



JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AS CONTROVÉRSIAS DA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DO JUDICIÁRIO¹

Juliana Gonçalves de Oliveira²

RESUMO: Este trabalho tem por escopo principal analisar a questão da efetividade e da aplicabilidade do Direito Fundamental à Saúde, positivado em nossa Constituição Federal, de maneira genérica, em seu art. 6º e inserido dentro do Capítulo dos Direitos Sociais e do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Demonstra também o presente trabalho o caráter de norma de aplicabilidade imediata que tal direito possui, previsto no §1º do art. 5º da CF/88, e expõe a relação do direito à saúde com outros direitos que também são fundamentais, principalmente sua estreita relação com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana. No presente trabalho, busca-se, ainda, analisar a questão da judicialização do direito à saúde como forma de garantir a efetividade deste direito, abordando o argumento da reserva do possível, a universalidade e o caráter igualitário do direito à saúde, bem como explicar sobre a transferência de poderes que ocorre na judicialização. A última parte do trabalho aborda as controvérsias a cerca da possibilidade da sua efetivação do direito à saúde ser pleiteada judicialmente de maneira individual e/ou coletiva e a utilização das Ações Cíveis Públicas em casos de omissão constitucional como um instrumento de proteção do já mencionado Direito Fundamental, expondo alguns exemplos que visam a efetivação de políticas públicas.

Palavras-chave: direito à saúde, direitos fundamentais, judicialização

ABSTRACT: This work has as main purpose to analyze the question of the effectiveness and applicability of the Fundamental Right to Health, secured in our Constitution, in a generic way in his art.6 and inserted into the Chapter of Social Rights and Title of Fundamental Rights and Guarantees. It also shows the present work the character of standard immediate applicability that such right is provided for in paragraph 1 of article 5 of the CF / 88, and exposes the relationship of the right to health with other rights which are also fundamental, especially his close relationship with the right to life and the principle of human dignity. In this study, we seek to also examine the issue of judicialization of the right to health in order to ensure the effectiveness of this right, addressing the possible reservation of the argument, the universality and the egalitarian nature

¹ Este artigo foi elaborado a partir de reflexões e estudos feitos durante as aulas da matéria “Constituição e Justiça Social”, do mestrado em Direito e Justiça Social da FURG.

² Aluna especial do mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande. Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha. Conciliadora Criminal na Vara do Jecrim da Comarca de Bagé/RS. Advogada, sócia no escritório Quintana & Oliveira advogados, atuando em Bagé/RS e região. E-mail: juliana_g.deoliveira@live.com

of the right to health, as well as explain on the transfer of power that occurs in judicialization. The last part of the paper discusses controversies about the possibility of realization of the right to health be pleaded in court individually and / or collectively and the use of public civil actions in cases of constitutional omission as a hedging instrument of the aforementioned Law Fundamentally, exposing some examples to the effective implementation of public policies.

Keywords: fundamental rights, judicialization, right to health

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a questão da efetividade e da aplicabilidade do direito à saúde, inserido na nossa Constituição dentre os Direitos Fundamentais sociais e a possibilidade da efetivação deste direito ser pleiteada perante o judiciário por meio de ações individuais e coletivas.

Para um melhor entendimento, este estudo foi dividido em 3 (três) capítulos, onde estão delineados os objetivos específicos deste trabalho.

No Capítulo I poderá se verificar a questão da aplicabilidade do direito à saúde, como um direito de cidadania fundamental do homem, partindo da premissa que a ele se emprega a regra da norma de aplicabilidade imediata prevista no §1º do art. 5º da CF/88. Ainda será pormenorizada a relação do direito à saúde com outros direitos fundamentais, principalmente sua estreita relação com o direito individual à vida e a dignidade humana.

No Capítulo II será feita uma análise sobre a judicialização do direito à saúde, abarcando-se o caráter universal e igualitário do direito à saúde, os argumentos contrários à judicialização e a questão da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo como justificativa para intervenção do Poder Judiciário.

