

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES NA INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH AND THE PERFORMANCE OF THE JUDICIARY BRANCH: LIMITS ON THE INTERVENTION IN PUBLIC POLICIES OF DISTRIBUTION OF HIGH COST MEDICINES

Silvana Mara Queiroz Bessa*

Simone Coêlho Aguiar**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A judicialização da política para a efetivação do direito social à saúde. 2 O direito social à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 3 Limites da atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas de saúde de distribuição de medicamentos de alto custo. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: A efetividade do direito à saúde depende, muitas vezes, da participação ativa do Poder Judiciário que atua como garantidor dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, tem-se como escopo analisar os limites dessa atuação com foco nas determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos de alto custo não inseridos na lista do Sistema Único de Saúde – SUS. Outrossim, examina-se se essa intervenção fere o princípio da igualdade, uma vez que este processo acaba por comprometer as políticas públicas de saúde vigentes, além de criar privilégios não extensíveis a todos. A metodologia caracteriza-se como em um estudo descritivo-analítico, de natureza qualitativa, desenvolvida por meio de levantamento bibliográfico e documental, verificando algumas jurisprudências. A partir da pesquisa empreendida, conclui-se que embora a intervenção do Poder Judiciário seja necessária e legítima para garantir o direito à saúde diante da inefetividade do texto constitucional, é preciso observar as políticas públicas de saúde já existentes, o princípio da reserva do possível e os escassos recursos públicos. Além disso, esse agir do Poder Judiciário deve considerar parâmetros técnicos que auxiliem nas suas decisões, observando, ainda, que a judicialização de medicamentos não incorporados ao SUS em demandas individuais seja apreciado como uma exceção em consideração ao princípio da igualdade.

Palavras-chave: Direito à saúde. Atuação do Poder Judiciário. Judicialização da saúde. Medicamentos de alto custo.

ABSTRACT: *The effectiveness of the right to health often depends on the active participation of the Judiciary Branch that acts as an safeguard of fundamental social rights in the Democratic State of Law. In this context, the scope of this study is to analyze the limits of this action focusing*

* Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2016). Graduada em direito pela Universidade de Vila Velha/ES (2012). Advogada na área de direito de família. Pesquisadora na área de direito constitucional, com ênfase em políticas públicas de saúde.

** Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2015 -). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR (2012). Especialista em Direito e Processos Administrativos pela UNIFOR (2009). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC (2002). Professora de Cursos de Especialização em Direito da UNIFOR, e do Centro Universitário Estácio do Ceará. Consultora Técnica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Como citar: BESSA, Silvana Mara Queiroz; AGUIAR, Simone Coêlho. O Direito social à saúde e a atuação do poder judiciário: limites na intervenção em políticas públicas de distribuição de medicamentos de alto custo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 381-400, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

on the determinations to the Public Administration to provide high cost medicines that are not included in the Unique Health System – UHS list. It also examines whether this intervention violates the principle of equality, since that this process ends up compromising already existing public health policies, as well as creating privileges that can not be extended to all. The methodology is characterized as a descriptive-analytical study, of qualitative nature, developed through a bibliographical and documentary research, verifying some jurisprudence. Based on the research undertaken, it is concluded that although the intervention of the Judiciary Power is necessary and legitimate to guarantee the right to health due to the ineffectiveness of the constitutional text, it needs to observe existing public health policies, the principle of the reserve of possible and the allocation of scarce public resources. In this sense, this action of the Judiciary Branch must consider technical parameters to support its decisions, noting also that the judicialization of drugs not incorporated in the UHS in individual demands must be appreciated as an exception in consider of the principle of equality.

Keywords: *Right to health. Acting of the Judicial Branch. Judicial interference on health. High cost medicines.*

INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional como a saúde tem gerado um forte debate acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário na concretização desses direitos. Trata-se de um direito fundamental social, de caráter reconhecidamente subjetivo, e que exige um agir positivo por parte do Estado, que o faz por meio de políticas públicas. Sob essa ótica, vale realçar a posição do Supremo Tribunal Federal - STF (2000) quando, no bojo do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286/RS, afirma que o “direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República”.

Nesse contexto, Batista Júnior (2011, p. 277) observa que o Estado Democrático Social de Direito pode ser compreendido como “um Estado humanista que se norteia pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que firma a ideia de que qualquer ser humano é dotado de direitos cuja proteção justifica a existência do próprio Estado”.

