado pelos gestores está em cumprir suas responsabilidades quando se tem vazios assistenciais ou sobreposição de

⁸ Ministerio da saúde – Relação Nacional de Medicamentos 2017 Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf

tarefas. Pois todo o processo está estruturado no federalismo de cooperação onde a soma dos esforços que irá determinar a efetividade do Sistema único de Saúde.

2.2 As fontes de financiamento do SUS

A Constituição Federal de 1988 prevê dos artigos 195 ao 198 as formas de financiamento das prestações de saúde previstas no SUS. Atribuindo aos entes federados responsabilidade solidária em aplicar partes de suas receitas em ações e serviços de saúde.

Foi através da Emenda Constitucional 29 (BRASIL, 2000), que ficou estabelecido as fontes de custeio das políticas públicas de saúde. E esta foi complementada pela Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012): que definiu as novas diretrizes, bem como as responsabilidades de cada ente na garantia do direito à saúde aos seus municípios:

Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

Logo em seguida, o Decreto 7827 de 16 de outubro de 2012, regulamentou a LC 141/2012 que determinando sanções administrativas, como suspensão dos repasses de financiamento da União, para aos entes que não cumprissem com os investimentos previstos em Lei. A Emenda Constitucional n.86 de 17 de março de 2015 trouxe novas mudanças que previa o aumento dos percentuais mínimos a serem aplicados pela União em saúde que progressivamente alcançariam os 15% da Receita Corrente Líquida – RCL, no período de 5 anos.

Mas com a crise política e econômica instaurada no país, veio a Emenda Constitucional n. 95 de 15 de dezembro de 2016, que prevê um teto para os gastos públicos federais. No entanto foi deferido pedido de liminar na ADI 5.595, que suspendeu os efeitos dos artigos 2º e 3º da Emenda.

Assim a União aplicará em saúde o valor correspondente ao montante gasto no exercício anterior, corrigido pela inflação. Enquanto Estado e Município continuam aplicando respectivamente 12% e 15 % de suas receitas próprias em saúde. No entanto foi deferido pedido de liminar na ADI 5.595 recentemente, que suspendeu os efeitos dos artigos 2º e 3º da EC 86 e a União volta a ter que cumprir no mínimo 15% de sua RCL em ações e serviços de saúde além dos 25% referente aos *royalties* do petróleo determinados em Lei.

Os recursos da União são repassados aos entes através do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Estaduais e Municipais de Saúde. Estes fazem a gestão dos recursos financeiros e do orçamento programado conforme instrumentos previstos em Lei.

Esses recursos são organizados em blocos que foram constituídos conforme as especificidades que cada um possui em relação aos serviços de saúde. Esses blocos foram organizados pela portaria n. 204/GM de 29 de janeiro de 2007⁹.

A prestação de contas de todos os recursos aplicados em saúde é exigível em todos os níveis de gestão, onde ferramentas eletrônicas permitem a qualquer cidadão monitorar os relatórios ondem estão previstas as receitas e despesas com saúde, a produção ofertada e os indicadores que retratam a realidade de cada região pelo Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde – Siops.

⁹ Ministério da Saúde – PORTARIA Nº 204, DE 29 DE JANEIRO DE 2007 Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0204_29_01_2007_comp.html

3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A judicialização no âmbito da saúde é um fenômeno controverso que se expande demasiadamente no cenário da sociedade brasileira. Fenômeno este que desafia preceitos jurídicos, políticas públicas e até mesmo a ordem econômica do país.

São inúmeros os fatores que materializam o fenômeno da judicialização na saúde, dentre os quais se destacam a obrigatoriedade do Estado na garantia deste direito constitucionalmente efetivado e em contraposição, a competência do Judiciário para suprir a omissão estatal.

Na concepção de Luiz Roberto Barroso a judicialização é fruto da redemocratização brasileira que se deu a partir da promulgada Constituição de 1988. O Poder Judiciário ganhou uma nova roupagem e passou a atuar de forma mais politizada na defesa das normas e preceitos constitucionais. E ao mesmo tempo proporcionou uma atuação mais efetiva por partes dos cidadãos na luta para os seus direitos positivados. Portanto a redemocratização evidenciou o papel do Judiciário ao provocar um aumento das demandas judiciais.¹⁰

Não menos importantes Barroso também aponta outros fatores que se revelaram como causadores da judicialização como: “a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”. Ambos permitiram que o Judiciário alcançasse funções de cunho político e moral¹¹.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, 2009. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica >.

¹¹ IDEM

A Constituição Federal (BRASIL,1988) ao avocar os direitos fundamentais instituiu ao Estado o dever de criar e desenvolver políticas públicas, e ao mesmo tempo de oferecer meios para proteger os direitos assegurados. Nesse contexto o Judiciário tem função legítima na concretização desse direito, conforme a dogmática constitucional instituída. Nessa lógica, o Estado assume o dever de exigir que o direito seja efetivado.

E para melhor elucidar, segue o conceito de política pública segundo o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci¹²

Programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Há de se entender que o Estado ao criar políticas públicas de saúde cria também vínculos entre os sistemas sanitário e de justiça. E é nesse momento que os problemas começam a aparecer considerando as diferenças históricas e de linguagem que ambos possuem. Segue um exemplo clássico do então Procurador do Estado de São Paulo – Luiz Duarte Oliveira: “enquanto MS para o sistema sanitário é Ministério da Saúde, o sistema de justiça compreende como Mandado de Segurança”, “agravo para o sistema sanitário é a piora na situação do paciente, já para o sistema de justiça é um tipo de recurso.”¹³

E esse é só um viés da problemática que envolve o fenômeno da judicialização no cenário brasileiro, pois ainda há muitas desigualdades econômicas e sociais que privam o país de um desenvolvimento mais condizente com as potencialidades que possui, bem como de satisfazer as necessidades atuais de saúde em toda sua integralidade.

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas. Ed. Saraiva; São Paulo,SP, 2006, p. 39

¹³ ____, **Direito a saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2015, p. 39.

Quando direitos fundamentais não são efetivados e passam a ser exigidos judicialmente, significa que está havendo uma interferência do sistema de justiça na vida social, seja averiguando a atuação do Estado quanto à aplicabilidade das normas – Juízo de Constitucionalidade das Leis – seja analisando a interlocução entre os poderes e a sociedade.