E por fim, no Capítulo III serão abordados os tipos de pleitos judiciais possíveis no caso do direito à saúde, tanto pela via individual, por estar intimamente ligado aos direitos fundamentais individuais, quanto pela via coletiva, por ser um direito social com objetivo de garantir a redução das desigualdades sociais. Bem como, a possibilidade de utilização do instituto da Ação Civil Pública como instrumento de proteção do cidadão frente os casos de omissão constitucional, demonstrando alguns exemplos de Ações Cíveis Públicas ajuizadas visando a efetivação de políticas públicas de saúde.

A escolha do tema deu-se pela relevância que os direitos fundamentais sociais têm em relação à realização da plena cidadania dos indivíduos e na busca da justiça social e diminuição das desigualdades, também, pelas inúmeras ações judiciais em tramitação buscando a efetivação do direito à saúde.

Ademais, a principal problemática enfrentada no trabalho é verificar se o direito à saúde deve ser analisado apenas pela ótica do direito social, que tem o objetivo de diminuir as desigualdades por meio de políticas públicas ou se ele também pode ser encarado de uma maneira mais individualista, se utilizando da sua ligação com o direito à vida e tendo sua efetividade pleiteada em ações judiciais individuais.

1. APLICABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Partindo da premissa trazida por Norberto Bobbio (2004, p. 23), atualmente, o problema que enfrentamos, quando tratamos de direitos humanos “não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Ainda que o autor não negue a existência de uma crise de fundamentação, explica que nosso desafio principal, é mais modesto, embora mais difícil, pois trata da questão de “buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”, devendo-se sempre analisar as condições e os meios para a realização desses direitos, impedindo que sejam violados.

Embora o direito à saúde seja expressamente um direito fundamental, ligado à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana e estejam as normas nacionais em concordância com as internacionais, a grande quantidade de demandas judiciais no âmbito da saúde demonstra a existência de uma busca por sua efetivação, principalmente, porque o Estado é o principal responsável pela proteção e pela promoção dos meios para a efetividade do referido direito, tanto no âmbito individual, quanto no coletivo.

Na intenção de verificar possíveis meios de proteção e promoção do direito à saúde, necessário analisar a questão da aplicação imediata das normas de direito fundamental, o que veremos no item a seguir.

1.1 Aplicação imediata do Direito à saúde

O art. 5º, §1º da CF/88 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, embora haja a previsão constitucional da aplicação imediata, a maioria das normas reguladoras de direitos sociais dependem de regulamentação infraconstitucional para que possam ser efetivadas, sendo este o caso do direito à saúde, não obstante tal direito ter sido regulamentado pela lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde, esta não resolveu todos os impasses referentes ao direito social à saúde.

O direito fundamental à saúde caracteriza-se por ser uma norma programática, onde estão consubstanciados os programas e diretrizes para atuação dos órgãos estatais, embora tal norma dependa de complementos estes não podem ser utilizados como desculpa do poder público para não satisfazê-la. Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em decisão no RE 271.286-AgR³, explica que que tal caráter não pode “converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever”.

No entendimento de Anderson Orestes Cavalcante Lobato (1998, p. 92) a regra da aplicabilidade imediata faz-se presente mesmo quando os direitos ainda não foram completamente regulamentados, pois estes podem revogar normas infraconstitucionais ou serem fundamento para a decretação de inconstitucionalidade e também podem ser aplicadas no “exercício das novas garantias expressas pelo mandado de injunção e pela ação de inconstitucionalidade por omissão”. Entendimento semelhante, possui o jurista Luís Roberto Barroso (2007, p. 92), pois defende que todos os direitos subjetivos previstos na nossa Constituição, sejam eles políticos, individuais, sociais ou difusos são “direta e imediatamente exigíveis, do poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais”.

