

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

CAMILA RIBEIRO DA SILVA JORGE

**A (IM)PRECISÃO CONCEITUAL DO DIREITO À SAÚDE COMO CAUSA DE SUA
(IN)EFETIVIDADE EM *TERRAE BRASILIS***

Rio Grande

2014

CAMILA RIBEIRO DA SILVA JORGE

**A (IM)PRECISÃO CONCEITUAL DO DIREITO À SAÚDE COMO CAUSA DE SUA
(IN)EFETIVIDADE EM *TERRAE BRASILIS***

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande,
como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Rafael Fonseca Ferreira

Rio Grande

2014

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

Para a minha mãe,
Vera,
com amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por guiar os meus passos e me fazer acreditar que tudo é possível porque a Sua presença me fortalece.

À minha mãe, Vera, por acreditar em todos os meus sonhos e fazer o (im)possível para que eu consiga realizá-los. Por lutar incansavelmente para que eu pudesse ser e ter o que eu sou e tenho hoje. Por ser o meu exemplo de força e a razão de todas as minhas conquistas.

Ao Lorne, por ser muito mais que um irmão. Por ser também pai, protetor, amigo, e dividir comigo todos os momentos da vida.

À pequena Antônia, por iluminar e colorir todos os meus dias.

A todas as minhas amigas, com quem compartilho alegrias, angústias e planos. Obrigada por compreenderem a minha ausência nos últimos tempos.

A todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, pelos conhecimentos compartilhados ao longo dessa jornada, que tanto contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional. Em especial, ao professor Rafael Ferreira, pela atenção e paciência dispensados na condução deste trabalho, bem como ao professor Paulo Opuszka, pelas palavras proferidas em um dos momentos mais difíceis da minha vida.

À Professora Sílvia Caporlândia pela delicadeza e disponibilidade em ajudar na finalização deste trabalho.

Aos amigos da Defensoria Pública de São José do Norte e da 2ª Vara Federal do Rio Grande, pelas oportunidades, reconhecimento e incentivo dados durante a realização dos estágios.

A todos que, de uma forma ou outra, torcem pela minha felicidade e realização profissional: muito obrigada!

*“Valeu a pena? Tudo vale a pena
Se a alma não é pequena.
Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.”*

(Fernando Pessoa)

RESUMO

JORGE, Camila Ribeiro da Silva. **A (im)precisão conceitual do direito à saúde como causa de sua (in)efetividade em *terrae brasilis***. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande.

O presente trabalho faz uma análise do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando foi reconhecido o seu caráter de direito fundamental e sua intrínseca relação com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Entretanto, embora a Carta Magna apresente o direito à saúde como um direito-dever, ou seja, impõe ao Estado a obrigação de realizá-lo em sua integridade, não fornece um conceito objetivo, o que abre margem às mais variadas interpretações. Por conta de tal imprecisão conceitual e em decorrência de omissões por parte da Administração Pública sobre o tema, surge o ativismo judicial, sendo o Poder Judiciário chamado a interpretar o texto constitucional, expandindo seu alcance e sentido de modo dar uma resposta às demandas sociais que não atendidas pelos demais Poderes e efetivando direitos fundamentais. Sendo assim, pretende esse estudo compreender em que medida a imprecisão de um conceito de saúde acarreta na sua inefetividade.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Direito à saúde. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Intervenção do Poder Judiciário.

ABSTRACT

JORGE, Camila Ribeiro da Silva. **The conceptual (im)precision of the right to health as a cause of their (in)effectiveness in brasiliis terrae.** 2014. Conclusion Work Law Course. Faculty of Law, University of Rio Grande, Rio Grande.

This paper analyses the right to health in the Brazilian legal system, especially after the promulgation of The Federal Constitution of 1988, when his character was recognized as a fundamental right and its intrinsic relationship with the right to life and the dignity of the human person. However, although the present Constitution the right to health as a right and duty requires the State to realize it in its entirety, does not provide an objective concept, which makes room for multiple interpretations. Because of this conceptual vagueness and due to omissions by the Public Administration on the topic, the judicial activism arises, being called the judiciary to interpret the Constitution, expanding its scope and meaning in order to respond to demands social not met by other Branches and effecting fundamental rights. Therefore, this study aims to understand to what extent the vagueness of the concept of health entails in its ineffectiveness.

Keywords: Fundamental Rights. Right to Health. Intervation of the Judiciary. Judicial Activism. Judicialization

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 A COMPREENSÃO DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL | 12 |
| 2.1 O direito à saúde: considerações preliminares | 12 |
| 2.2 A afirmação do direito à saúde como direito fundamental | 15 |
| 2.3 O direito à saúde em sua dupla dimensão: direito de defesa e direito prestacional | 19 |
| 3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE | 21 |
| 3.1 A judicialização da política | 21 |
| 3.2 Estado, direito e sociedade: o problema do ativismo judicial no Constitucionalismo Contemporâneo | 25 |
| 3.3 A relação entre o ativismo judicial e o direito à saúde | 28 |
| 4 ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL: O ENFRENTAMENTO DO TEMA PELO PODER JUDICIÁRIO | 31 |
| 4.1 A Poder Judiciário como <i>locus</i> de efetivação do direito à saúde | 31 |
| 4.2 Uma análise ilustrativa sobre o tema | 35 |
| 4.3 Aproximações entre a atuação do Poder Judiciário e a inefetividade do direito à saúde | 40 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 43 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 46 |

1 INTRODUÇÃO

O tratamento da saúde, enquanto direito de todos e dever do Estado, sofreu gradativa evolução no ordenamento jurídico brasileiro por conta da própria compreensão do sentido e alcance do termo. A promulgação da Constituição Federal de 1988 conferiu-lhe tutela, não apenas por sua inerente qualidade de bem jurídico mas, sobretudo, pelo reconhecimento de sua intrínseca ligação com a vida e com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, consagrou-o como direito fundamental e garantiu-lhe aplicabilidade imediata, com previsão expressa nos artigos 6º, 196 e seguintes do texto constitucional.

Entretanto, em que pese o Estado ter o ônus de garantir o direito fundamental à saúde de forma ampla, abrangente e concreta, através de políticas públicas, a impossibilidade dessa implementação delegou legitimidade ao Judiciário para, quando acionado, suprir e/ou intervir na proteção sanitária. E nesse contexto de uma participação ampla e intensa por parte do Poder Judiciário com o escopo de concretizar valores e fins constitucionais é que se insere a ideia de ativismo judicial.

Assim, neste trabalho, questiona-se: a imprecisão conceitual do direito à saúde é uma das causas de sua (in)efetividade? A pesquisa realizada pretende demonstrar que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha conferido *status* de direito fundamental à saúde, não foi capaz de construir um conceito objetivo, o que abre margem para que o Poder Judiciário, através de uma postura ativista, assegure esse direito e delimite seu conceito.

A elucidação do problema formulado alicerça-se no entendimento prévio de que a delimitação do conceito de saúde pelo texto constitucional seria um modo de reduzir a interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, visto que a saúde é, atualmente, um dos direitos sociais mais demandados em juízo.

Algumas razões de ordem social justificam a escolha da temática, visto que o direito à saúde se insere no rol dos direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional. Tem-se, portanto, que sua efetivação se configura como um dever do Estado e uma garantia individual do cidadão, consistindo em pressuposto indispensável à qualidade de vida e à dignidade da pessoa humana. A sua

relevância é, por conseguinte, evidenciada ante a expressa vedação de sua abolição do ordenamento jurídico pátrio, visto tratar-se de cláusula pétrea.

Este trabalho acha-se estruturado em cinco seções.

A primeira — Introdução — apresenta os elementos constitutivos deste trabalho de conclusão de curso.

A segunda — A compreensão do direito à saúde a partir da Constituição Federal de 1988: a problemática em torno da delimitação conceitual — traz um breve panorama histórico acerca do tratamento dispensado ao direito à saúde no ordenamento jurídico interno e internacional e discorre sob seu *status* de direito fundamental e sua dupla dimensão, vale dizer, enquanto direito de defesa e de cunho prestacional.

A terceira — O ativismo judicial como consequência da indeterminação do conceito de direito à saúde — trata inicialmente, da judicialização da política e, em seguida, do problema do ativismo judicial, relacionando-o diretamente com o direito à saúde.