Nesse diapasão, conclui-se que o judiciário quando atua na efetivação dos direitos fundamentais ele se realiza como garantidor desse direito assumindo em algum momento uma postura política nas questões sociais, ou permite que as questões sociais influenciem nas questões políticas.

De pronto, entende-se que de um lado está o direito a saúde que deve ser assegurado em todos os níveis de atenção e de outro, limites intrínsecos da organização administrativa do Estado, bem como recursos financeiros na realização de políticas públicas.

Essa questão é bastante controversa e envolve fatores como o os limites de atuação dos entes federados, a operacionalização das políticas de saúde e práticas eficientes quanto à alocação de recursos financeiros na efetivação dos direitos à saúde.

Em meio a esse debate algumas expressões são comumente contrapostas no cenário da judicialização: a do mínimo existencial, da reserva do possível e da proibição do retrocesso social.

O Mínimo existencial é conceituado por doutrinadores com muita divergência. No entanto o que norteia os conceitos é a condição mínima de uma vida digna, onde a dignidade pressupõe a concretização dos direitos fundamentais. Para Sarlet, "não é certo que todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana". Para o autor não há equivalência entre "o conteúdo em dignidade" e o "núcleo essencial dos direitos

fundamentais"¹⁴. Já John Rawls entende que para os cidadãos exercerem plenamente os direitos fundamentais precisam estar satisfeitas necessidades básicas como a saúde, educação, alimentação, moradia dentre outras, o que ele considera o "mínimo social".¹⁵

Sarlet (2007), entretanto, considera o mínimo existencial como "um conjunto de prestações suficientes não apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, [...], mas uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável". Coloca, portanto, em sua base, a dignidade e suas formas de concretização e não reduz o mínimo existencial ao "mínimo vital".

Sobre a cláusula da "Reserva do possível" esta é colocada como limitação aos direitos fundamentais quando se considera o montante financeiro e a previsão orçamentária pré-estabelecida para cada despesa. Como bem interpreta Sarlet¹⁶:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Todo esse emaranhado de interpretações e conceitos da reserva do possível trouxe ao cenário jurídico brasileiro duas posições onde uns defendem a de ordem fática e outros defendem e a de ordem orçamentária.

¹⁴ SARLET, Ingo -Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 119.

¹⁵ A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls Thadeu Weber. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011>

¹⁶ SARLET, Ingo / FIGUEIREDO, Mariana - "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações", In: Direitos Fundamentais & Justiça, p. 185.

Segue posicionamento do então Procurador da República, Gilmar Mendes, em seu parecer na Adin nº737/DF:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen"). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "numerus clausus" de vagas nas Universidades ("numerus-clausus Entscheidung"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível".

Há os que defendem a reserva do possível como um meio de controle orçamentário, realizado através da ponderação e critérios de razoabilidade, assim como Robert Alexy¹⁷ que entende a importância das decisões judiciais serem comedidas e flexíveis. Nesse sentido cabe ao judiciário avaliar o que cada pessoa pode exigir no âmbito da saúde em detrimento dos direitos coletivos. Pois quando o juiz defere o pedido de um usuário que judicializa seu direito a um medicamento de alto custo, não previsto no orçamento do ente, provavelmente pessoas que carecem de outros serviços da saúde com um custo menor não serão atendimentos. E a questão polêmica está nesse ponto, quando o Judiciário deixa de ter um olhar mais abrangente e acaba se rendendo as necessidades individuais.

Já Canotilho¹⁸ entende que a *reserva do possível* não pode ser usada para impedir que o direito à saúde seja efetivado, pois condiciona os direitos sociais “à ditadura dos cofres vazios” no entanto ele afirma que a realização dos direitos sociais se dá conforme o equilíbrio econômico-financeiro do Estado” Contudo outra tese bastante utilizada no cenário da judicialização da saúde refere-se à proibição do retrocesso social, que significa a proteção dos direitos

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica : a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 64-69.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”. Trad. Francisco J. Astudillo Pólo. *Derechos y libertades*, n. 6, 1998, p. 46.

fundamentais perante a atuação do Estado que em algum momento restringe ou priva o cidadão de gozar de seus direitos. Assim explica Luiz Roberto Barroso:¹⁹

por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior

Neste contexto, torna-se evidente que os conflitos da judicialização surgem advindos de diversos fatores que perpassam por infinitas discussões como a natureza normativa do direito à saúde. A doutrina majoritária entende ser uma norma de eficácia limitada programática, porém há quem afirme que esta tem eficácia plena quando considerado a eficácia sob o aspecto jurídico. Assim explica Michel Temer na obra: *Elementos de Direito Constitucional*.²⁰

“...eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.”

A crescente demanda de processos que pleiteiam medicamentos, por exemplo, provoca debates a cerca de temas polêmicos como o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa e com indicações médicas sem

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto *Direito Constitucional e a efetividade das normas*. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 158-159.

²⁰ TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 14ª Ed. revista e ampliada, Malheiros, 1998, pg. 23.

embasamento científico, exige dos magistrados uma profunda análise das tecnologias da saúde e normas de dispensação de medicamentos no SUS, para uma interpretação mais justa do direito pleiteado.

O Estado tem atuado no combate às crescentes demandas judiciais no âmbito da saúde ao criar o Comitê Nacional e os Comitês Estaduais do Fórum Judicial para a saúde, pelo Conselho Nacional de Justiça. Esses comitês atuam assessorando e orientando todas as partes envolvidas na demanda judicial, sejam médicos, gestores e operadores do direito, construindo soluções e amenizando o desgaste que toda lide ocasiona. A ideia é trabalhar com técnicas de Conciliação capazes de evitar que o direito a saúde seja judicializado.

Contudo o fenômeno da judicialização se realiza num ambiente onde os princípios constitucionais produzem uma série de conflitos, como o princípio da tripartição de funções e o da inafastabilidade da jurisdição. Pois com base no primeiro, o Estado se organiza atribuindo a cada ente estatal funções próprias, onde é definido o poder de atuação para cada um, de modo que eles se relacionem harmonicamente e no mesmo patamar hierárquico. E contrapondo o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante aos usuários dos serviços de saúde o direito a uma resposta efetiva por parte do Judiciário em relação as suas carências materiais, extrapolando a esfera de atuação do magistrado no bojo processual.