De outra parte, é notória a realidade brasileira de acentuada desigualdade social, inclusive na seara da saúde. Por conseguinte, esse direito, para ser materializado, precisa, muitas vezes, da intervenção do Poder Judiciário. Nessa toada, a problemática em exame se centra nos limites dessa atuação tanto nas políticas públicas de saúde existentes como naquelas ainda não implementadas.

É mister não perder de vista que faltam investimentos e estrutura por parte do Poder Público para a efetivação dos direitos fundamentais de natureza social como à saúde. Todavia, também não se pode desconsiderar,

como bem salienta Aguiar e Hissa (2015, p. 136), que há escassez tanto de recursos públicos como humanos para a concretização desse direito. Percebe-se, portanto, que existem inúmeros desafios das mais diversas ordens a serem superados.

A partir dessas constatações, por meio da presente pesquisa, analisam-se os limites da atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde em face das determinações à Administração Pública para que esta forneça medicamentos de alto custo que não se encontram incorporados à lista do Sistema Único de Saúde - SUS. Além disso, examina-se se tal intervenção fere o princípio da igualdade, uma vez que essa atuação contempla tão somente as demandas individuais, criando de certa forma alguns privilégios não extensíveis a todos.

Assim, para se alcançar os objetivos acima listados, a pesquisa utiliza-se da seguinte metodologia: estudo descritivo-analítico, de natureza qualitativa, desenvolvida por meio de levantamento bibliográfico e documental, analisando-se algumas jurisprudências.

No primeiro tópico, aborda-se a judicialização da política para a efetivação do direito social à saúde como legítima quando respeitados os limites constitucionais e institucionais desse instrumento, sem deixar de apontar os problemas que o excesso dessa judicialização pode acarretar.

Em seguida, evidencia-se que o direito social à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi consagrado como um direito fundamental, e, por ser um direito reconhecido pela jurisprudência do STF como subjetivo, passa a ser legítima a judicialização da saúde nas demandas individuais, embora se observe que há controvérsias a respeito do caráter prestacional desse direito, em virtude da dependência de políticas públicas estatais, sem olvidar a possibilidade de ajuizamento de demandas coletivas como um instrumento mais apropriado para o caso.

Por fim, estudam-se os limites de atuação do Poder Judiciário ao se judicializar à saúde, observando-se a existência do mínimo existencial, bem como o princípio da reserva do possível e o princípio da igualdade.

Nesse panorama, a ideia central a ser desenvolvida, portanto, consiste em reconhecer a existência de um direito fundamental à saúde, o qual depende da participação ativa do Estado para ser concretizado, bem

como a atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas de saúde, a qual deve estar amparada em certos limites técnicos e legais.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o processo de restauração da democracia, o Poder Judiciário passou a desempenhar um papel ativo nas questões designadas à política nacional. Nesse contexto, o tema vem sendo discutido tanto pela ciência jurídica, quanto pelas ciências sociais e políticas, haja vista a participação ativa da jurisdição constitucional em debates políticos e morais de grande complexidade. Com efeito, em países em que o processo de democratização chegou tardiamente, como é o caso do Brasil, foi necessário haver essa ampliação da atividade jurisdicional constitucional para a garantia da democracia e dos direitos fundamentais sociais positivados na Constituição.

Nessa perspectiva, comenta Barroso (2011, p. 275) que esse fenômeno não é uma particularidade do Brasil, tendo em vista que, após o final da Segunda Guerra Mundial, nos países ocidentais, em sua maioria, a justiça constitucional passou a intervir na esfera da política majoritária (realizada pelo Executivo e Legislativo) com a finalidade de garantir os direitos fundamentais e o sistema democrático.

Assim, a jurisdição constitucional começou a exercer um controle sobre a legislação produzida, intervindo cada vez mais na política para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Outrossim, houve uma mudança de direção no campo de atuação da política das vias clássicas, tendo em vista o grande descontentamento da sociedade com os fatores sociais e políticos da época. Sob essa ótica, explicam Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 40):

Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva. Sem Estado, sem fê, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon [...].

A partir disso, portanto, é possível inferir que a judicialização da política pode ser compreendida como um fenômeno social, haja vista a maior participação da sociedade (ampliação dos mecanismos de participação jurisdicional), na busca de seus direitos, especialmente, do direito fundamental social à saúde. Isso ocorre, como bem defende Liberato (2010, p. 45), porque a sociedade passa a depositar uma confiança no Poder Judiciário e, assim, entende que essa instituição é o local apropriado para discutir as novas realidades sociais, aumentando consideravelmente a judicialização.