A quarta seção — Entre o direito à saúde e o ativismo judicial: o enfrentamento do tema pelo Poder Judiciário — retrata as posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e tribunais brasileiros no que tange ao direito à saúde, trazendo à baila alguns casos exemplificativos.

Por fim, na quinta seção — Considerações Finais — são tecidas reflexões suscitadas acerca da necessidade de delimitação de um conceito de direito à saúde por parte do texto constitucional, sem que se pretenda esgotar o tema, de modo a reduzir a interferência das posições ativistas na área de saúde pública.

2 A COMPREENSÃO DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

2.1 O direito à saúde: considerações preliminares

A trajetória das Constituições brasileiras refletiu os contextos econômicos, sociais e políticos de cada época. E a compreensão da saúde, enquanto direito de todos e dever do Estado, não apenas acompanhou o processo de (re)democratização do país, como também foi resultado de uma lenta e gradual compreensão do próprio termo.

As primeiras constituições brasileiras, a do Império (1824) e a Republicana (1891), não trouxeram qualquer regulamentação acerca da saúde¹. A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar e dando evidência aos direitos humanos de segunda dimensão, apenas fez referência ao vocábulo enquanto competência da União e dos Estados. A Polaca (1937) e a Constituição de 1946 permaneceram silentes a respeito da proteção sanitária, e a Constituição de 1967 também não apresentou nenhum avanço, contando apenas com uma única menção em seu artigo 8º, prescrevendo ser da União a competência para estabelecer planos nacionais de saúde².

Foi apenas com a promulgação da Constituição de 1988 que o Brasil tratou efetivamente do assunto, contemplando no artigo 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”³.

O texto constitucional quebrou paradigmas ao inserir o indivíduo como sujeito não apenas de deveres, mas de direitos e garantias passíveis de concretização. Ao proclamar o direito à saúde como direito fundamental social, incluindo-o

¹ Embora não tratasse especificamente da saúde, a Constituição de 1824 fazia referência ao termo socorros públicos.

² SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45-46.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

expressamente no artigo 6º, a Constituição fortaleceu o Estado Democrático de Direito e determinou que esse direito deve ser assegurado através de normas e princípios que tenham por objetivo garantir-lhe eficácia imediata e auto aplicabilidade, de modo a manter força normativa da Constituição, como defende Konrad Hesse:

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como Caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek [...]. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.⁴

Seguindo o processo de evolução do tratamento à saúde, a Carta Magna consagrou o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde como um direito de cidadania e reconheceu a relevância pública das ações e serviços de saúde, que devem estar sujeitas aos mecanismos de controle social democrático como modo de evitar abusos de direito.

A partir do reconhecimento expresso da saúde como direito de todos e dever do Estado, o Direito Sanitário consolidou-se em definitivo no país. Por consequência, as questões relativas à saúde foram acompanhadas, disciplinadas e organizadas de forma muito mais intensa pelo direito brasileiro.

Com relação ao plano normativo internacional, após a falência da Liga das Nações e o desrespeito genocida cometido durante a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao consolidar o processo de universalização dos direitos humanos, foi a pioneira a tratar especificamente do direito à saúde, compreendendo-o como direito humano pelo simples fato de relacionar-se com o direito à vida e à integridade física e corporal e prescrevendo, de forma ampla e sistêmica, em seu artigo XXV:

⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1991. p. 25.

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.⁵

Já o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, estabelece direitos e condições sociais, econômicas e culturais para uma vida digna e reconhece o direito de todos a desfrutar elevado nível de saúde física e mental. Ademais, prevê as medidas que podem ser adotadas para assegurar esse direito⁶.

No que diz respeito ao direito constitucional estrangeiro, merece referência a Constituição Italiana, de 1948, que, além de considerar explicitamente o direito à saúde como direito fundamental, reconhece-o como de interesse da coletividade, associado à proteção da pessoa humana⁷. Na sequência, Portugal e Espanha seguiram a mesma linha, relacionando o direito à saúde com a seguridade social.

Dentre as compreensões do termo saúde, provavelmente, a mais abrangente e precisa é dada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), instituição criada pela ONU para dar garantia aos direitos essenciais para o ser humano. No preâmbulo de sua constituição, datada de 26 de julho de 1946, afirma que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”^{8 9}. Tal contribuição não apenas inseriu o indivíduo em uma relação simbiótica com seu meio, mas atribuiu à saúde a qualidade de bem

⁵ Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Declaracao%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos-%201948.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁶ Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filtchner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 85.

⁸ Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 22 de Julho de 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

⁹ No original: *Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.*

coletivo, e não apenas individual, e tem por objetivo disseminar universalmente uma cultura de proteção à saúde.

2.2 A afirmação do direito à saúde como direito fundamental

A busca pelo conceito de direito à saúde enseja a sua compreensão enquanto direito humano e fundamental. Conforme explica Sarlet, os termos não se excluem, mas pelo contrário, devem ser considerados em dimensões cada vez mais inter-relacionadas, embora em diferentes esferas de positivação. Nesse sentido, enquanto os direitos fundamentais alcançam um grau de efetividade maior, já que se encontram positivados, os direitos humanos apresentam um grau de efetividade menor, por carecerem de fundamentalidade formal¹⁰.

Para Perez Luño, os direitos humanos devem ser compreendidos como um conjunto de faculdades que, em determinado momento histórico, concretizam as exigências de direitos que necessitam de reconhecimento e positivação, como a dignidade humana, a liberdade e a igualdade.

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (La doutrina germana los califica, por ello, de Grundwert) y, al próprio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas. Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, lãs cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.¹¹

Já os direitos fundamentais sofreram modificações históricas desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições até a compreensão moderna da expressão. Com origem vinculada à necessidade de limitar os poderes conferidos ao Estado e às respectivas autoridades, é possível compreendê-los como uma forma de proteção da liberdade dos indivíduos em relação ao poder do Estado.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

Conforme leciona Alexy¹², os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos e, nessa qualidade, englobam tanto o direito a ações negativas, quanto a ações positivas. Assim, as normas de direito fundamental conferem aos indivíduos a posição jurídico-subjetiva de exigir seu direito a algo; vale dizer, direito de exigir prestações (ações positivas) e abstenções (ações negativas) do Estado. Para o autor, essas ações negativas subdividem-se em três grupos: o primeiro, de que o Estado não impeça ou obstaculize o exercício de um direito fundamental; o segundo, o direito de que o Estado não afete situações jurídicas ou propriedades dos indivíduos; e o terceiro, o direito de que o Estado não elimine sua posição jurídica, pelo que, uma vez conferido o direito fundamental ao cidadão, não é possível derogá-lo.

A respeito dos direitos fundamentais, de forma metodológica, a doutrina faz referência à expressão “gerações de direitos”, inspirada nos princípios basilares da Revolução Francesa¹³. Todavia, há de se ressaltar que muitas críticas surgiram em relação ao termo, já que ele pode conduzir ao entendimento equivocado de que tais direitos se substituem ao longo do tempo. Por tal motivo, utilizar-se-á, neste trabalho, a expressão dimensão de direitos, a partir da compreensão de que os direitos fundamentais foram conquistados de forma gradativa e acumulada.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, inspirada na doutrina jusnaturalista, reflete o pensamento liberal-burguês do século XVIII. O surgimento de tais direitos se deu no contexto do Estado liberal, que se insurgiu contra o Estado absolutista, fortemente marcado pela exigência da não interferência abusiva do Poder Público na esfera privada do indivíduo. Assim, compreende os direitos civis e políticos relacionados ao direito à liberdade e a não intervenção do Estado. São os denominados direitos negativos (direitos de defesa), como o direito à vida, à liberdade, à participação religiosa e à propriedade.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 193-203.

¹³ No ano de 1979, proferindo a aula inaugural do Instituto Internacional de Direitos Humanos, o jurista Karel Vasak utilizou a expressão “geração de direitos” para explicar, metaforicamente, a evolução dos direitos humanos, inspirado nos ideais da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade). Assim, a primeira geração corresponderia aos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*); a segunda geração, representada pelo Estado Social e Democrático, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*); e a terceira geração, por fim, trataria dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao meio ambiente, à paz e ao desenvolvimento, traduzindo o ideal de fraternidade (*fraternité*).