Mas assim como defende Alexy, “a conflitância de um princípio não anula o outro”. O princípio da inafastabilidade de forma comedida prepondera de modo que o judiciário possa atuar na esfera administrativa do executivo quando esse não estiver cumprindo a contento sua função. Contudo não é função típica do judiciário, não devendo tornar rotineira por parte do julgador a prática de apropriar-se para si o direito/dever de administrar.²¹

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos Fundamentais. 5 ed. 2006. p. 144 (Tradução Virgílio Afonso da Silva).

O Judiciário, nos dias atuais, vive a era da hermenêutica constitucional, onde se predomina uma jurisdição determinada a aplicar a Constituição e a fazer valer como norma suprema. Pertinentemente, já se destacava o entendimento de Luiz Roberto Barroso:²²

O Ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A Atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

A hermenêutica constitucional se dá com base em princípios basilares, dentre os quais se destaca o princípio da máxima efetividade (impõe que seja atribuída à norma constitucional a maior eficácia possível) e o princípio da concordância prática (impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros)²³

E inegável que as decisões estão cada dia mais discutidas, e notavelmente as questões de saúde cada vez mais reconhecidas e tratadas com a peculiaridade que elas exigem. Porém ainda existem julgadores que atuam de forma genérica sem fazer uma reflexão do que seria mais justo e acabam invocando o juridicamente adequado. Assim preleciona Diego Santiago Y. Caldo;²⁴

²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1498-1151.

²⁴ CALDO, Diego Santiago y. O ideal controle jurisdicional de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 97, p. 507-523, set./dez. 2015.

O atual controle jurisdicional coletivo das políticas públicas tem sido realizado de forma imprópria por parte da magistratura . A Judicialização tem se operado principalmente por meio de ações individuais, nas quais o juiz – lastreando-se em um petrificante processo positivista – não analisa a política pública como um todo, mas apenas a microrrealidade que lhe é apresentada no caso concreto e seu enquadramento na lei. Em razão disso, em muitas das ocasiões o processo é visto sob o tradicional viés individualista, no qual o magistrado soluciona o violação ao direito de um único indivíduo, e não de toda a coletividade.

O resultado dessa atuação do judiciário é que as sentenças de mérito acabam transformando-se em meios para se propagar a desigualdade, pois beneficiam de forma individualista àqueles que têm maior acesso ao sistema de justiça e informação de forma mais privilegiada dos seus direitos em relação à saúde.

3.1 O Ativismo Judicial

O Ativismo Judicial é a expressão utilizada para identificar a conduta positiva do judiciário quando este atua de forma proativa na interpretação da Constituição. Surgiu em 1947, conforme colocação de Barroso:

(...) a idéia 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 s 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. (BARROSO, s.d., acesso eletrônico).

Tendo em vista a natureza jurídica do direito à saúde, enquanto direito fundamental, em contraposição as políticas públicas que não cumprem seus

objetivos. Há que se observar que o ativismo judicial se faz presente quando o Judiciário exerce uma maior interferência na esfera dos outros entes estatais fazendo interpretações e aplicações indiferentes à norma constitucional.

Alguns doutrinadores, assim como Luiz Roberto Barroso, reconhecem diferenças entre a Judicialização e o ativismo judicial. Para Barroso:²⁵

não têm as mesmas origens, não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. ” (...) A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (...).

Enquanto Lenio Luiz Streck²⁶ faz a seguinte distinção entre os dois conceitos:

(...) a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).

Percebe-se que ambos doutrinadores trazem distinções diferentes, porém, com conotações semelhantes.

Estudos comprovam que o ativismo judicial teve suas origens na jurisprudência americana quando o governo tentava dar respaldo legal aos atos de segregação racial.²⁷

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, 2009. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica >.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?**. 2013. Disponível em < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros> > Acesso em 30 out. 2017.

Um exemplo da postura ativista do judiciário no Brasil é a atuação de tribunais estaduais e federais que jugam procedentes os pedidos que pleiteiam o fornecimento de medicamentos e terapias não previstos nos Protocolos elaborados pelo Ministério da Saúde ou sem comprovada eficácia, condenando os três entes de forma solidária, a arcarem com os custos da assistência demandada. E define-se como ativismo judicial devido à postura relativista desses tribunais e até mesmo do STF, perante os parâmetros estabelecidos na Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175/CE de 2010.²⁸ Esses parâmetros deveriam subsidiar o judiciário nas demandas que referissem ao direito à saúde, padronizando as jurisprudências.

Eis os mais relevantes ordenadamente:

- 1) É necessário, inicialmente, perquirir se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nestas hipóteses, o judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente.
- 2) Caso o primeiro ponto não esteja presente, em seguida, o juiz precisa verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS, caso não esteja, é preciso distinguir se:
 - 2.1) A não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal a sua dispensação. No caso de omissão administrativa, o registro na Anvisa é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos,

²⁷ Sobre o ativismo do Poder Judiciário e a reforma política – ESTADÃO Por Luiz Antonio Sampaio Gouveia, conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo 04 Maio 2016 | 03h00 Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/sobre-o-ativismo-do-poder-judiciario-e-a-reforma-politica/>>.

²⁸ Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, STA 175-AgR/CE, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010).

impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas em saúde pública do Ministério da Saúde). Na hipótese de decisão administrativa de não fornecer, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros. Porém, poderá haver contestação judicial do ponto no caso de ineficácia do tratamento;

2.2) Os medicamentos e tratamentos são experimentais; caso o sejam, o Estado não está obrigado a fornecê-los;

2.3) Os tratamentos novos ainda não foram incluídos nos protocolos do SUS, mas são fornecidos pela rede particular de saúde. Nesses casos, os tratamentos podem ser deferidos, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares.

O que irá determinar a dimensão da postura ativista do judiciário em face às demandas da sociedade pela efetivação do seu direito à saúde será o valor sociocultural que o Executivo e do Legislativo possuem no momento. Isso porque quanto mais omissos e desacreditados estiverem mais o judiciário vai ser acionado e maior será a institucionalização da discricionariedade judicial.