Por óbvio, a simples incorporação dos direitos pelo texto constitucional não garante que os cidadãos possam usufruir destes, pelo contrário, quando o legislador prevê direitos que dependem de uma atuação positiva do Estado e não promove condições para que estes sejam plenamente efetivados surge o

³ RE 271.286-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000

sentimento de promessa não cumprida, o que pode explicar a grande incidência de ações judiciais pleiteando a efetivação de direitos, já que diante da inércia dos poderes legislativo e executivo a população vê no judiciário a última esperança de ver suas expectativas de direitos satisfeitas.

A questão da aplicabilidade das normas refere-se à sua eficácia jurídica, enquanto que a questão da efetividade diz respeito à eficácia social, pois, de acordo com a compreensão de Barroso (2002, p. 85), a efetividade seria a realização do Direito no caso concreto, representando “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”, todavia, a efetividade de um direito depende primeiramente deste ser plenamente aplicável. O referido autor (p. 281), ainda, expõe que a positivação da regra da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais tende a legitimar a aplicação de poderes do Judiciário, que vem adquirindo papel de destaque nos últimos tempos.

Sendo assim, percebe-se que, mesmo que o direito social à saúde não fosse regulamentado, este seria exigível por meio de ações judiciais.

1.2 Relação com outros Direitos Fundamentais

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o direito à saúde pode ser conceituado da seguinte maneira:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

Percebe-se desde logo a amplitude do direito à saúde, que abarca dentro de seu conceito uma série de outros direitos, Dalmo de Abreu Dallari exemplifica alguns direitos, também fundamentais, englobados pelo direito à saúde, seriam eles: Direito de ser tratado com igualdade e respeito, meio ambiente saudável, condições confortáveis de moradia, básicos cuidados de higiene, boa alimentação, ambiente saudável de trabalho e estudo, entre outros. Na ótica do autor, se o Estado proporcionasse um mínimo de vida saudável a todos, chegaríamos ao ideal de que “as pessoas não cheguem a ficar doentes ou

tenham o mínimo de doenças”, o direito a receber assistência médica só seria exigido após a falha do Estado em satisfazer os direitos menores englobados pelo direito à saúde. (DALLARI, 2004, p. 76)

No tocante à íntima relação existente entre o direito à saúde e o direito individual à vida, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2013, p. 78) explicam que a saúde é pressuposto, essencial, à manutenção e gozo da vida, referindo-se à vida com dignidade, saudável e com certa qualidade. Logo, inegável a relação existente entre o direito à saúde e os outros direitos fundamentais, já que a proteção à saúde é indispensável ao usufruto desses, pois sem saúde nenhum ser humano consegue gozar dos demais direitos ou reivindicar para que estes sejam cumpridos.

A ligação demonstrada é justamente o que gera a problemática do texto, pois, se a saúde é pressuposto para a vida, que é um direito individual, não há que se falar em impedimento no pleito pela sua efetivação por meio de ações. Entretanto, primeiramente, a saúde é um direito social, que possui objetivos e finalidades para com a justiça social e diminuição das desigualdades, o que não ocorre quando um sujeito recorre à tutela do judiciário de forma individual. Nesse contexto, na sequência abordar-se-á a questão da judicialização do direito à saúde.

2. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A condição de fundamental atribuída ao direito à saúde lhe concedeu o status de direito subjetivo, oponível contra o Estado, o que permite pleitear perante o Judiciário sua efetividade.

Sempre que a Constituição define um direito fundamental este se torna exigível, inclusive mediante ação judicial, “o Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental ou não fundamental estiver sendo descumprido” (BARROSO, 2007, p. 96). Entretanto, sobre a intervenção do judiciário na efetividade dos direitos sociais, José Gomes Canotilho (2001, p. 946), adverte que “os juízes não se podem transformar em conformadores sociais” e que deve-se atentar para o fato de que não se pode “obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação”.

Quanto às possibilidades de ação do judiciário, Barroso (2007, p.104) faz a seguinte observação:

[...] onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

Não se pode deixar de levar em consideração que quando o Judiciário decide em favor dos direitos fundamentais de uns, acaba deixando de lado os direitos, também, fundamentais de outro, logo, chegamos ao problema de uma questão de ponderação extremamente complexa, onde está em jogo “o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão” (BARROSO, 2007, p. 91).