Sob essa ótica, comenta Moraes (2011, p. 160, grifos do autor): “a conflituosidade que se enfrenta não estaria posta perante os Tribunais, posto ausente das preocupações sociais em uma *sociedade ótima*”. Essa questão complexa advertida pelo autor retrata a importância desse instrumento (judicialização da política) para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Contudo, é importante pontuar, de acordo com Moreira (2010, p. 203), que o excesso de judicialização pode provocar questionamentos quanto à “responsabilidade daqueles que cuidam da aplicação constitucional, em diferentes esferas, do texto da Constituição”.

Depreende-se, do entendimento acima exposto, que há uma acentuada dificuldade em diferenciar, de um lado, o teor jurídico e político da questão a ser decidida pelos Tribunais e, de outro, certas posições individuais por parte de alguns juízes. Nessa angulação, menciona-se, conforme Streck (2010, p.94), que a imbricação do caráter político-pessoal em algumas determinações das Cortes, sob o argumento de efetivar conteúdos constitucionais, como o direito fundamental social à saúde, pode refletir uma atitude protagonista sem o devido comprometimento com texto constitucional.

Nesse contexto, observa-se que muito embora essa atuação do Poder Judiciário caminhe na direção de um constitucionalismo democrático, exercendo um controle sobre a legislação produzida, intervindo cada vez mais na política, a fim de garantir o cumprimento dos conteúdos constitucionais, as decisões judiciais não devem ser fundamentadas em construções de caráter político pessoal. Sobre isso, esclarece Streck (2010, p. 29) que a “sentença não é um ato de vontade do juiz”, pois a sua interpretação não deve ser aquilo que o magistrado julgar mais conveniente em termos pessoais.

Além do mais, em respeito ao Estado Democrático de Direito, a judicialização da política para a concretude do direito fundamental

social à saúde é, antes de tudo, um instrumento que vincula o Poder Judiciário, quando provocado a se pronunciar via tutela jurisdicional, e decorre de um dever institucional determinado pelo poder originário (BARROSO, 2011, p. 276).

Com efeito, não se pode deixar de constatar que é desafio de um Estado Democrático Social de Direito cumprir, de modo satisfatório, os conteúdos inseridos nas normas constitucionais, além de ser capaz de gerar inclusão social em tempos tão difíceis de exclusão econômica.

Noutro giro, de acordo com Bonavides (2004, p. 131), “toda legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica”, e, nesse sentido, o intérprete, na defesa da Constituição e da concretização dos direitos fundamentais sociais, tem a responsabilidade político-institucional não apenas com o princípio da separação dos poderes, ou com a vontade das maiorias, mas com todos os valores democraticamente assentados, principalmente com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto princípio orientador desses direitos.

2 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O direito à saúde encontra-se entre os direitos sociais positivados no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, e foi consagrado como um direito fundamental, sendo dever do Estado proporcionar por meio de políticas públicas, prestações satisfatórias de saúde. Nessa toada, o texto constitucional vigente assegurou, por intermédio do seu artigo 5º, §1º², a aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Ocorre que o direito à saúde - o qual integra os direitos sociais e, de fato, está condicionado a prestações positivas por parte do Poder Público - sofreu críticas quanto à sua fundamentalidade, além de resistência na aceitação dessa tese. Conforme argumenta Sarlet (2011, p. 280), isso aconteceu devido a problemas relacionados à falta de eficácia e de aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

¹ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

² “Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988).

Nessa ordem de ideias, Sarlet e Figueiredo (2009, p. 30) explicam que a saúde assume uma dupla fundamentalidade, tanto material e como formal:

A fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida - e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade -, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade. Já a fundamentalidade formal decorre do direito constitucional positivo [...].

Outrossim, Silva (2009, p. 768) reconhece que todos os seres humanos devem ter condições preventivas de saúde e, nos casos de doenças, tratamentos eficazes de acordo com a ciência médica atual. Além disso, adverte que o não cumprimento dessa norma traz o entendimento de que o direito plasmado na Constituição Federal, qual seja, “saúde é um direito de todos e um dever do Estado”, não tem muito valor para a sociedade à qual é dirigida.