A verdade é que o protagonismo do Judiciário garante benefícios para a sociedade quando impõe que os serviços de saúde sejam oferecidos, mas gera também um ônus que socialmente representa uma ameaça aos princípios democráticos quando este invade a esfera do legislativo²⁹.

Lenio Luiz Streck (2013) em suas publicações afirma categoricamente que existe uma forte onda de ativismo judicial no país e que pode ser comprovada não através de uma análise superficial e quantitativa das decisões tomadas nos tribunais, mas avaliando os efeitos causados e as proporções alcançadas em níveis de desestruturação do sistema constitucional.

²⁹ Ativismo judicial e direito à saúde: análise crítica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. LAÍS DE ARAÚJO PRIMO. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.55658>

Mas há outros autores como Thamy Pogrenischi ³⁰, que negam haver posturas ativistas no judiciário brasileiro, afirma-se ainda que são inúmeras as questões computadas como judicialização e ativismo judicial que não representam a real verdade dos fatos, o que traz muita polêmica.

Contudo, essa é uma discussão que exige além de um senso crítico apurado sobre a legitimidade democrática, um conhecimento científico capaz de constranger as teorias até então construídas.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é insto, o ativismo judicial, em números?**. 2013. Disponível em < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>> Acesso em 30 out. 2017.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE X ATIVISMO JUDICIAL

As discussões acerca dos fenômenos: judicialização e ativismo judicial até então levantadas foram necessárias para adentrar no cenário jurisprudencial construído pelos tribunais brasileiros acerca do direito à saúde.

Em que pese as colocações doutrinárias, o poder judiciário tem atuado ora cumprindo sua função de guardião da Constituição, efetivando os direitos nela instituídos, ora mitigando a discricionariedade dos poderes executivo e legislativo. Ou seja, tanto a judicialização como o ativismo judicial estão presentes na alçada judicial.

Barroso (2015) tem uma posição mais comedida sobre esse dilema, pois justifica o protagonismo do judiciário, sobretudo do STF, como uma atuação necessária para a proteção dos direitos consagrados na constituição. Reafirma categoricamente haver uma *autocontenção* dos tribunais brasileiros quando atuam com uma margem de discricionariedade e subjetivismo.

Para Barroso (2015), há sim um exacerbado crescimento da judicialização no país e que apesar de afirmações contrárias, este fenômeno tem trazido ganhos significativos para a população, garantindo o direito à saúde e fortalecendo a democracia. E Barroso vai além, entende que os tribunais devem assumir uma postura iluminista em nome da evolução histórica e cultural da sociedade.

Entretanto, Barroso (2008) já assumia que o judiciário em algumas situações comete deslizes em suas atuações e que concomitantemente às “intervenções necessárias e meritórias”, há um grande número de decisões “[...] extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde”, além de

gerar uma “[...] desorganização da atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos”. Ou seja, o judiciário resolve um problema, o que lhe vangloria, sacrificando toda a organização política e orçamentária dos gestores que ficam sendo os vilões da situação.

Sarlet (2009))num estudo mais específico sobre o direito à saúde, observa que as demandas judiciais nessa seara, têm obrigado o judiciário, que dessa função não pode se abster, a intervir direta e indiretamente em outras esferas buscando respostas satisfatórias para as pretensões geradas. E ainda alerta que as carências da saúde pública no Brasil não devem ser solucionadas por questões extremas como o ativismo judicial, e que a judicialização é um caminho importante para tutelar os direitos sociais, sobretudo o direito à saúde que depende de esforços mútuos de todos os poderes. Todavia, ele entende que algumas questões devem ser rediscutidas para se evitar o ativismo judicial:

(...) Hoje mesmo, adeptos à judicialização reconhecem – eu pessoalmente sou um adepto à judicialização, todos sabem, quem acompanha a posição acadêmica – que é necessário superar a era dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu, as conseqüências da decisão. A busca, portanto, de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões.³¹

Nesse sentido, Sarlet se posiciona a favor da judicialização, mas é contra qualquer posição extremista do judiciário. Acredita que os problemas da saúde pública brasileira carecem de uma série de intervenções de todos os poderes. Mas se o judiciário começar a dar seus exemplos através da Corte Suprema, atuando com responsabilidade no sentido de conhecer cada necessidade e

³¹ disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>

medir as consequências da sua atuação enquanto guardião da Constituição Federal, bons frutos serão colhidos.

Na visão de Alexy³², uma visão mais técnica e conceitual, o ativismo está presente nos tribunais. O problema é que os julgadores negam essa postura ativista e afirmam que na verdade utilizam da ponderação e regras da proporcionalidade para decidirem sobre a demanda. Em sua análise sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no Brasil, Alexy (2013), destacou grandes problemas no cenário jurídico do país: “a falta de rigorismo conceitual e operacional da proporcionalidade, a rudimentar relação entre teoria e prática e a falta de racionalidade verificada nas decisões judiciais”.

Já Streck (2013) como mencionado anteriormente, define a postura do judiciário como predominantemente ativista. No entanto, nas questões de demandas da saúde, considera o exacerbado contingente da judicialização tão preocupante quanto a forma como esta é decidida. Para Streck (2013) a Judicialização, um fenômeno consequente de um Estado democrático de Direitos, necessita de certa cautela para não se tornar um mal em si mesmo. O constitucionalista explica que quando o judiciário determina que um medicamento de alto custo, não relacionado na lista padronizada pelo SUS seja fornecido, está praticando ativismo, pois o ativismo não se resume na inconstitucionalidade, ele também se materializa na institucionalização da discricionariedade judicial.

Seguindo o entendimento de Streck (2013), a judicialização inconsequente, que determina que um medicamento de marca comercial seja fornecido enquanto existe outro com a mesma composição química e que vai produzir os mesmos efeitos para o tratamento pleiteado na rede pública, é tão perigosa quanto o ativismo judicial, pois causa efeitos colaterais sistêmicos em diversos pontos,

³² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1997, p. 121.

que vão desde a questão financeira ao desvirtuamento da premissa constitucional.