Nesse sentido chegamos ao efeito nefasto na busca pela efetivação de direitos pela via judicial individual, pois quando há uma decisão judicial, condenando o Estado a efetivar o direito à saúde de um indivíduo, os recursos que seriam destinados à satisfação de direitos de uma coletividade acabam sendo reconduzidos, o que, muitas vezes, faz com que se privilegie os direitos de uns cidadãos em desprezo dos de outros.

Diante das divergências sobre a utilização do Poder Judiciário na busca da efetivação do direito à saúde, veremos na sequência as principais características deste direito, as objeções à intervenção do Poder Judiciário e as ações judiciais.

2.1 Caráter Universal e Igualitário do Direito à saúde

O art. 196 da CF garantiu o “acesso universal e igualitário às ações e serviços” para a “promoção, proteção e recuperação” do direito à saúde, logo, trata-se de dever constitucional do Estado em promover, mediante políticas públicas, a efetivação do direito à saúde a todos de forma igualitária. Salientando-se que o caráter universal e igualitário do direito à saúde foi

ratificado quando da regulamentação desse direito, no art. 2º, §1º da Lei n.º 8.080/1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde.

Segundo os autores Sarlet; Figueiredo (2013, p. 89), a universalidade do direito à saúde não impede que se façam diferenciações na aplicação prática do direito, principalmente pelo emprego do princípio da igualdade material, que justifica discriminações positivas para que se alcance uma justiça social. Deve sempre levar em consideração o princípio da equidade e da proporcionalidade, pois, por ser um direito social, o direito à saúde deve seguir o seu objetivo principal, que é o de reduzir as desigualdades fáticas. De acordo com o entendimento dos anteriormente mencionados autores (p. 126), mesmo o caráter de integralidade não é absoluto, pois está limitado à ordem técnica e científica, como é o caso de um tratamento médico ou cirurgia que não levará à cura ou à melhora da moléstia devido à sua gravidade. No tocante à gratuidade dos serviços de saúde, esta deve atentar à demonstração, por parte de quem pleiteia o direito, da necessidade, analisando-se as condições financeiras do autor e a possibilidade de arcar total ou parcialmente com o tratamento.

Assim, percebe-se que o caráter universal do direito à saúde pode ser utilizado para legitimar a intervenção do Judiciário, vez que o Poder Judiciário supriria casos em que o Estado não conseguiu realmente efetivá-lo. Já o caráter igualitário, pode ser visto como argumento contrário à judicialização, pois uma ação individual, por exemplo, beneficia um cidadão, em desprezo de outros, pois os recursos que poderiam estar destinados à políticas públicas acabam sendo realocados para um tratamento específico.

2.2 Argumentos contrários à judicialização do direito à saúde

Muito embora haja, hodiernamente, uma grande quantidade de demandas judiciais pleiteando a efetivação dos direitos sociais, Barroso (2007, p. 104-106) nos mostra que há algumas objeções para estas intervenções, vejamos: a) o art. 196 da CF, que é uma norma programática, prevê, claramente que “a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais”; b) prejuízo ao desenho institucional, uma vez que “a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo

ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas” e corroborando com a vontade do legislador constitucional originário; c) ofensa à legitimidade democrática, pois retira dos “poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir como o dinheiro público será gasto”, ou seja, na judicialização o dinheiro público pode vir a ser gasto em medidas impopulares com a maioria dos cidadãos; d) a questão financeira, denominada de reserva do possível, argumenta que “os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais” sendo que, “investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros”; e) desorganização da Administração Pública, já que as decisões judiciais “privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão”.

O jurista Sarlet (2007, p. 12-3) explica que assim como em todos os direitos sociais prestacionais, o direito à saúde está limitado pela reserva do possível, pois trata-se de direito que “implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos”. O autor ainda menciona que dentre os argumentos contrários está o de que somente o legislador, escolhido de maneira democrática, pode decidir sobre como utilizar os recursos públicos, ou seja, “um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes”.