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão, inseridos no contexto histórico do século XX e relacionados com a ideia de Estado Social, correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, inspirados nas liberdades positivas, reais e concretas. Tal dimensão reflete os direitos de participação, passíveis de implementação por políticas públicas e prestação estatal, como é o caso da saúde, da educação, do trabalho e da assistência social. No que se refere à eficácia, Bonavides defende que, em um primeiro momento, tais direitos passaram por um ciclo de baixa normatividade devido ao fato de exigirem determinadas prestações materiais — positivas — por parte do Estado¹⁴.

Dessa forma, o direito à saúde está inserido no rol dos direitos prestacionais de segunda dimensão, relacionando-se diretamente com a dignidade da pessoa humana, declarada como valor fundamental na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948.

Dando seguimento, os direitos de terceira dimensão, inspirados no ideal de fraternidade, visam à proteção dos interesses coletivos de maneira difusa; vale dizer, de todo o gênero humano, integrando todos os povos e seus governantes. Ditos direitos se apresentam sob o enfoque do direito ao desenvolvimento, à paz e a um meio ambiente equilibrado.

Parte da doutrina faz referência, ainda, aos direitos de quarta dimensão, em complementação às dimensões anteriores, em que se destacam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, com o escopo de globalização dos direitos fundamentais. Derradeiramente, no final do século XX, vislumbra-se uma nova dimensão, que faz referência aos direitos virtuais e objetiva dar proteção das dimensões anteriores frente aos avanços tecnológicos e ao uso dos meios de comunicação em massa. Pondera-se que, no futuro, surgirão novas gerações de direitos para, nas palavras de Bobbio, defender novas liberdades contra velhos direitos¹⁵.

O direito à saúde, enquanto desdobramento da dignidade da pessoa humana, acompanhou as dimensões dos direitos fundamentais. Em primeira análise, desfrutou de uma proteção estatal essencialmente individualista, com o simples

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 564.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 5.

objetivo de proteção à vida e à integridade física do indivíduo contra determinadas adversidades. Posteriormente, com conotação social e em sentido prestacional, atribuiu ao Estado à prestação dos serviços de saúde pública, a construção de hospitais e o fornecimento de medicamentos, por exemplo. Em seguida, em uma terceira projeção, alcançou alto teor de humanismo e solidariedade, em que todos os Estados devem promover a qualidade de vida dos indivíduos.

Defende Sarlet que a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e inseparável de todos os seres humanos, através da qual, todos — por sua simples condição — são titulares de direitos que devem integrar a ordem constitucional e infraconstitucional, e serem respeitados tanto pelo Estado, quanto por seus semelhantes¹⁶.

A dignidade da pessoa humana, prevista expressamente no artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, centraliza no indivíduo a organização estatal e transcende às liberdades individuais. De tal sorte, compreende tanto o direito de proteção do sujeito frente aos outros e ao próprio Estado, quanto o dever fundamental de tratamento isonômico entre os semelhantes.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana enseja o cumprimento de três funções precípuas: a limitação aos poderes do Estado (função defensiva); o caráter prestacional e assistencial como tarefa do poder estatal; e, por fim, o reconhecimento recíproco dos indivíduos, levando-se em conta as peculiaridades de cada um. Tamanha é a importância desse fundamento que dá base a muitos outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem e à saúde.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 22.

2.3 O direito à saúde em sua dupla dimensão: direito de defesa e direito prestacional

Em consonância com o Constitucionalismo Contemporâneo¹⁷ e com o direito internacional, a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo diversas modificações no tocante ao tratamento do direito à saúde. Todavia, a própria compreensão da saúde na contemporaneidade passa pela discussão do melhor conceito a ser adotado, já que tal delimitação é indispensável para assegurar-lhe a qualidade de bem jurídico.

A discussão do conceito de saúde esteve — e está — presente em diversos momentos históricos. Na democracia grega defendia-se a ideia de que a cidade e o tipo de vida dos habitantes influenciavam diretamente a saúde. Já na primeira metade do século XVI, assimilou-se que certas doenças se relacionavam diretamente com o ambiente de trabalho e, no auge da Revolução Industrial, concluiu-se que o tipo de vida e os ambientes de trabalho eram diretamente responsáveis pelo nível de saúde dos cidadãos.

Superada a compreensão de saúde enquanto ausência de doença, firmada a partir do século XIX, e a insuficiente classificação dicotômica entre sãos e doentes, afirma-se que o conceito de saúde deve tratar concomitantemente de aspectos físicos, psicológicos e sociais. Nesse sentido, fala-se em um processo sistêmico capaz de relacionar a saúde com outros sistemas necessários ao desenvolvimento da vida com qualidade, como saneamento básico, trabalho, moradia e educação.

Na perspectiva de Sarlet, o direito à saúde pode ser compreendido sob duas perspectivas, através das quais se revestem os direitos e garantias fundamentais. Inicialmente, como direito de defesa (sentido negativo), trata-se de um modo de evitar ingerências indevidas na saúde, tanto por parte do Estado, quanto por terceiros. Assim, qualquer ação ofensiva ao direito à saúde é, em tese, inconstitucional e poderá ser objeto de demanda judicial individual ou coletiva, através de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade¹⁸.

¹⁷ No presente trabalho, dá-se preferência à Constitucionalismo Contemporâneo, em substituição ao neoconstitucionalismo, a partir da compreensão de que a expressão melhor traduz as conquistas que integraram o Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE),

Ao enquadrar o direito à saúde — e os demais direitos sociais — no rol das cláusulas pétreas, o Constituinte traduz a dimensão negativa do direito à saúde, visto que nem emenda à Constituição poderá abolir ou restringir o núcleo essencial desse direito. Além disso, por relacionar-se diretamente à vida, à dignidade e à integridade física e psíquica, normas que tratem sobre a saúde enquadram-se nos limites materiais implícitos à reforma constitucional.

No que diz respeito ao sentido positivo, também denominado direito a prestações, o direito à saúde impõe que o Estado realize políticas públicas que busquem sua efetividade, o que, conseqüentemente insere o particular em uma posição de credor de prestações materiais, como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames e demais prestações indispensáveis. O problema em torno da dimensão positiva, nesse sentido, diz respeito à possibilidade conferida ao titular desse direito de exigir tais prestações materiais relacionadas à saúde do Poder Público, e até mesmo de particulares¹⁹.

Em que pese à inserção no rol dos direitos fundamentais sociais, fruto da evolução do Constitucionalismo Contemporâneo, o direito à saúde guarda uma problemática relacionada à falta de definição em que consiste o objeto desse direito. Limita-se o texto constitucional de 1988 a fazer uma referência genérica, sem prever expressamente se o direito à saúde, em dimensão positiva, abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde, ou se tal direito é limitado às prestações básicas e vitais.

A definição do direito à saúde, por consequência, recai sobre o legislador federal, estadual e/ou municipal, conforme competência legislativa fixada constitucionalmente. E na ausência de uma melhor definição normológica, incumbe ao Poder Judiciário, quando acionado, interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais, o que será objeto de análise no capítulo seguinte.

Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 11, setembro/outubro/novembro, 2007. p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 21 de julho de 2014.

¹⁹ A Constituição Federal assegura, em seu artigo 199, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

3. O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE

3.1 A judicialização da política

Os direitos fundamentais acompanharam a evolução da sociedade e dos modelos de Estado, do liberal ao atual Estado Democrático de Direito, em que a norma constitucional é uma das bases da democracia e visa contemplar as mais variadas formas de produção do Direito.

A previsão constitucional de direitos implica tanto em um aumento significativo de demandas sociais, quanto em um déficit na efetivação desses direitos, o que, por consequência, obriga os três Poderes do Estado a garantir-lhes uma resposta socialmente satisfatória. Cada Poder responde de acordo com suas possibilidades: o Legislativo amplia o controle e a apreciação política do Poder Executivo; o Executivo efetua investimentos preventivos, curativos e compensatórios frente aos problemas sociais, através de políticas públicas; e o Judiciário avança em direção à comunidade e desenvolve ações que concretizam os direitos que não recebem a devida atenção dos demais Poderes, como no âmbito da saúde, objeto deste trabalho.