Para ilustrar segue respectivamente duas Ementas que demonstram conforme exposições doutrinárias, uma decisão que representa a atuação do judiciário cumprindo seu dever de garantir a efetividade do direito à saúde prevista na Lei, perante uma omissão do Estado, e uma decisão contaminada pelo ativismo judicial, com atuação relativista dos preceitos constitucionais:

REEXAME NECESSARIO E APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO À SAÚDE - DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL - DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO - GARANTIA DE ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO COM DIRETRIZ DE ATENDIMENTO INTEGRAL - TRATAMENTO ONCOLÓGICO - REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS - COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA - RESPONSABILIDADE DO ESTADO - CÂNCER DE MAMA METASTÁTICO - MEDICAMENTOS ESPECÍFICOS (PERTUZUMAB E TRASTUZUMAB) - EVIDÊNCIA CIENTÍFICA QUANTO A EFICIÊNCIA DO MEDICAMENTO - ANÁLISE DO ESTÁGIO DE TRATAMENTO E DA SITUAÇÃO PECULIAR DO PACIENTE - AUSÊNCIA DE ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS OFERECIDAS PELO SUS. 1- De acordo com as Portarias MS nº 1.554/2013, cumpre ao Ministério da Saúde e a Secretaria Estadual da Saúde o fornecimento dos produtos incluídos no Componente Especializado de Assistência Farmacêutica; 2 - O tratamento oncológico tem uma regulação específica, não se encontrando os seus produtos terapêuticos na RENAME, devendo ser analisado de acordo com a RENASES, já que a medida terapêutica depende da situação peculiar do estágio e de tratamento de cada paciente, contudo, não se enquadra na atenção básica; 3- Em razão da diretriz constitucional de atendimento integral, sendo imprescindível o fornecimento de medicamentos diferenciados para pacientes atendido pelo SUS, os Estados e a União são responsáveis subsidiários pelo fornecimento dos produtos oncológicos não fornecidos pelos CACON's e UNACON's, ressalvando-se eventual ação regressiva de ressarcimento; 4 - O acesso universal e igualitário com atendimento integral à saúde esta assegurado constitucionalmente (CF, art. 196 e 198); 5 - O Brasil adotou o direito a medicina baseada em evidências, o que significa dizer que somente podem ser fornecidos medicamentos e realizados procedimentos em relação aos quais haja prova da eficácia, eficiência, efetividade e segurança, evitando lesão à ordem administrativa e comprometimento ainda maior do SUS; 6 - Há

prova de eficácia do pertuzumab e de trastuzumab para o tratamento de câncer de mama metastático, o que autoriza o fornecimento pelo SUS, já que o ente público não indica a existência de outros medicamentos para o atendimento da enfermidade da paciente; 7 - A adoção de medidas coercitivas para assegurar a aquisição do medicamento depende do juízo de convencimento do magistrado, a quem compete avaliar a necessidade de sua imposição, no caso concreto, se porventura houver resistência ao cumprimento da ordem judicial.

(TJ-MG - AC: 10699150007267001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 03/03/2016, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/03/2016)

É notório que toda a fundamentação desse acórdão está calcada nas premissas legais, respeitando toda a estrutura organizacional e administrativa do SUS. Ou seja, conciliou-se a dimensão subjetiva do direito à saúde com a dimensão objetiva da saúde, como dever do Estado.

Já nesta Ementa a seguir, fica evidente a postura ativista dos julgadores que se fazem donos da Lei, afrontando o legislador ordinário e colocando seus próprios entendimentos em detrimento aos conceitos e normas constitucionais. Mesmo porque com esse entendimento, abriram-se precedentes e choveram ações requerendo esse mesmo medicamento o que culminou na suspensão dessa decisão logo em seguida, quando julgada a ADI 5501 MC/DF:

PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO, QUE DETERMINOU O FORNECIMENTO IMEDIATO DE SUBSTÂNCIA NÃO INSCRITA COMO MEDICAMENTO – RISCO DE DANO GRAVE À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS DEMONSTRADO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO EM TERRITÓRIO NACIONAL – PLAUSIBILIDADE DAS RAZÕES INVOCADAS – PEDIDO DEFERIDO”. (...) A antecipação foi deferida, para determinar que, no prazo de cinco dias, fosse disponibilizada a substância em quantidade suficiente para garantir o seu tratamento, que deverá ser indicada pelo Instituto de Química, responsável pela pesquisa, que já forneceu a inúmeros pacientes (eDOC 10). Aduz que, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada, o Presidente do Tribunal de Justiça suspendeu a liminar, mas os requisitos para o deferimento da medida extrema não estavam presentes. Além disso, ainda que se cogitasse de eventual lesividade à ordem pública, estar-se-ia, in casu, de frente a um bem maior, razão pela qual o

deferimento da medida seria incabível. Sustenta, no mais, que a liminar observou as cautelas indicadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como a ineficácia dos demais tratamentos, recomendação médica e viabilidade da prestação. Requer, ainda, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita. Hoje, 06 de outubro a petição recebi, e aqui exaro o respectivo despacho preambular. É, em síntese, o relatório. Defiro à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita. Recebo a petição como medida cautelar de concessão de efeito suspensivo em recurso extraordinário. Como se sabe, a jurisprudência desta Corte apenas admite a interposição de medida cautelar, se o recurso extraordinário tiver sido admitido na origem (Súmula 634/STF). Caso o recurso ainda não tenha sido admitido, a medida cautelar deve ser proposta no juízo a quo (Súmula 635/STF). A falta de indicação dos fundamentos jurídicos para o cabimento da medida faz incidir na hipótese o disposto no art. 284 do Código de Processo Civil. Assim, deve a requerente emendar a inicial, no prazo de 10 (dez) dias, para comprovar a admissibilidade do extraordinário. Nada obstante, ante o poder geral de cautela (art. 21, V, do RISTF) e a urgência do caso, passo ao exame do pedido veiculado pela requerente. A concessão da suspensão de tutela antecipada é disciplinada pelo art. 4º da Lei 8.437/92: Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Como se observa da leitura do dispositivo, os requisitos para a concessão da suspensão são o manifesto interesse público e o risco iminente de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. O fundamento constitucional dessa excepcional medida deriva, respectivamente, dos arts. 37, caput (Pet 2.066, Relator Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJ 28.02.2003), 196 e 197 (STA 223, Relator Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Celso de Mello, Pleno, Dje 09.04.2014), 144 e 170, todos da Constituição Federal. Assim, se a liminar puder vulnerar um desses dispositivos, pode a Presidência do Tribunal suspender seus efeitos. É preciso, no entanto, que a decisão que suspende os efeitos da antecipação da tutela demonstre os pressupostos de seu cabimento, sob pena de afirmar uma afronta inexistente à Constituição, em nítida violação do direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional. Noutras palavras, se a decisão que suspende a eficácia do provimento judicial provisório não indicar, de modo expresso, os pressupostos de cabimento da suspensão, é possível que, por meio do recurso extraordinário, reconheça-se ofensa ao direito inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. O exame final da questão posta nestes autos, no entanto,