Cabe registrar, de acordo com Sarmento (2010, p. 177), que a Constituição da Federal de 1988, elaborada com a participação de uma sociedade civil e uma “Assembleia Constituinte livre e democrática”, recebeu a denominação “Constituição Cidadã” porque assumiu uma grande responsabilidade com os direitos humanos, e contemplou, em sua amplitude, os direitos fundamentais, inclusive a garantia de uma vida com dignidade. Nesse aspecto, inclui-se uma vida com saúde e reflete o compromisso político-social dessa Constituição Cidadã.

De outra forma, a ideia de que o direito à saúde como direito fundamental está alicerçada na dignidade humana decorre da fraternidade ou solidariedade e deve nortear as relações sociais em um Estado Constitucional Democrático (LOPES, 2010, p. 55). Nessa direção, sustenta Piovesan (2010, p. 54) que o princípio da dignidade humana estabelece um critério e constitui um padrão valorativo que serve para orientar a interpretação da jurisdição constitucional.

Assim, o direito fundamental social à saúde está intimamente relacionado com uma vida digna. O homem passa a ser possuidor de um bem, isto é, de ter condições mínimas de saúde para viver com dignidade, e desse direito decorre uma responsabilidade que pode ser compartilhada

entre o possuidor, a sociedade e o Estado. Nesse sentido, esclarece Moreira (2010, p. 187):

[...] ao afirmar, no texto constitucional, a dignidade humana, o constituinte buscou colocar o ser humano como credor de 'bens' necessários para que ele alcance uma vida digna como pessoa, isto é, como ser concreto, individual, racional e social. A busca desses 'bens' estabelece deveres de justiça para o Estado, para a sociedade e para a própria pessoa.

Ainda sob essa ótica, é importante analisar que sendo a dignidade da pessoa humana suporte para um Estado Constitucional, esse princípio passa a ser o núcleo de uma ordem jurídica constitucional que serve de fundamento para todos os direitos fundamentais. A partir disso, esclarece Lopes (2010, p. 74) que, em razão desse princípio, o direito social à saúde deverá ter um conteúdo mínimo exigível para a garantia de uma vida digna.

No entanto, a questão central que emerge é: saber o que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como padrão mínimo para a concretização do direito à saúde. Em outras palavras, que prestações de saúde poderão ser exigidas judicialmente tendo como parâmetro o mínimo existencial a fim de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana?

Barcellos (2011, p. 323) afirma não ser possível que a sociedade brasileira seja mantenedora de qualquer prestação de saúde que esteja disponível no mercado. E, graças à evolução da medicina, são muitas as técnicas preventivas e curativas no intuito de salvaguardar uma melhor qualidade de vida. Contudo, por mais que não se possa negar a esperança de cura ao cidadão, é inviável ao sistema público de saúde brasileiro “oferecer e custear” a todos, as constantes inovações de saúde³. Ainda, adverte a autora que o cidadão não encontrará amparo jurídico para pleitear por qualquer prestação de saúde em determinados casos.

Destacam Mendes, Coelho e Branco (2012, p. 678) que a discussão a respeito da atuação direta do Poder Judiciário na realização desses direitos sociais se refere especialmente ao seu caráter prestacional. Isso ocorre porque parte da doutrina defende a ideia de que os direitos sociais são normas programáticas, isto é, dependem da elaboração de políticas públicas para que possam ser exigidas.

³ Não obstante fuga ao escopo deste artigo, registra-se a relevância da análise econômica no direito como método interpretativo, sobretudo, quanto se debate gastos públicos e políticas públicas de saúde. Nesse sentido, acerca da temática em questão, sugere-se a leitura de obras dos seguintes autores: Ronald H. Coase (2016), Richard Posner (1998) e Decio Zilbersztajn e Rachel Sztajn (2005).

Ademais, Sarlet (2011, p. 291) esclarece que as normas programáticas possuem um caráter de generalidade e isso comporta dificuldades no recorte do seu conteúdo. Por isso, o autor defende que todas as normas inseridas na Constituição que tenham cunho programático reclamam do legislador medidas para que possam gerar a plena eficácia dos seus efeitos.

Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF (2007), no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393175/RS, que apesar das divergências doutrinárias acerca da tutela judicial do direito à saúde (por depender de políticas públicas), a interpretação do artigo 196 da Constituição Federal de 1988⁴ não se resume a uma norma programática descaracterizada de normatividade, e a inércia dos poderes representativos na concretização dessa política de saúde retrataria a falta de compromisso com a coletividade.

Com efeito, diante da fundamentalidade dos direitos sociais, as normas programáticas não devem ser analisadas apenas como meros programas estatais, elas exigem um agir positivo e efetivo por parte do Estado, por meio de políticas públicas, e a negativa de uma política pública de saúde, no caso específico, abriria espaço para o campo de atuação do Poder Judiciário com a denominada judicialização da saúde.