Nos últimos anos, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, o amplo acesso à justiça tem levado muitas das relações sociais à apreciação do Poder Judiciário, que se vê sobrecarregado ao assumir as funções dos outros Poderes na busca pela pacificação social, sua função tradicional. No contexto político atual, o acentuado protagonismo do Judiciário tem acarretado — não apenas em *terrae brasilis*, mas também no cenário mundial — uma série de estudos que buscam explicar a judicialização da política e do ativismo judicial.

O termo judicialização da política, que teve origem no ano de 1995, no projeto “The Global Expansion of Judicial Power”, de autoria de Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder, aponta três causas para o seu surgimento no Brasil²⁰.

²⁰ MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política**: Duas Análises. Lua Nova, n.º 57, pp.113-133, São Paulo, 2002, n.º 57. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

A primeira delas é a redemocratização ocorrida após a promulgação da Constituição de 1988, quando o Judiciário deixou de ser um órgão técnico e especializado, com função de mero aplicador da lei, e passou a exercer um papel político, fazendo valer o que estivesse expresso no texto constitucional e nas leis extravagantes, ainda que isso confrontasse com os outros Poderes²¹. Nesse sentido, a democracia é parte do ambiente político e umas das condições necessárias para o surgimento da judicialização. Não há que se falar, por exemplo, em expansão do poder judicial em países autoritários. Outro fato gerador do fenômeno é o aumento da conscientização da população, que cada vez mais apresenta leva suas demandas à apreciação do Judiciário, bem como a expansão do Ministério Público e a criação da Defensoria Pública.

A segunda causa geradora da judicialização é o aumento de matérias infraconstitucionais previstas na Constituição de 1988. Assim, um direito individual, uma prestação estatal ou fim público, uma vez previstos expressamente, podem ser transformados em uma pretensão judicial através de uma ação. Ao transcender os temas meramente constitucionais e regulamentar um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, a Constituição criou explosão de litigiosidade. Assim, vale afirmar que se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno, e qualquer posicionamento mais brusco dos administradores ou legisladores reflete em um incidente de inconstitucionalidade que, por regra, deságua no Supremo Tribunal Federal.

A terceira e última causa para o surgimento da judicialização é o controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade brasileiro divide-se em dois sistemas: o método difuso e o concentrado. Cabe lembrar que, pelo primeiro, qualquer juiz ou tribunal, ao considerar lei ou ato do Poder Público inconstitucional, poderá deixar de aplicá-lo; enquanto, no segundo, determinadas matérias de direito são levadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo²².

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2014. p. 3 e 4.

²² Ibid. p. 4.

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.²³

E nesse contexto se inserem os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, tratados de forma idêntica por muitos autores. Barroso afirma que estes institutos, ainda que provenientes da mesma família, possuem origens e causas geradoras distintas²⁴. Apesar da proximidade, afirma que, enquanto o primeiro diz respeito a uma circunstância decorrente do próprio modelo constitucional adotado, o segundo faz referência a um modo específico e proativo de interpretação da Constituição, capaz de expandir seu sentido e alcance, dentro dos próprios limites por ela estabelecidos.

Ao comparar a judicialização da política com o ativismo judicial, que será abordado especificamente na próxima seção, observa-se que, no primeiro, ocorre a transferência do Poder decisório Legislativo-Executivo para o Judiciário; enquanto, no segundo, o magistrado atua de modo progressista em relação ao reconhecimento, garantia e promoção dos direitos fundamentais. Nas palavras de Vianna, com o objetivo de “compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão”, o Direito brasileiro invade as relações sociais, e o Poder Judiciário é chamado a intervir a todo o momento²⁵.

Streck refere-se à judicialização da política como a formação de uma “juristocracia”, ou “judiciariocracia”, que não pode ser tratada apenas como consequência exclusiva da vontade de poder manifestada pelos juízes, mas que considera a intrínseca relação estabelecida entre os três Poderes. Dessa forma, explica que é fundamental que se compreenda como as questões judicializadas

²³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32-33.

²⁴ BARROSO, op. cit., p. 6.

²⁵ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. p. 51.

devem ser decididas, com atenção aos marcos estabelecidos pelo texto constitucional²⁶.

Sob outra perspectiva, Antoine Garapon faz duras críticas à invasão da sociedade pelo Judiciário, na medida em que isso tem como resultado o enfraquecimento da democracia representativa. Para ele, o Judiciário aparece no contexto contemporâneo como um “guardador de promessas”, no sentido de que a sua intervenção se dá nos mais variados âmbitos (isto é, praticamente tudo é judicializado), o que decorre a caracterização de um ambiente marcado pela descrença na lei e na democracia. Ao lado dessa intensa judicialização, Garapon coloca que há um reforço ainda maior do papel da jurisdição através da defesa do ativismo judicial, quando o Judiciário assume uma autoridade última, ou seja, quando há o desejo do juiz de promover a mudança social ou travá-la.²⁷

Desse modo, vale afirmar que a judicialização decorre do sistema institucional vigente, e não de uma opção política – ou discricionária - do Judiciário. Os juízes e tribunais, quando provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Entretanto, é o modo como venham a exercer essa competência que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

O modo de compreender, portanto, a atividade jurisdicional, implica em diferenciar a judicialização da política e o ativismo judicial. Assim, enquanto a primeira pode ser compreendida como um fenômeno contingencial e inexorável, já que significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, o segundo, que será abordado na próxima seção, caracteriza-se como uma postura, um comportamento da magistratura que, através de atos de vontade, extrapola os limites de sua atuação.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico, 13 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 03 set. 2014.

²⁷ Id. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 161-162.

3.2 Estado, direito e sociedade: o problema do ativismo judicial no Constitucionalismo Contemporâneo

Com os direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional, a ampliação e facilitação do acesso à justiça, e ante a omissão do Estado para efetivá-los, a população, até então excluída dos mecanismos de poder, passou a exigir do Judiciário a efetivação dos direitos assegurados pelo Poder Constituinte. E é neste cenário de manifestações do Constitucionalismo Contemporâneo que coexistem os fenômenos da judicialização da política e o ativismo judicial.

Parece inexorável – e isto não deveria causar nenhuma surpresa – que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por majorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais. Dai o questionamento – constante – da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo, questão que assume ainda maior complexidade em países (Brasil, por exemplo) que mantém o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Esse tensionamento assume contornos mais graves quando o sistema se depara com decisões do Poder Judiciário (brasileiro) tidas como “invasoras de sub-sistemas” ou epitetadas como típicas decisões que “judicializam a política”, como é o caso de sentenças emanadas pelos juízes e tribunais brasileiros determinando a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, fornecimento de medicamentos com fundamento no art. 196 da Constituição (...).²⁸

Dentre os princípios que estruturam o conceito de Estado Democrático de Direito, destaca-se — desde a clássica teoria estruturada por Montesquieu — o da Separação dos Poderes. A divisão dos Poderes no atual modelo se tornou um modo de distribuir e integrar as funções e órgãos do Estado, com o objetivo de garantir eficiência à atuação estatal e salvaguardar os direitos fundamentais. O Estado é

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia**. Porto Alegre: Caderno de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5-lenio.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2014. p. 27.

composto pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário²⁹ e, sinteticamente, enquanto ao poder Executivo competem a promulgação das leis e o exercício administração pública, o Legislativo encarrega-se de legislar, e o Judiciário tem como funções a interpretação e aplicação das leis e da Constituição.

Ocorre que, por muitas vezes, a interpretação do texto constitucional realizada pelo Poder Judiciário implica em um problema para o princípio da Separação dos Poderes. Por tal interpretação poderá o Judiciário, através de suas decisões, criar um Direito novo ou nova norma. O princípio da Separação dos Poderes requer a observância, pelos órgãos do Judiciário, aos limites da função jurisdicional e, quando esses marcos são ultrapassados em detrimento, não apenas da função legislativa, mas da administrativa e da própria função do governo, configura-se o ativismo judicial. Como explica Ramos, é “(...) a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”³⁰.