depende, ainda, de eventual provimento do recurso. Por ora, em sede de medida cautelar, cumpre examinar tão somente se estão presentes a fumaça do bom direito e o perigo na demora do provimento judicial. Quanto ao periculum, como já se reconheceu no início desta decisão, há evidente comprovação de que a espera de um provimento final poderá tornar-se ineficaz. No que tange à plausibilidade, há que se registrar que o fundamento invocado pela decisão recorrida refere-se apenas à ausência de registro na ANVISA da substância requerida pela petionante. A ausência de registro, no entanto, não implica, necessariamente, lesão à ordem pública, especialmente se considerado que o tema pende de análise por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 657.718-RG, Relator Ministro Marco Aurélio, Dje 12.03.2012). Neste juízo cautelar que se faz da matéria, a presença de repercussão geral (tema 500) empresta plausibilidade jurídica à tese suscitada pela recorrente, a recomendar, por ora, a concessão da medida cautelar, para suspender decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada 2194962-67.2015.8.26.0000. Publique-se. Intime-se, com a urgência que o caso requer, pelo meio mais célere, inclusive fax. Brasília, 06 de outubro de 2015, às 22h06min. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente

(Pet 5828 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 06/10/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 08/10/2015 PUBLIC 09/10/2015)

E para melhor elucidar essas questões doutrinárias, torna-se necessário fazer uma breve explanação da evolução jurisprudencial dos tribunais brasileiros que revelam diversas facetas para os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial na discussão pelo direito fundamental à saúde.

4.1 A Evolução Jurisprudencial dos Tribunais

O direito à saúde envolve uma complexa e extensa relação de pretensões que demandadas exigem dos julgadores a construção de saberes que perpassam seus conhecimentos jurídicos. Atualmente as ações trazem um emaranhado de doenças muitas vezes indiferentes até mesmo para os próprios profissionais da saúde, sem falar dos medicamentos, das órteses e próteses que são inúmeros, frutos da evolução tecnológica e medicinal.

O processo da judicialização iniciou em 1990, quando chegou aos tribunais uma ação de medicamentos para tratamento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – Aids - e a partir daí, seguiu essa linha de demanda com foco em medicamentos. Esse fenômeno pode ser comprovado na Ementa do Recurso Extraordinário n. 271.286/RS.

O que mais impressiona é que foi a partir de decisões como esta que houve um impulso na elaboração das políticas públicas que ampliaram o acesso aos serviços de saúde, principalmente o fornecimento de medicamentos. Isso significa que foi preciso que o Judiciário atuasse para que o Estado cumprisse com sua função de desenvolver as ações garantidoras dos direitos sociais positivados constitucionalmente.

Analisando as decisões neste período, observa-se que estas eram construídas isoladamente, ou seja, não havia uma ponderação com outros fatores da demanda, como por exemplo, a organização política e administrativa do Executivo e Legislativo, sobretudo em relação às questões orçamentárias. Assim observou Laís de Araújo Primo:³³

³³ Ativismo judicial e direito à saúde: análise crítica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. LAÍS DE ARAÚJO PRIMO. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.55658>

Na década de 90 e no início dos anos 2000, imbuídos do propósito de conferir plena efetividade às normas da Constituição recém promulgada, os Tribunais Superiores proferiram decisões em defesa da saúde – e dos direitos sociais, em geral –, sem qualquer consideração quanto às questões financeiras, orçamentárias, bem como quanto aos princípios da universalidade e isonomia que regem o sistema de saúde pública.

Seguindo a análise jurisprudencial, nota-se que houve uma mudança de paradigmas que pode ser comprovada na Suspensão de Tutela Antecipada - STA – 175 julgada em 2010. Nesta ocasião se demandava um medicamento de auto custo não registrado na Anvisa. A Corte Suprema decidiu pelo indeferimento do pedido de Suspensão de Tutela e concluiu que esta não representava uma ofensa à ordem pública, às questões orçamentárias e a função típica do Estado de elaborar as políticas públicas.

A partir de então foram realizadas audiências públicas pelo STF que através de uma análise mais holística do caso negou provimento ao pedido da União que agravou a decisão. As teses ora defendidas representaram uma grande mudança no cenário da judicialização da saúde, pois foram acordados importantes pontos de discussão nos tribunais que produziam decisões desarmônicas e ativistas.

Os parâmetros criados nesta ocasião, já mencionados no capítulo anterior, tinham o propósito de uniformizar as jurisprudências na conjuntura do judiciário brasileiro em relação às demandas da saúde. Porém, as divergências prevalecem nos dias atuais e as decisões continuam construindo e desconstruindo conceitos e entendimentos.

E, sobretudo em relação aos tribunais superiores: STJ e STF é possível observar que a teses de defesa do direito à saúde vem sendo construídas, ora com a aplicação do texto constitucional como meio de fazer valer o que a Lei

Maior prevê, ora usando da carga axiológica que os princípios constitucionais possuem na efetivação dos direitos fundamentais.

Diante desse fato, o que preocupa é a insegurança jurídica que se instaura dentre os que buscam no judiciário uma resposta pelo seu direito à saúde.

Um caso recente que ilustra a realidade descrita é o julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 566.471³⁴ e 657.718 (35)³⁵, onde o STF discuti respectivamente sobre a obrigação do Estado em fornecer um medicamento de alto custo não incluso na Rename e de medicamentos sem o registro na Anvisa.