No entanto, partindo-se dos pressupostos acima expostos, é importante frisar que a judicialização da saúde e, nesse particular, o fornecimento de medicamentos de alto custo não inseridos na lista do Sistema Único de Saúde - SUS⁵ em demandas individuais, embora encontre fundamento no reconhecimento do direito subjetivo à saúde, enfrenta dificuldades no que concerne à legitimidade democrática, à escassez de recursos públicos e à possibilidade de criar privilégios não extensíveis a todos. Vale esclarecer que a crítica se revela tanto no excesso de judicialização da saúde, como também na intervenção desse Poder em uma política pública de saúde ainda não implementada, como a obrigação de fornecer medicamentos não incorporados pelo SUS.

⁴ "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (BRASIL, 1988).

⁵ "Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)." (BRASIL, 1990).

O problema relativo às demandas individuais de saúde que concedem medicamentos não disponíveis no SUS está intimamente ligado ao princípio da igualdade, uma vez que não é compatível privilegiar uns em detrimento de outros em um Estado Democrático Social de Direito.⁶ Com base nisso, Fonte (2013, p. 190) defende que “o magistrado deve priorizar o processo coletivo para dar soluções sistêmicas aos problemas - inclusive valendo-se do art. 7º da Lei da Ação Civil Pública para provocar a atuação do Ministério Público”⁷⁸.

Nessa linha de pensamento, Barroso (2009, p. 48) sustenta que se o medicamento não consta na lista do SUS, o foro de discussão para a revisão dessa política de saúde se dará através das ações coletivas cuja decisão produz um efeito *erga omnes*. Isso ocorre porque o Poder Judiciário tem legitimidade para conter abusos ou falta de efetividade em uma determinada política pública, mas não de alterar as escolhas dos demais Poderes.

Do exposto, é relevante ressaltar que as prestações materiais de saúde têm uma dimensão econômica. Todavia, o Estado não deve se defender unicamente com base em tal argumento para não implementar políticas públicas de saúde, ou executá-las de forma inadequada. Em respeito ao princípio democrático estabelecido no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁹, a escolha de determinados programas de saúde, isto é, a definição de qual política pública de saúde deverá ser implementada, impõe que seja estabelecida primeiramente pelos poderes representativos, restando, em caráter subsidiário, ao Poder Judiciário, em sede de ação judicial, garantir condições materiais mínimas de saúde que permitam uma vida com dignidade, como bem defende Marmelstein (2009, p. 317).

Com isso, não se busca fazer objeções a tutela individual do direito à saúde. Ao contrário. Deve-se prestigiá-la caso esteja amparada

⁶ Apesar da universalidade do acesso aos serviços de saúde (art. 198, CF/1988, c/c art. 7º, I, Lei n.º 8080/1990), faz-se mister que o sistema seja sustentável. Nesse sentido, uma demanda individual não deve ser de tal monta que inviabilize o sistema. Daí, a necessidade de aprofundamento na temática das “decisões trágicas” (AMARAL, 2001).

⁷ “Art. 7º Se, no exercício das suas funções, os juízes e tribunais tiverem o conhecimento de fatos que posam ensejar a propositura de ação civil, remeterá peças ao Ministério Público para as providências cabíveis” (BRASIL, 1985).

⁸ Carlos Portugal Gouvêa entende que a migração das demandas individuais para as class actions não seria o meio adequado para solucionar a questão da saúde e da concessão de medicamentos. Defende ele a necessidade de “to move from an 'individual rights' approach to a 'distributive' approach” (2013, p. 472-473).

⁹ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]” (BRASIL, 1988).

pelo mínimo existencial que corresponde às condições básicas para se ter uma vida digna e, para tanto, são necessárias prestações materiais de saúde que garantam essa condição. Ademais, trata-se de um direito fundamental de caráter subjetivo e de aplicação imediata, consagrado no texto constitucional vigente.

No entanto, como se infere dos argumentos acima apresentados, nas demandas coletivas se tem um espaço mais propício para o debate sobre políticas públicas de saúde ainda não implementadas, pois há uma discussão mais abrangente acerca dos efeitos de eventual decisão judicial. Outrossim, provoca os demais Poderes (Legislativo e Executivo) a se preocuparem com a efetividade e a qualidade dessa política, uma vez que o excesso de judicialização, principalmente em demandas individuais, concedendo prestações materiais como a obrigação de entregar medicamentos ainda não incorporados na lista do SUS, poderá levar a uma inércia dos poderes representativos, sob o argumento de que é preciso aguardar o cumprimento das demandas judiciais e, nesse contexto, deixar de realizar políticas de saúde necessárias a coletividade.