O fenômeno originou-se da atividade jurisprudencial proativa da Suprema Corte Norte-Americana, no século XIX, sobretudo no que tange às questões da segregação racial em 1857 e da invalidação das leis sociais em geral, entre 1905 a 1937. Ainda, no governo de Roosevelt, a Suprema Corte Norte-Americana posicionou-se contrária ao intervencionismo estatal, através da interpretação de sua própria Constituição. O termo propriamente dito foi empregado pela primeira vez no ano de 1947, em um artigo publicado na revista Norte-Americana *Fortune*, de autoria do Arthur Schlesinger Jr. No documento, o autor traçou o perfil dos nove juízes que formavam a Suprema Corte na época, classificando-os como ativistas judiciais³¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, o ativismo tomou importância após a promulgação da Constituição de 1988, face à proliferação de ações diretas de inconstitucionalidade e pela forma como o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando em temas polêmicos e de complexidade, que, por vezes, são deixados

²⁹ Conforme prevê a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

³¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Atividade jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

em segundo plano pelo Legislativo. Segundo Barroso, a postura se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³²

O ativismo judicial não se revela como um problema exclusivamente jurídico, mas apresenta consequências nas demais esferas, no momento em que o Poder Judiciário extrapola os limites impostos pelo texto constitucional e passa a fazer política judiciária. Vale dizer: quando o Judiciário é devidamente provocado e apenas faz cumprir a Constituição, não há que se falar necessariamente em ativismo.

É preciso perceber que os critérios de discricionariedade e de escolha remetem à subjetividade do intérprete. Portanto, o ponto central desta abordagem consistem em evidenciar que ambos os modos de conceber a atividade jurisdicional estão no âmago do que pode ser entendido por ativismo judicial, que, por sua vez, pressupõe um ato de vontade de quem julga. Assim, a configuração de um Judiciário não ativista demanda a superação de um imaginário no qual os juízes possuam poderes discricionários e/ou liberdades interpretativas – eis, então, mais um desafio do Constitucionalismo Contemporâneo.³³

Quando o assunto é ativismo, tem-se em conta a transposição dos limites demarcatórios da função jurisdicional em detrimento das funções legislativa, administrativa e de governo.

Sem que se pretenda esgotar o tema, importante abordar a questão da discricionariedade, um dos conceitos mais plurissignificativos da Teoria do Direito. Kelsen defendia essa liberdade de ação, tanto no Poder Judiciário, quanto no Legislativo, dentro de determinados limites impostos pelo Direito; sendo meramente quantitativa a diferença entre os dois, em que a liberdade de criação conferida ao

³² BARROSO, op. cit., p. 6.

³³ TASSINARI, op. cit., p. 118.

Judiciário é significativamente menor do que a reservada ao Poder Legislativo.³⁴ A discricionariedade relaciona-se com o ativismo judicial à medida que é conferido poder ao juiz para escolher uma, dentre várias alternativas. Necessário, portanto, avaliar a legitimidade destas alternativas e as circunstâncias da escolha.

3.3 A relação entre a imprecisão conceitual do direito à saúde e o problema do ativismo judicial

As normas constitucionais, a partir de 1988, se caracterizam pelo critério da efetividade e criam para o Estado o dever de garantia de um sistema de saúde capaz de atender satisfatoriamente a todos os cidadãos. O direito à saúde assume, dessa maneira, a forma de direito à prestação diante da omissão do Poder Público no exercício de controle do cumprimento dos direitos fundamentais³⁵.

No que diz tange ao direito à saúde, objeto deste trabalho, o ativismo judicial associa-se não apenas com a promoção de políticas públicas e com omissões e falhas da Administração Pública, mas também com a delimitação do próprio conceito de saúde. Na prática, o fenômeno garante desde a entrega de medicamentos não constantes das listas oficiais até a realização de cirurgias e outros tratamentos médicos, como uma tentativa de garantia desse direito fundamental.

Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo inexorável e contingencial). Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos e custear tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimentos de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!³⁶

³⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁵ Conforme abordado no capítulo 1, item 1.3.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

Para Sarlet, o juiz deve atuar de maneira mais ativa, de modo a proteger os interesses do indivíduo:

[...] mesmo se o tratamento postulado (desde que demonstrada sua adequação e necessidade) não se inclui em nenhuma das listas oficiais, nem tenha sido abarcado por uma das hipóteses de falta de razoabilidade antes colacionadas, parece-nos inarredável que o Juiz deve assumir um papel mais ativo na condução da demanda. Nesse sentido, deve formular dúvidas quanto ao receituário médico e, sendo necessário, solicitar o auxílio de profissional especializado, no sentido de certificar-se da eficiência e segurança do tratamento requerido pela pessoa interessada. Se não há protocolos clínicos ou mesmo diretrizes terapêuticas estabelecidas, há necessidade de prova científica robusta que embase a postulação feita, o que, à evidência, não resta (sempre) atendido apenas mediante apresentação de receituário firmado pelo profissional de saúde que tem relação direta com o interessado, de tal sorte que menos, haverá de poder a questão ser submetida ao contraditório, sem prejuízo da concessão da tutela antecipada, quando as circunstâncias o indicarem. Importa destacar, neste mesmo contexto, que a necessária garantia da efetividade do mínimo existencial, ainda mais no que diz com a saúde, também passa pela consideração dos princípios da precaução e prevenção, especialmente no que diz com a observância de critérios científicos e garantias de segurança e eficácia do tratamento, não só (até mesmo pelo fato de o critério mais importante ser o da mais eficaz proteção à saúde), mas também em virtude da racionalização e otimização dos recursos públicos.³⁷

A respeito da legitimidade do Poder Judiciário para proferir decisões sobre temas que dizem respeito à Administração Pública, Cappelletti faz referência à expressão “criatividade jurisdicional”. Enfatiza que não apenas o processo legislativo, mas também o jurisdicional, constituem processos de criação do direito, e afirma que o verdadeiro problema que se coloca é sobre o grau, os modos e os limites da criatividade utilizada pelo magistrado. A criatividade jurisdicional trata-se de um fator inevitável e constitutivo da função jurisdicional nas sociedades complexas atuais, sobretudo, devido ao enfraquecimento do formalismo positivista e

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 35-36.

da ascensão de valores e direitos abstratos que necessitam de uma interpretação e de um alto grau de ativismo e criatividade do juiz que é chamado a interpretá-los³⁸.

É o que ocorre no âmbito do direito à saúde. Por conta da criatividade jurisdicional utilizada e partindo da afirmação do texto constitucional de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, enquanto alguns magistrados consideram que o direito à saúde implica apenas em tratamentos de alto custo em casos excepcionais, por exemplo, outros compreendem que o termo abarca também tratamentos experimentais, independentemente de sua demonstração científica ou eficácia comprovada.

A problemática em torno do tratamento direito a saúde pelo Poder Judiciário não reside no seu reconhecimento enquanto essencial a uma vida digna, mas sim na delimitação de um conteúdo mínimo a que o Estado estará obrigado a prestar a todos, de forma universal e gratuita. A respeito da dificuldade de estabelecimento do seu conteúdo, Torres argumenta:

O grande problema do “direito à saúde”, por conseguinte, seria definir os limites nos quais se considera fundamental, gerando a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita, ou mero, direito social, fora do campo do mínimo existencial e dependente de dramáticas escolhas orçamentárias e de pagamento de contribuições.³⁹

Por integrar o mínimo existencial, ao mesmo tempo que o direito à saúde pode ser exigido judicialmente, também não pode ser restringido pelos outros Poderes constituídos. De acordo com Alexy, se houver ofensa a direito fundamental, a discricionariedade legislativa e administrativa é reduzida e passa a se submeter ao controle judicial⁴⁰.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 246.

⁴⁰ ALEXY, op. cit., p. 42.

4 ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL: O ENFRENTAMENTO DO TEMA PELO PODER JUDICIÁRIO

4.1 O Poder Judiciário como *locus* de efetivação do direito à saúde

A carência de procedimentos adequados, de instrumentos jurídicos de defesa ou de recursos orçamentários são problemas de efetividade comuns a todos os direitos fundamentais sociais. A escolha pela abordagem da imprecisão conceitual do direito à saúde justifica-se, não apenas pelo relevante número de ações relacionadas ao tema que tramitam nos Tribunais brasileiros, mas pelo conteúdo e eficácia alcançados pelas decisões judiciais.