Seguem os votos e as sugestões de tese dos três Ministros que já se manifestaram nas audiências realizadas em setembro de 2016 e que até o momento mantém suspenso o julgamento desses recursos com repercussão geral reconhecida: Primeiramente o relator Ministro Marco Aurélio, negou provimento aos dois recursos com o voto assim aditado:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade – da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

Em seguida Luiz Roberto Barroso fez outra interpretação do caso e que apesar de também negar provimento ao recurso sobre os medicamentos não listados pela Política Nacional de Medicamentos, sugeriu que os julgadores em iguais

³⁴ Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>

³⁵ Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>

situações decidam com base em alguns requisitos que devem ser observados indissociavelmente, quais sejam:

(...) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.

Já em relação ao outro recurso referente aos medicamentos não registrados pela Anvisa - o Ministro votou pelo seu provimento, na defesa da segurança técnica que representa uma proteção para a saúde pública:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Outro Ministro que já se manifestou foi Edson Facchin que em seu voto deu provimento parcial ao recurso 566471/RS. Ele entende ser o pedido um direito líquido e certo, porém, coloca condições que devem ser observadas como pré-requisitos de demandas que impliquem no fornecimento de medicamentos antes mesmo de serem judicializadas:

1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum

Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Sobre o recurso que se refere aos medicamentos não registrados pela Anvisa, o Ministro entende que estes podem ser fornecidos no âmbito do Judiciário com certos critérios:

1) controle de legalidade (não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder); 2) controle da motivação (aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a administração pública); 3) controle da instrução probatória da política pública regulatória (exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa); e 4) controle da resposta em tempo razoável (que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível)

E acrescenta em sua tese o seguinte entendimento:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.

Neste contexto, o que se observa é que as jurisprudências estão sendo construídas sem haver um padrão de interpretação dos dispositivos constitucionais. E o que é pior as decisões às vezes são contraditórias, em alguns momentos representam uma ameaça à organização política e administrativa dos entes, e em outros, aliados à política do SUS.

E o que é mais preocupante é que são cada vez mais comuns as atuações incongruentes dos tribunais, sobretudo nas ações para fornecimento de medicamentos. Em determinados acórdãos o posicionamento está em defesa

do Artigo 196 da Constituição Federal, como uma norma de eficácia imediata e a responsabilidade pelo seu cumprimento, solidária entre os entes federativos. Já em outros, esse mesmo dispositivo é usado como uma norma de caráter programático.

E interpretar uma norma como programática, como bem coloca Germano Schwartz³⁶, significa dizer que sua eficácia é limitada, “uma vez que não teria força suficiente para se desenvolver integralmente, fato que somente aconteceria mediante edição de lei complementar”.

Dessa forma criam-se precedentes constitucionais para a propagação de condutas ativistas, onde os julgadores abusam do caráter político de suas decisões que se incorporam de subjetividade.

Contudo percebe-se que o perfil da jurisprudência brasileira está evoluindo conforme o panorama social, econômico e político de cada momento de atuação do Judiciário. E essa evolução produz impactos positivos, quanto à efetivação de direitos fundamentais, e negativos quando se observa certa incongruência na hermenêutica constitucional por parte dos julgadores.

A verdade é que os juristas viram no novo modelo constitucional instituído no Brasil em 1988, um meio de perpetuar direitos garantidos em Lei, podendo ao mesmo tempo recriar o Direito, sob vários aspectos. Mesmo porque a Constituição brasileira é fundamentada por princípios e normas que os permitem uma discricionariedade que preocupa.

O certo é que, especificamente nas questões de saúde, se percebe um judiciário mais próximo do que Alexy chama de “ponderação de bens”, que é o mesmo que utilizar de argumentos e justificações capazes de fazer prevalecer

³⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **A Efetivação do Direito à Saúde**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n.13, jan/jun 2000, p. 115-128.

o que se propõe alcançar quando há um conflito de princípios. E nesse caminho utilizar das interpretações constitucionais significa aplicá-las no caso concreto, não dando margens para distorções semânticas e subjetivismo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto à natureza jurídica e normativa do direito à saúde, este, ainda que com algumas divergências doutrinárias, se reafirma enquanto direito fundamental positivado no texto constitucional, sob a égide dos princípios e dotado de plena eficácia. Por ser um direito social, pressupõe a atuação positiva do Estado enquanto responsável pela elaboração e efetivação das políticas públicas realizadoras desse direito.

Ademais é importante salientar que cabe ao Executivo, desenvolver as ações interventivas de acordo com as necessidades prioritárias de sua população e seu orçamento, porém o Judiciário tem legítima competência para interferir nessa função administrativa, embora com certos temperamentos. Analisando do ponto de vista filosófico é o judiciário – na presença do STF- que tem a função de ditar as regras do jogo democrático e zelar pelos direitos fundamentais.

A saúde pública no Brasil embora tenha um sistema de organização político-administrativa bem desenhada, com a evolução da sociedade, vem perdendo forças estruturais importantes. Também sente os efeitos da globalização, tanto nos aspectos econômicos e sociais como também nos aspectos epistemológicos.

O Sistema único de Saúde, uma política criada para efetivar o direito fundamental à saúde, e que foi idealizado com uma perspectiva ampla de proteção e promoção da saúde está agonizando, longe de ser um modelo de assistência. Mesmo porque o direito à saúde, na atualidade, representa uma infinidade de prestações que são oferecidas pelo Estado através da jurisdição constitucional.

Observando a estrutura organizacional do SUS percebe-se que é uma política condizente com os princípios constitucionais e que buscou garantir saúde em

todos os níveis, porém os gestores das três esferas administrativas encontram dificuldades em executá-la. Mesmo porque falta priorizar determinadas políticas e repensar sobre as fontes de custeio e percentuais de aplicação.

Nesse contexto a Judicialização da saúde e o ativismo judicial representam um desafio tanto para os gestores, representantes do poder Executivo, como para os representantes da ordem democrática, o Legislativo, e principalmente para os expoentes do judiciário, que hoje protagonizam o cenário na defesa pelo direito à saúde.

A sociedade que hoje está mais politizada detém de tecnologias e maior acesso aos meios de comunicação e justiça, tornou-se mais ativa na busca por seus direitos. E encontrou no judiciário, órgão que tem a função típica de efetivar as leis vigentes, o caminho mais célere para conseguir o que o SUS não consegue ofertar, seja pela omissão seja pela impossibilidade material.