Por serem direitos subjetivos de prestações relativas a bens materiais, a efetividade dos direitos sociais sempre esbarra na questão da escassez de recursos, e esta questão se aplica amplamente à plena efetividade do direito à saúde. Nesse sentido, Sarlet (2008, p. 186) entende que “Para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgão do Poder Judiciário, o ‘fator custo’ de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional”. O referido autor (p. 193), ainda, alega que a reserva do possível tem sido usada pelo Estado como “argumento impeditivo da intervenção judicial” e como uma desculpa para a omissão estatal, assim, caberia ao poder público o ônus da comprovação da efetiva falta dos recursos.

No tocante à posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da reserva do possível como argumento contra a judicialização do direito à saúde, interessante observar o seguinte trecho do voto do ministro-relator Celso de Mello, na ADPF-MC/DF 45: “a efetivação do direito à saúde liga-se à garantia de proteção ao mínimo existencial, devendo-se interpretar ‘com reservas’ a alegação, por parte do Estado, de violação à reserva do possível.”

Dentre todas as objeções à judicialização do direito social à saúde, certamente a principal, e mais alegada pelo Estado é a questão financeira, representada pelo Princípio da reserva do possível, todavia, tal argumento, sozinho, não possui condão para impedir a realização do direito pela via judicial. A incidência deste princípio necessita ser provada por quem o alega e ser interpretado conjuntamente com outras alegações legítimas, sob pena de ser generalizado e ferir o princípio do mínimo existencial.

2.3 A transferência de Poder das instâncias políticas tradicionais para o Judiciário

Em suma, o fenômeno da judicialização significa que questões de grande importância social e política estão deixando de ser resolvidas pelos Poderes Políticos tradicionais e passando a ser decididas pelo Poder Judiciário, cabendo verificar o porquê desta transferência de poder.

Uma explicação para o amplo ativismo judicial existente na atualidade é o de que há uma certa insuficiência das leis. No tocante ao caso do direito à saúde, o descaso com a saúde pública afronta, muitas vezes a dignidade humana, o que, legitima o Judiciário a não ser apenas um intérprete das leis, mas a atuar de maneira mais ativa. Barroso (2012, p. 27) argumenta que no âmbito do Legislativo, há uma “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade”, tal crise vêm fomentando a expansão da atuação do Judiciário na tentativa de suprir as omissões dos outros Poderes, bem como faz com que o Poder Executivo utilize-se de maneira excessiva das medidas provisórias, o que, também fomenta a atuação do judiciário, que é provocado a verificar a constitucionalidade de tais medidas.

Muito embora o Judiciário venha tomando um papel mais ativo apenas em face da inoperância dos demais poderes, evidente que o fenômeno da

judicialização possui uma face positiva, mas também uma negativa. Na visão de Barroso (2012, p. 27) a face positiva da judicialização encontra-se na oportunidade do Judiciário suprir as necessidades da sociedade que não foram satisfeitas pelo Congresso Nacional ou pela Presidência da República, já a face negativa está no fato de que uma maior atuação do Judiciário acaba expondo as dificuldades do Poder Legislativo, o que tende a prejudicar o Estado Democrático de Direito, pois “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”.

Como já exposto, sempre que uma norma constitucional não é devidamente regulamentada, ou, quando há regulamentação, mas esta não vem sendo corretamente aplicada o Poder Judiciário está legitimado a agir, ou seja, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais na via judicial é plenamente possível quando os Poderes Legislativo e Executivo se omitem ou são inoperantes, mas, em contraponto, quando há medidas públicas eficientes e quando as normas estão devidamente regulamentadas o Poder Judiciário deve se autoconter. Nessa ótica, Barroso (2012, p. 32) alerta para o fato de que a “expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”.

A judicialização da saúde leva questões relevantes no âmbito político, social e moral para serem decididas, em caráter final pelo Judiciário, tratando-se de verdadeira transferência dos poderes das instâncias políticas tradicionais, Legislativo e Executivo, para o Judiciário, o que se dá, na maioria das vezes, devido à desilusão com a política majoritária e à crise de representatividade e de funcionalidade do parlamento.