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁴¹. Considerando-se a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, em matéria de direito à saúde, não há que se questionar que detém o Poder Judiciário legitimidade para intervir, quando instado a fazê-lo. Acerca da legitimidade de intervenção do Poder Judiciário, Sarlet coloca:

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável auto-limitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais. Que a atuação dos órgãos jurisdicionais – sempre provocada – não apenas não dispensa, como inclusive exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas, das organizações sociais de um modo geral, bem como dos cidadãos individualmente considerados, resulta evidente, mas nem sempre corresponde a uma prática institucional efetiva nesta seara. [...] reafirmamos nosso entendimento de que embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo de prestações (como tem sido o caso de

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva: 2013.

Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros) e, portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional.⁴²

Entende-se que a atuação do Poder Judiciário não deve circunscrever às decisões de conceder ou não determinados medicamentos ou tratamentos. Ideal é que sua atuação não apenas fixe metas e prioridades em matéria de direitos fundamentais, verificando, posteriormente, seu cumprimento, mas também analise o resultado esperado das políticas públicas em matéria sanitária e, em última análise, proponha-se a conceituar e interpretar o direito à saúde, de modo a garantir-lhe efetividade.

Em virtude da função de criadores e aplicadores do direito que exercem no caso concreto e em decorrência do caráter também político de sua atividade, posto que as decisões refletem na vida em sociedade de uma maneira impactante, é que se afirma que os juízes devem estar atentos para o que decidem, fazendo-o, em especial, quanto à matéria colocada em debate no presente trabalho, de forma a efetivar direitos e garantias constitucionais.

A respeito da relação entre o Poder Judiciário e o direito à saúde, necessário fazer referência a duas formas de atuação: o controle sobre as políticas públicas e a concessão individual de medicamentos e tratamentos médicos. O controle de políticas públicas vai ao encontro das ideias de bem comum e justiça social, porquanto não privilegia um indivíduo em detrimento dos demais, bem como não prejudica o planejamento administrativo do Poder Público. Ao contrário, ajuda a aperfeiçoá-lo de maneira a satisfazer às necessidades da população e efetivar direitos fundamentais. Já a concessão individual, que deveria ser utilizada apenas em casos excepcionais, justifica-se quando houver desrespeito ao mínimo existencial e impossibilidade de realização deste por outros meios como, por exemplo, condições financeiras insuficientes do próprio paciente ou de seus familiares, como colocam Amaral e Melo:

Nos parece claro, como já antes exposto (Amaral, 2001 e Bueno, 2003), é preciso privilegiar o controle das escolhas públicas, controlar

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 35-36.

o procedimento e dar transparência não só quanto a quem se decidiu atender, mas também quanto a quem se decidiu não atender, verso e reverso da mesma moeda quando se trata de decisões alocativas. Para isto é preciso que o Estado tenha um mínimo de organização para explicitar e justificar suas escolhas, levando-as ao Judiciário. É preciso demonstrar o uso de critérios razoáveis, mostrar porque tal ou qual terapia são ou não disponibilizadas, etc.⁴³

O controle jurisdicional de políticas públicas trata-se de um instrumento da democracia que impede desvios por parte das instituições republicanas, quanto às suas funções e fundamentos, sobretudo, porque se está tratando de questões constitucionais e legais relacionadas à organização político-administrativa de entes federados e à realização de direitos fundamentais. Ademais, é o meio adequado para dar mais publicidade às discussões necessárias para a consecução de políticas públicas, de modo a direcioná-las para a efetivação de direitos fundamentais. Justifica-se tal controle pelo histórico de corrupção e malversação do dinheiro público, sobretudo, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, apesar de prevalecer o Princípio da Separação dos Poderes.

Ocorre que, por vezes, apenas o requerimento de informações ao Poder Público e a determinação de políticas específicas para atender às necessidades da população em matéria sanitária não são suficientes. O juiz é obrigado a atuar, determinando parâmetros razoáveis para o fornecimento de medicamentos e tratamentos pleiteados; vale dizer, estabelecendo regras gerais, e não absolutas diante da disputa entre bens de igual importância — o direito à saúde e à vida. Ademais, a falta de delimitação de um conceito objetivo de saúde por parte do texto constitucional abre margem às mais variadas interpretações, como observa-se:

No campo farmacológico, há um ponto que merece atenção especial. Existe uma gama de remédios novos, cujo desenvolvimento exigiu elevados investimentos em pesquisa, que aparentam elevar o paradigma de tratamento a padrões muito mais avançados do que até então, mas cujo custo é muito elevado. A revista *Época*, em sua edição de 02 de maio de 2005 trouxe uma relação exemplificativa, da qual extraímos o Erbitux, cujo custo mensal para o paciente seria de 17 mil dólares.

⁴³ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 97.

Outro exemplo muito interessante trazido por outro periódico está no Correio Brasiliense de 14.ago.2003, versão eletrônica. Surge a situação de milhares de pessoas que não conseguiam marcar exames de ecocardiograma, que na rede privada custaria entre R\$ 150 e R\$ 170, mas só 250 conseguiram ser atendidas. Na mesma página, aparece outra situação, a de uma aposentada que obteve do Conselho Especial do TJDFT ordem para que a Secretaria de Saúde do DF fornecesse o medicamento Herceptim 440mg, que não consta na lista oficial de remédios de alto custo do Sistema Único de Saúde (SUS). Segundo a reportagem, cada ampola custa R\$ 6mil.

Mais uma notícia interessante foi divulgada na página de notícias do STJ em 18.set.2006, informando que fora negada liminar para suspender decisão que obrigava um plano de saúde a custear um SPA para uma segurada obesa, ao custo de uma diária de R\$ 1mil, mais todos os medicamentos e exames necessários.⁴⁴

A delimitação do conceito de direito à saúde por parte do texto constitucional evitaria, por exemplo, que o Estado fosse obrigado a fornecer ou custear tratamentos e medicamentos experimentais; vale explicar, aqueles ainda não aprovados pelas autoridades competentes, ou intervenções desnecessárias, que poderiam ser facilmente substituídas por outras de menor complexidade e/ou custo.

Levando-se em consideração as implicações que as decisões proferidas no âmbito da saúde representam para a vida em sociedade, importante que a postura dos juízes seja coerente com a realidade brasileira e em consonância com os princípios da moralidade e da eficiência, que assumem papel de destaque em se tratando de otimização de direitos sociais. Para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador. É necessário que haja uma conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, não apenas no sentido de zelar pela máxima efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas fazê-lo com cautela e responsabilidade.

⁴⁴ Idem, p. 87.

4.2 Uma análise ilustrativa sobre o tema

Assim como o tratamento do direito à saúde, evoluiu no Brasil também a compreensão do tema pelo Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, são proferidas decisões relacionadas a demandas individuais por prestações ou bens essenciais à saúde.

Historicamente, a iniciativa de garantir o custeio de tratamentos de saúde pela via judicial se deu a partir da década de 80, com a identificação do vírus HIV e o surgimento dos primeiros casos de AIDS (ou SIDA - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida)⁴⁵. À época, o Supremo Tribunal Federal (STF) partilhava do entendimento de que o direito à saúde deveria ser garantido de forma plena e todas as decisões analisadas eram favoráveis de forma unânime à concessão dos tratamentos, inexistindo votos divergentes nos acórdãos.

Um dos precedentes constantemente citado nas decisões é de autoria do Ministro Celso de Mello, demonstrando as particularidades da posição do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, vale colacionar um fragmento de decisão proferida nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271286/RS, em 12 de agosto de 2000:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - 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 idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e

⁴⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AID. **O remédio via justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

médico-hospitalar. - 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 censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 inconseqüente, 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, 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.⁴⁶ (grifo nosso)

Assim, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988, ao tutelar o direito fundamental à saúde, assegurou sua eficácia plena e universal, sendo o Poder Público o responsável pela garantia desse direito através de políticas públicas. Embora reconheça a prevalência do direito previsto no artigo 196 do texto constitucional, o STF limita-se a afirmar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, indissociável do direito à vida.