A judicialização do direito à saúde surge como uma atuação circunstancial do Judiciário que, diante de uma omissão ou má gestão do Legislativo e do Executivo, atua na defesa dos direitos positivados. É um fenômeno com maior incidência no plano do controle difuso e, portanto, não é considerado com a importância que deveria ter no campo doutrinário.

O Ativismo judicial surge como uma sombra da judicialização e vai se revelando com suas várias facetas. É objeto de estudo de muitos doutrinadores que revelam suas preocupações quanto aos seus efeitos no campo filosófico e ideológico da ordem democrática brasileira.

Neste contexto conclui-se que as jurisprudências estão se transformando, criando e recriando novos paradigmas, e o que se observa é um pensamento jurídico constitucional positivado pelos princípios fundamentais, contudo contaminado por conceitos vagos e abertos que reclamam pela concretização e delimitação da Lei Máxima: a Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em 30 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. **A atenção primária e as redes de atenção à saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2015.

_____, **A gestão do SUS**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2015.

_____, **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____, **Direito a saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2015.

_____. **Instrumentos de Planejamento e Orçamento**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/planejamento.html>> Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Lei No. 8080/90, de 19 de setembro de 1990**. Brasília: DF. 1990. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm> Acesso em: 05 out. 2017.

____. **Lei No. 8142/90, de 28 de dezembro de 1990**. Brasília: DF. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm > Acesso em: 05 out. 2017.

____. Ministério da saúde – **Relação Nacional de Medicamentos 2017**. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf> Acesso em 30 out. 2017.

____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf> Acesso em 30 out. 2017.

BUCCI, Maria de Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2394956/mod_resource/content/1/BUCCI_Maria_Paula_Dallari._O_conceito_de_politica_publica_em_direito.pdf> Acesso em 30 out. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo, Pólis, 2001. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>> Acesso em 30 out. 2017.

CALDO, Diego Santiago. **O ideal controle jurisdicional de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, n. 97, p. 507-523, set./dez. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde: Ações de comitê refletem em causas no MS**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85355-judicializacao-da-saude-acoes-de-comite-refletem-em-causas-no-ms>> Acesso em 30 out. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?**. O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?seque>>

nce=1>. Acesso em: 15/10/2017.

HUMBERTO, Carlos. **Judicialização não se confunde com ativismo judicial, afirma Barroso**. Revista eletrônica Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-07/judicializacao-nao-confunde-ativismo-judicial-barroso>>. Acesso em 30. Out. 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Vanessa Rocha. **STF e os parâmetros para a judicialização da saúde**. 2017. Disponível em <<https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>> Acesso em 30 out. 2017.

NOTARO, Camila Antunes. **A Proporcionalidade em Robert Alexy e o Ativismo Judicial no Estado Democrático Brasileiro**. 2014. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav82/artigos/ca.pdf> > Acesso em 30. Out. 2017.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de Judicialização da saúde**. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/o-orcamento-publico-e-o-processo-de-judicializacao-da-saude.htm>> Acesso em: 24 out. 2017. p. 7.

PRIMO, Laís de Araújo. **Ativismo judicial e direito à saúde: análise crítica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2016. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-e-direito-a-saude-analise-critica-da-evolucao-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal,55658.html> > Acesso em. 30 out. 2017.

REVISTA SÍNTESE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. v. 13, n. 97, set./out. 2015. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2097_miolo.pdf> Acesso em 30 out. 2017.

ROCHA, Marcel Julien Matos. **O ativismo judicial estudado sob a ótica da teoria da democracia: a legitimação dos membros do poder judiciário para atuar como agentes políticos evidenciada na constituição boliviana promulgada em 2009**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4b5b81483048c894>> Acesso em 30 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência**. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>> Acesso em: 30 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf> Acesso em 20 out. 2017.

SILVA, Christian Luiz; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves; RAKSA, Vivian Patrícia. **Governança Pública em Saúde e Os Vazios Assistenciais – Territorialização Para O Planejamento e Ações Do Estado**. Toledo , v.20, n.2. p. 10-27. Jul/dez. 2016.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **A Efetivação do Direito à Saúde**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n.13, jan/jun 2000, p. 115-128.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual a Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo jurídico existe ou é imaginação de alguns?**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em 17 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?**. 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>> Acesso em 30 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos – volume 8. n. 2, mai/ago.2003, p. 257-301. Disponível em: <

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>> Acesso em 15 de out. 2017.

TRINDADE, André Karam. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>> Acesso em: 26 out. 2017.

WEBER, Tadeu. **A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011> Acesso em 26 out. 2017.

ANEXO

Ementa do Recurso Extraordinário n. 271.286/RS referido à página 35:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. DECISÃO: O recurso extraordinário, a que se refere o presente agravo de instrumento, busca reformar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 12): "CONSTITUCIONAL. DIREITO PÚBLICO NÃO-ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDICADO PARA O TRATAMENTO DE PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. Sendo a responsabilidade prevista no artigo 196 da Constituição Federal de qualquer dos entes federativos, estão o Estado e o Município legitimados para figurar no pólo passivo da relação processual. Dispensa de processo licitatório (Lei nº 8.666/93, art. 24, IV). Obrigação de os entes públicos fornecerem medicação excepcional à pessoa que dela necessita (arts. 196 e 197 da Constituição Federal e Lei Estadual 9.908). Apelações desprovidas. Sentença mantida em reexame necessário." Entendo não assistir razão ao Município de Porto Alegre, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a um resultado trágico. É que essa postulação - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta o ora agravado (que é portador da síndrome de imunodeficiência adquirida) - impediria, se aceita, que o paciente, pessoa destituída de qualquer capacidade financeira, merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator,

que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como o ora agravado, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. A legislação gaúcha - consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 -, ao instituir esse programa de caráter marcadamente social, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal

de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Todas essas considerações - que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pelo Município de Porto Alegre, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal no exame da matéria (RE 236.200/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 247.900/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 264.269/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.): "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido." (RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei) "PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 232.335/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei) "AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196).

PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF). - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República." (RE 271.286/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei) Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere. Publique-se. Brasília, 27 de março de 2003. Ministro CELSO DE MELLO Relator

(AI 396973, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 27/03/2003, publicado em DJ 30/04/2003 PP-00073)