De outro modo, também vale considerar que os recursos públicos são insuficientes para atender a toda e qualquer necessidade de saúde, cabendo aos representantes eleitos decidir sobre a implementação de uma determinada política de saúde ou não. Nesse ótica, oportunas as palavras de Fonte (2013, p. 187) quando explica que “o Poder Legislativo é a instituição que repercute de modo mais fiel, ainda que imperfeito, as preferências políticas de determinada sociedade”.

Nessa toada, analisa-se a seguir alguns limites de atuação do Poder Judiciário na judicialização da saúde, a fim de construir uma decisão judicial racional e efetiva que garanta o direito fundamental social à saúde, mas que se coadune com as possibilidades interpretativas do texto constitucional, além do respeito ao modelo institucional estabelecido pelo poder constituinte, e que não crie privilégios a certos indivíduos em detrimento de uma coletividade que depende das políticas públicas de saúde universalistas.

3 LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Inicialmente, é relevante registrar que a ampliação significativa nas demandas judiciais envolvendo as prestações de saúde, associada

ao aumento considerável de recursos públicos destinados ao custeio das referidas decisões, desencadearam muitas controvérsias em torno do tema.

Sobre esse aspecto, destaca-se a inevitável judicialização da saúde ante, dentre outros fatores, a falta de efetividade da Constituição e a inércia dos demais poderes (Legislativo e Executivo) na execução de políticas públicas de saúde de modo satisfatório, que assegure aos cidadãos o direito fundamental social à saúde. A partir do argumento estabelecido, é possível perceber a dramaticidade em que se inserem os direitos fundamentais sociais em países que tiveram tardiamente o processo democrático, como é o caso do Brasil.

Sob essa perspectiva, infere-se que não há violação e nem enfraquecimento da democracia a intervenção do Poder Judiciário no exercício da sua jurisdição constitucional, na defesa do direito fundamental social à saúde, quando respeitado os limites constitucionais, exercendo um controle sobre Administração Pública na aplicabilidade de uma política pública de saúde já implementada. Todavia, conceder prestações materiais de saúde, por meio de demandas individuais, como a concessão de medicamentos ainda não inseridos na lista do SUS, pode representar um risco a essa atuação constitucionalmente garantida.

Dentro desse contexto, atualmente, o STF analisa o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 566471/RN (2010) que trata do fornecimento de medicamento de alto custo não disponibilizado na lista do SUS. Ressalte-se que houve perda superveniente do objeto em razão do medicamento ter sido incorporado à lista do SUS. Entretanto, o Ministro Marco Aurélio, relator do processo, recomendou que a matéria fosse julgada a fim de estabelecer limites à judicialização da saúde, almejando, assim, pacificar a matéria, uma vez que, desde dos critérios estabelecidos na Audiência Pública (2009) convocada pelo Presidente do STF à época, Ministro Gilmar Mendes, ainda persiste a problemática relativa à intervenção do Poder Judiciário na concretização desse direito.

Portanto, se, de um lado, a atuação do Poder judiciário não se resume a uma mera aplicação de um texto constitucional desvinculado da realidade social, principalmente quando se trata do direito à saúde, tão essencial à vida humana, de outro, essa intervenção encontra um limite interpretativo que foi estabelecido pela própria Constituição. Ao se judicializar a saúde, convém preocupar-se com o excesso de demandas sobre a matéria, além do necessário respeito a certos limites a fim de que a decisão judicial não se transforme em mais um problema do que uma

solução. Nesse sentido, a decisão judicial deverá percorrer um caminho que envolve a análise dos limites fáticos e jurídicos da lide para, se for o caso, ocorrer o deferimento do pleito.

Diante disso, considera-se a reserva do possível como um dos limites à atuação do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas de saúde que, de acordo com Sarlet (2011, p. 827), “apresenta pelo menos uma dimensão tríplice”, isto é, que esse princípio abrange desde a disponibilidade fática de recursos financeiros, passando pelo contexto da competência legislativa orçamentária, além da proporcionalidade da prestação exigida.