Pela análise do conteúdo das decisões proferidas, observa-se que o STF (i) reconhece a prevalência do direito à saúde sobre os interesses financeiros do Estado; (ii) indica como principais fundamentos: (a) o direito à vida; (b) a responsabilidade solidária dos entes federativos pela garantia do direito à saúde; (c) a impostergabilidade do direito à saúde; (d) a inexistência de ofensa à separação

⁴⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 271286 AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 12 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2EENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n28tbo9>>. Acesso em: 09 set. 2014.

dos Poderes com a judicialização da saúde; e (e) a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para das cumprimento às decisões relativas a prestações de bens de saúde.

Todavia, se, de um lado, a intervenção do Poder Judiciário procura efetivar o direito fundamental à saúde, de outro, verifica-se que, por conta de sua imprecisão conceitual, proliferam-se decisões extravagantes, que condenam a Administração Pública ao custeio dos mais diversos tratamentos.

Basta vermos que várias unidades da federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos.⁴⁷

A problemática em torno da imprecisão conceitual do direito à saúde pode ser bem ilustrada pelo exemplo dado por Streck, de questão retirada do Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, do ano de 2010:

PROVA ESCRITA DISCURSIVA DE CARÁTER GERAL DO XXIII CONCURSO PARA INGRESSO NA CARREIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (7 linhas para resposta)

12ª Questão: Um indivíduo hipossuficiente, interessado em participar da prática de modificação extrema do corpo (*body modification extreme*), decidiu se submeter a cirurgias modificadoras, a fim de deixar seu rosto com a aparência de um lagarto. Para tanto, pretende enxertar pequenas e médias bolas de silicone acima das sobrancelhas e nas bochechas, e, após essas operações, tatuar integralmente sua face de forma a parecer a pele do anfíbio.

Frustrado, após passar por alguns hospitais públicos, onde houve recusa na realização das mencionadas operações, o indivíduo decidiu procurar a Defensoria Pública para assisti-lo em sua pretensão.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico, 13 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 03 set. 2014.

Pergunta-se: você, como Defensor Público, entende ser viável a pretensão? Fundamente a resposta. (7,0 pontos) ⁴⁸

Partindo da ideia tratada no presente trabalho, de que a ausência do conceito de direito à saúde no texto constitucional enseja as mais variadas interpretações do tema pelo Poder Judiciário, possível afirmar que, no referido caso, o Estado poderia ser compelido a custear a cirurgia modificadora, visto que detém o paciente o direito fundamental à saúde. Indo mais além, a obrigação do Estado em custear tal tratamento, implicaria no deslocamento de quantias que poderiam ser destinadas às políticas públicas em matéria sanitária para o atendimento de um caso específico e de questionável relevância.

Ao mesmo tempo em que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde — controle concentrado de constitucionalidade — não tratam efetivamente de conceituá-lo, proliferam-se milhares de ações nos fóruns e Tribunais de Justiça do país, empreendendo seu sentido aos mais variados casos, tratando-o como um “superdireito”:

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO À PESSOA PORTADORA DE DEPRESSÃO ASSOCIADA À CALVÍCIE. RELEVÂNCIA DOS INTERESSES PROTEGIDOS (VIDA e saúde). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO DE VALORES DAS CONTAS PÚBLICAS QUE É POSSÍVEL NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DAS CORTES SUPERIORES. RECALCITRÂNCIA VERIFICADA. 1. **A AGRAVADA É PESSOA CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS E PORTADORA DE DEPRESSÃO ASSOCIADA À CALVÍCIE, NECESSITANDO FAZER USO DO MEDICAMENTO VALERIANE 50MG, (EXTRATO SECO DE VALERIANA OFFICINALIS L) E DOS INSUMOS AVICIS 0,25MG (ALFAESTRADIOL) E KERIUM (SHAMPOO NEUTRO). DEVER DO ESTADO QUE SE LIMITA AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO NO CASO CONCRETO, PORQUANTO AUSENTE PROVA DA RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A DEPRESSÃO E A CLAVÍCIE. SUPERDIREITO À SAÚDE QUE DEVE PREVALECER SOBRE OS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS E FINANCEIROS ESGRIMIDOS NA DEFESA PELO ENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DOS PODERES.** 2. O bloqueio de valores para assegurar a aquisição de medicamentos encontra amparo na legislação vigente (art. 461, § 5º, do CPC). Medida excepcional que

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 24.

se justifica quando em risco os superdireitos tutelados pela própria Carta Política e Social da República. Recalcitrância do ente público verificada que assegura a determinação de medida de bloqueio de valores. Manutenção da decisão proferida na origem com base na jurisprudência consolidada no âmbito deste colegiado, bem como nos eg. Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Recalcitrância verificada diante das informações advindas da origem. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.⁴⁹

Outro ponto relevante no que tange à atuação do Poder Judiciário em matéria de saúde é o fornecimento de tratamentos experimentais ou alternativos, sem eficácia comprovada. Assim, a falta de delimitação de um conceito objetivo também influi na problemática:

Ementa: AGRAVO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. ATAXIA CEREBELAR DE INÍCIO PRECOCE - ATAXIA DE FRIEDREICH (CID G11.1). FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO DENOMINADO IDEBENONA 500MG. TRATAMENTO EXPERIMENTAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. APLICABILIDADE DO ARTIGO 557 DO CPC. PODERES DO RELATOR. (...) 2. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da CF. 3. Somente o profissional que assiste o caso possui os elementos necessários para determinar qual o tratamento apropriado para extinguir ou mitigar a doença, sendo o responsável pela indicação dos fármacos e seus efeitos no combate à evolução da patologia diagnosticada. 4. Descabe ao Poder Judiciário fazer esse tipo de avaliação, pois em se tratando de demanda que visa o fornecimento de medicamento inacessível e imprescindível à preservação da vida e da saúde da requerente, é suficiente a demonstração da existência da moléstia, com a prescrição do tratamento apropriado, e a ausência de recursos financeiros da autora para custear o tratamento. 5. **A prescrição do tratamento pelo médico assistente do paciente é suficiente para que o Poder Público preste assistência à saúde, de modo que os argumentos relativos ao uso inadequado de medicamentos sem comprovação da sua eficácia (medicação off-label) e a ausência de registro dos fármacos junto a ANVISA não constituem óbice ao dever prestacional do Estado determinado pela Constituição.** 6. Em razão da medida antecipatória dos efeitos da tutela, o autor utilizou o medicamento por tempo razoável, até constatar que não estava obtendo os efeitos desejados, interrompendo o tratamento 7. Apesar da ausência de registro na ANVISA e dos dados conflitantes acerca da eficácia do medicamento, no caso do autor, a alternativa foi válida. Porém, diante da suspensão do tratamento, a magistrada

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n.º 70028434918, Terceira Câmara Cível, Rel. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 30/07/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26 set. 2014.

decidiu revogar a antecipação de tutela e julgou parcialmente procedente a ação confirmando a liminar até a suspensão do tratamento. 8. As alegações traçadas no recurso não se mostram razoáveis para reformar a decisão monocrática, uma vez que o julgado enfrentou a questão de acordo com a legislação aplicável à espécie e conforme o posicionamento adotado pela Câmara. 9. O juiz não está obrigado a se manifestar acerca de todos os artigos de lei articulados na demanda, bastando que a decisão proferida esteja devida e coerentemente fundamentada. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.⁵⁰

Por todo o exposto, observa-se que, atualmente, a jurisprudência brasileira, com o escopo de dirimir os conflitos entre os Poderes e garantir direitos fundamentais, acaba por expandir o conceito do direito à saúde diante de cada caso *in concreto*. Em que pese à maioria das decisões judiciais relacionem-se com o conteúdo do artigo 196 da Constituição Federal, é necessário que se busque um limite semântico para o direito à saúde, posto que, pelo seu amplo campo de compreensão, toda e qualquer ação que verse sobre a obtenção de medicamentos ou tratamentos pode ser julgada procedente.

4.3 Aproximações entre a atuação do Poder Judiciário e a inefetividade do direito à saúde

Desde a promulgação da Constituição de 1988, que previu o direito à saúde como fundamental e abriu espaço à judicialização da política, como exposto anteriormente, houve uma proliferação de decisões favoráveis a sua concessão de forma absoluta e irrestrita, determinando o fornecimento de medicamentos e tratamentos pleiteados, desde que satisfeitos os requisitos processuais.