Contudo, não parece que a Administração Pública possa, em sede de defesa judicial, alegar tão somente a reserva do possível sem, efetivamente, provar que o Estado é incapaz de atender aquela decisão. Ademais, não deve o Poder Judiciário conceder a tutela judicial sem analisar os custos daquela decisão. Segundo Sarmiento (2008, p. 550), “os direitos sociais têm custos, o que, num quadro de escassez de recursos, impõem limites para a sua efetivação”¹⁰.

Ademais, argumenta Torres (2009, p. 110) que a crítica que se faz à reserva do possível se dá em relação à diferença da doutrina estrangeira. A partir dessa constatação, explica o autor que no “Brasil, portanto, passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver *disponibilidade financeira*” (TORRES, 2009, p. 110, grifos do autor). Logo, não há como negar o limite econômico à efetivação do direito social à saúde, e a importância disso ocorre, principalmente, para garantir a efetividade desse direito. Afinal, o Poder Judiciário deve considerar que sua atuação repercute na vida das pessoas que dependem das políticas públicas de saúde, fato o qual precisa ser ponderado a fim de que a judicialização da saúde não seja objeto de banalização. Nessa esteira, Marmelstein (2009, p. 322) esclarece que:

A escassez de recurso exige que o magistrado tenha preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes [...].

¹⁰ Acerca da temática do custo do direito, sugere-se a leitura de textos dos autores Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999).

Também é necessário levar em conta outro fator, qual seja, o acesso à justiça no Brasil. Embora seja ele garantido constitucionalmente, está longe de ser usufruído pela maioria da população. Sobre essa questão, vale mencionar a pesquisa realizada pela Secretaria do Estado de São Paulo, capitaneada pelas pesquisadoras Chieffi e Barata (2009, p. 1843) que comprovaram, ao analisar 3.007 (três mil e sete) ações judiciais, que a “maioria das ações analisadas foi ajuizada por advogados particulares. A justiça gratuita contribuiu tão-somente com 1/4 das ações”.

Longe de se buscar alimentar a ideia de que a reserva do possível é um limite intransponível à atuação do Poder Judiciário, é mister considerar a existência desse parâmetro ao conceder medicamentos ainda não incorporados na política pública de saúde. Apesar de a Administração Pública não caminhar a passos largos de modo a acompanhar o progresso da medicina, ofertando assim os mais modernos serviços de saúde a todos, parece carecer de legitimidade a intervenção judicial no caso específicos desses medicamentos.

A partir dessa ótica, pode-se conceber que cabe ao Poder Judiciário exercer um controle sobre os demais poderes (Executivo e Legislativo), a fim de resguardar o mínimo existencial do direito à saúde, quando há o cumprimento insatisfatório da política de saúde existente, ou quando autorizada pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo fica inerte.

Ainda existe outra problemática que se insere no contexto concernente à definição do que seja o mínimo existencial. O que seriam as condições mínimas de saúde para cada indivíduo suscetível de intervenção judicial? Sob essa perspectiva, Fonte (2013, p. 215) esclarece que o “mínimo existencial deve corresponder a prestações que sejam passíveis de universalização”.

Por conseguinte, observa-se que não se trata de uma decisão fácil, porque se, de um lado, existe o mínimo existencial, condição necessária para a garantia do direito à saúde do cidadão para que possa viver com dignidade, do outro, há a reserva do possível que envolve os recursos disponíveis para a concretização daquele direito.

Não obstante, pareça um choque entre a tutela de um direito e as condições econômicas do Estado, a questão é bem mais complexa. Barroso (2009, p. 36) alerta que não se trata simplesmente de um conflito entre princípios orçamentários ou a separação de poderes, por exemplo, mas é “à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”.

Nesse sentido, vale acrescentar um trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 566471/RN (2010), o qual ainda está sob julgamento no STF. No voto, o Ministro defendeu que caso não haja uma política pública de saúde implementada, o Estado não tem a obrigação de fornecer o medicamento, só atuando em casos excepcionais. Por outro lado, o relator do referido recurso, Ministro Marco Aurélio, defendeu que o direito individual à saúde está amparado no mínimo existencial e, se esse critério não for respeitado, o Poder Judiciário poderá intervir sim, mesmo que a política pública de saúde ainda não exista.