Todavia, pelo presente trabalho, compreende-se que a falta de delimitação do conceito de direito à saúde por parte do texto constitucional não é apenas uma das causas de sua inefetividade, mas também reflete na promoção de políticas públicas desenvolvidas em matéria sanitária, sobretudo no que diz respeito à alocação de recursos públicos. Em que pese muitas das decisões judiciais proferidas em *terrae*

⁵⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento n.º 70060269800, Primeira Câmara Cível, Rel. Sergio Luiz Grassi Beck, julgado em 09/07/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26 set. 2014.

brasilis tenham o escopo de garantir o direito fundamental à saúde em casos específicos, a proliferação de decisões extravagantes não contribui com a universalização desse direito.

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.⁵¹

Embora não seja especificamente o tema deste trabalho, necessária a referência aos limites orçamentários a que se submete o direito à saúde. Se, por um lado, proliferam-se decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis e medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas, conforme já explicitado, de outro a ausência de um conceito objetivo implica gastos para o Poder Público. Não se pode, sob o pretexto de promover os direitos fundamentais, privilegiar aqueles que recorrem à tutela jurisdicional em detrimento da coletividade, que depende de políticas públicas universalistas a serem implementadas pelo Poder Executivo. Na atualidade verifica-se que, ao tratar da saúde, os magistrados estão gerindo os orçamentos públicos, o que foge absolutamente de suas funções primordiais.

A imprecisão conceitual põe em risco a continuidade das políticas públicas, desorganiza a atividade administrativa e impede a alocação racional dos escassos recursos públicos. O tratamento do direito à saúde em casos específicos pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 15, p. 13-38, 2008, p. 30. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

devidamente implementadas. Assim, o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal.

Resumidamente, compreende-se que as discussões que versam sobre o direito à saúde requerem uma delimitação semântica capaz de universalizar o direito a todos que se encontrem em situação semelhante. Vale dizer: a compreensão do direito à saúde pelo Poder Judiciário implica não apenas em analisar quem ganhará com aquela decisão específica, mas, potencialmente, quem poderá perder.

De certo modo, uma solução ao problema proposto no presente trabalho, qual seja, a relação entre a falta de delimitação do conceito de direito à saúde, sua inefetividade e a atuação do Poder Judiciário, seria a redução do conceito de saúde proposto pela Organização Mundial da Saúde, já abordado anteriormente, que prevê que o termo refere-se não apenas à ausência de doença, mas ao bem estar físico, psíquico e social do indivíduo. Reconhecidas as limitações do sistema brasileiro, importante que o direito à saúde, previsto no texto constitucional, elenque prestações prioritárias, visando atender, inicialmente, casos que comprometam a vida humana e, posterior e progressivamente, os demais que a facilitam ou tornam mais confortável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde no Brasil evoluiu gradativamente e teve seu ápice com a Constituição Federal de 1988, quando alçado à categoria de direito fundamental e reconhecido como um direito subjetivo que pode ser exigido pelo cidadão em face do Estado. A saúde, juntamente com a previdência e a assistência social, compõe o sistema da Seguridade Social no Brasil, e é compreendida como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico pátrio apresenta noções de justiça social, sendo a saúde um direito de todos por sua simples condição humana. Sua efetivação deve conjugar princípios constitucionais como a Separação dos Poderes, a igualdade e a razoabilidade, de modo a alcançar soluções que maximizem os direitos fundamentais. Todavia, é notório que os recursos públicos são limitados, enquanto as necessidades humanas são infinitas, o que gera um problema, principalmente em uma sociedade tão desigual como a brasileira.

Mesmo diante de um texto constitucional vasto em direitos fundamentais, o cenário jurídico brasileiro é fortemente marcado pelo protagonismo judicial. O Direito invadiu o campo das relações sociais e o Poder Judiciário é chamado a intervir a todo o momento. Assim, se percebe a proliferação de ações em trâmite pelos tribunais pátrios, recaindo sob o Judiciário a esperança de concretização dos direitos fundamentais. Sua atuação ganha força através de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial, que acabam não apenas condenando o erário ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, mas interferindo no próprio conceito de direito à saúde, não delimitado pelo texto constitucional.

Nos últimos anos, a demanda por prestações sociais, sobretudo em matéria sanitária, aumentou significativamente, fruto de uma nova espécie de interpretação constitucional, que leva em consideração preceitos como a máxima efetividade da Constituição e sua força normativa. Dessa forma, o Judiciário passou a ser o ator principal desse cenário, em que os juízes passam a garantir prestações originariamente atribuídas a outro Poder.

Em que pese se reconheça que a existência de benefícios por conta da atuação pró-ativa do Poder Judiciário, como um atendimento mais efetivo às demandas sociais, importante observar que a prestação jurisdicional constitui-se em uma preocupação por conta do aumento dos poderes interventivos dos magistrados, constituindo um risco para a legitimidade democrática. O Judiciário, muitas vezes no afã de tutelar e garantir o direito à saúde, extrapola suas funções constitucionais e desequilibra todo o sistema de políticas públicas e prestação de serviços, concedendo privilégios a alguns poucos jurisdicionados em detrimento dos demais cidadãos que não recorrem à intervenção jurisdicional.

Quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação das políticas públicas de saúde, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça. Ademais, quando decide em favor de um indivíduo, faz casuisticamente e de forma ineficiente, geralmente em detrimento da coletividade, tornando o direito à saúde um direito individual e obstaculizando a sua universalização.

Sem que se pretenda esgotar o tema, entende-se que o texto constitucional deveria informar um conceito de saúde, além de colocá-la como direito de todos e dever do Estado. Em resposta ao questionamento proposto, afirma-se que a imprecisão conceitual do direito à saúde é uma das causas de sua inefetividade, posto que o Poder Judiciário apresenta os mais variados entendimentos sobre o tema, o que, por consequência, interfere no orçamento público e na promoção de políticas públicas.

O tema abordado no presente trabalho merece atenção porquanto reflete diretamente a atuação do Poder Judiciário em relação ao direito à saúde, intimamente ligado com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e implica em alocação de recursos públicos, que devem atender aos interesses da coletividade e efetivar direitos fundamentais. Afirma-se, portanto, que a delimitação do conceito de direito à saúde implicaria diretamente na sua efetividade, posto que o Poder Judiciário, quando acionado, daria a mesma resposta a casos análogos, independentemente da vontade daquele que julga. Assim, a atividade jurisdicional não estaria eivada de ativismos, tampouco de discricionariedades.

Acredita-se, ainda, que o Judiciário não pode ser visto como o único órgão responsável pela efetivação do direito à saúde. É importante que os Poderes Legislativo e Executivo tracem políticas públicas capazes de satisfazer às

necessidades de toda a população, estando o Judiciário autorizado a intervir apenas nos casos de omissão ou na insuficiência de tais políticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSIS, Araken de (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 15, p. 13-38, 2008, p. 30. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AID. **O remédio via justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 271286 AgR/RS , Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 12 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=291210>>. Acesso em: 09 set. 2014.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento n.º 70060269800, Primeira Câmara Cível, Rel. Sergio Luiz Grassi Beck, julgado em 09/07/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26 set. 2014.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento n.º 70028434918, Terceira Câmara Cível, Rel. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 30/07/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26 set. 2014.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises**. Lua Nova, n.º 57, pp.113-133, São Paulo, 2002, n.º 57. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em:<http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Declaracao%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos-%201948.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 22 de Julho de 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), n.º 11, setembro/outubro/novembro de 2007, Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

_____. Algumas notas sobre a relação entre os direitos fundamentais, o processo e o direito à saúde. In: TELINI, Denise (Coord.). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos rumos do processo civil brasileiro – estudos em homenagem à Professora Elaine Harzhein Macedo.** Caxias do Sul: Plenum, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia.** Porto Alegre: Caderno de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5-lenio.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2014. p. 27.

_____. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico, 13 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **O que é isto? – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Atividade jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VERBICARO, Loiane Prado. **A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro**. Revista Jurídica da Presidência: Brasília, v. 13, n. 101, Out. 2011/Jan. 2012. Disponível em <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-13-n-101-out-2011-jan-2012/menu-vertical/artigos/artigos.2012-01-23.0731894512>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.