Como se nota, existem vários desafios no sentido de concretizar o direito à saúde. Todavia, o excesso de judicialização da saúde, a sua banalização e a intervenção em uma política de saúde ainda não implementada não devem ser tratadas da mesma forma em respeito ao princípio da igualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa empreendida, percebeu-se que a judicialização da política é um instrumento de controle necessário para resguardar os direitos fundamentais sociais, como a saúde, quando fundamentada na legitimidade democrática e no modelo institucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, o intérprete constitucional, ao almejar concretizar o direito à saúde, deve estar comprometido não só com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também com a vontade da maioria representada pelo Poderes Legislativo e Executivo, em prol do direito da coletividade.

De outra forma, é preciso ter em mente que o direito fundamental social à saúde necessita de um agir positivo por parte do Estado, que o faz através de políticas públicas. Mas essas políticas não podem ser compreendidas apenas como meras normas de programas, nem a falta de comprometimento da Administração Pública com a política de saúde instituída permite que o Poder Judiciário atue fora de certos limites.

Essa atuação jurisdicional, além de considerar o mínimo existencial, também deve observar que o direito à saúde tem um valor econômico e que o excesso de judicialização da saúde, como a intervenção em uma política de saúde ainda não implementada, gera um problema de legitimidade democrática, de desorganização da política de saúde

estabelecida, e pode ofender o princípio da igualdade, uma vez que conceder privilégios através de demandas individuais aos que têm acesso ao Poder Judiciário em detrimento de uma coletividade que, às vezes, sequer consegue acioná-lo, pode representar uma violação ao princípio referido. Nesse aspecto, vislumbra-se que as demandas coletivas tendem a responder mais adequadamente à problemática em questão.

Em vista dos argumentos apresentados, tem-se que a atuação do Poder Judiciário deve ser considerada sob dois aspectos: o primeiro diz respeito ao controle sobre uma política de saúde existente, concretizando dessa forma o direito do cidadão de ter garantida prestações materiais de saúde; o outro se refere a intervir no campo da política para assegurar a tutela de um medicamento, por exemplo, que não está inserido naquela política de saúde. Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde deve estar limitada primeiramente pelo texto constitucional, bem como pelos princípios da reserva do possível e da igualdade, evitando-se o excesso de judicialização da saúde, a sua banalização e a intervenção em política de saúde ainda não implementada.

Logo, a entrega de um medicamento de alto custo ainda não incorporado ao SUS por intermédio de demandas individuais compromete a política já existente e prejudica toda uma população que depende de políticas de saúde universalistas. Em virtude disso, uma solução para o caso seria a tutela coletiva desse direito, a qual deve ser estimulada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Simone Coêlho; HISSA, Carolina Soares. A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXIV., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, p. 132-148, 2015.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista de Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, jan./mar. 2009. p. 35-50. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/24/1/Edicao188.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 275-290, 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do judiciário. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, p. 271-308, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago., p. 127-150, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (de 05 de outubro de 1988). Assembleia Nacional Constituinte. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988, Seção I, p. 1-32. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985, Seção 1, p. 10649-10651. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1990, Seção 1, p. 18055-18059. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=>> Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 566471 RN**, Relator: Min. Marco Aurélio, j. 19/03/2010, DJe. 14/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE-AgR 271286 RS**, Relator: Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, Segunda Turma, DJ 24/11/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE-AgR 393175 RS**, Relator: Celso de Mello, j. 12/12/2006, Segunda Turma, DJ 02/02/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>> Acesso em: 20 ago. 2016.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, ago., p. 1839-1849, 2009.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOUVÊA, Carlos Portugal. Social rights against the poor. **Vienna Journal on International Constitutional Law**, V. 7, 4/2013, Articles, p. 454-475. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=582114003071118102104014092017117081029032054004040066067028095028071099106089011096122097062099041113051096028081113075117103126050004093022005019109095071095015019002077080118070100066027000020096108082109127096110109000008005006105066120071082124111&EXT=pdf>>. Acesso em: 13.02.2017.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1999.

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti. Sistema de freios e contrapesos, judicialização da política e o Supremo Tribunal Federal: uma tese para atual postura do STF. **Revista Científica da Associação Cearense do Ministério Público – ACMP**, Fortaleza, v. 1, n. 1, jun., p. 36-49, 2010.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gillmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O estado constitucional: entre a justiça e política. Porém, a vida não cabe em silogismo. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, p. 155-178, 2011.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Florianópolis: Conceito, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, p. 53-69, 2010.

POSNER, Richard. **El Análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: um a teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In*: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara. **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, p. 26-62, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 533-586, 2008.

_____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. p. 39-85, 2007.

ZILBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do Direito e das Organizações. *In*: ZILBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 1-15, 2005.