3. AS AÇÕES JUDICIAIS E O DIREITO À SAÚDE

Vemos, a cada dia, o número de demandas relativas à saúde, aumentarem, sejam elas ações de medicamentos, ações solicitando o custeio de tratamentos e cirurgias, ações contra planos de saúde ou ações requerendo a implantação de políticas públicas. Vejamos na continuidade as controvérsias

quanto aos meios mais adequados para a judicialização da saúde, preservação dos direitos fundamentais e de seus propósitos.

3.1 Ações individuais e coletivas

Por ser um direito a prestações materiais, o direito à saúde gera inúmeras polêmicas, sendo que, a busca por sua efetividade na via judicial possui divergências quanto aos seus efeitos e também doutrinárias. A princípio, majoritariamente, a doutrina entendia ser possível e acertada a busca pela efetividade do direito à saúde por meio de ações individuais, entretanto, nos últimos anos, vários autores⁴ vêm sustentando que o ideal seria a judicialização por meio de ações coletivas, visando a obtenção de políticas públicas em vez de processos individuais

No tocante às ações individuais, a ação ordinária para o fornecimento de medicamentos seria uma ação extremamente individualista, pois os recursos públicos, que devem ser direcionados à políticas sociais, avaliando custos e benefícios e visando diminuir as desigualdades econômicas e sociais, privilegiariam apenas os que possuem acesso qualificado à justiça, àqueles que conhecem seus direitos e podem arcar com o custo de um processo judicial. (BARROSO, 2007, p.107)

Embora reste claro que o ideal, em se tratando de direitos sociais é a prevalência dos pleitos judiciais coletivos, Sarlet; Figueiredo (2013, p. 117-8) explicam que pelo fato do direito à saúde estar “intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano” jamais se pode excluir a possibilidade de uma tutela pessoal e individual.

⁴ Exemplos de autores e seus respectivos artigos favoráveis ao argumento da judicialização pela via coletiva: SARLET, I. W. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.”. TIMM, L. B. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?”; SCAFF, F. F. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”; LOPES, J. R de L. “Em torno da reserva do possível.”; LIMA, R. S. de F. “Direito à saúde e critérios de aplicação”; BARROSO, L. R. “Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”; BARCELLOS, A. P. “O Direito a Prestações em saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”.

Sarlet; Figueiredo (2013, p 130), ainda, criticam que há uma ausência de preocupação nas decisões judiciais, sobre as consequências do provimento jurisdicional, o autor sugere a criação de varas judiciais especializadas e a realização de um treinamento para os juízes, ouvindo órgãos de saúde para uma decisão mais consciente e responsável, isonômica e racional, para que se evite a litigância individual descontrolada. Na tentativa de aproximar o judiciário dos casos concretos relativos ao direito social à saúde, o Supremo Tribunal Federal, nos meses de abril e maio de 2009, realizou Audiência Pública⁵, onde foram ouvidos 50 especialistas, entre profissionais da área do direito, da área da saúde e da sociedade civil, a fim de colaborar no julgamento das ações relativas à saúde que tramitam no Tribunal.

Nessa contextura vemos que muitas vezes os juízes, em suas decisões, levam em conta fatores extrajudiciais, pessoais e ideológicos, bem como fatores de natureza política, tal questão, mencionada por Ronald Dworkin (2014, p. 309) em sua “teoria da integridade do direito”, ocorre quando o julgador acaba por ignorar o verdadeiro direito, substituindo-o “por suas próprias concepções ao verdadeiro conteúdo do direito”. Inegável, pois a relação existente entre direito e política, sendo necessário que o Judiciário acate as escolhas dos legisladores, quando legítimas, bem como o respeito aos precedentes, à integridade, à segurança jurídica, à isonomia. Já que, conforme Dworkin (2014, p. 271) “o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”.

Junto das ações necessárias e dignas, há um aumento crescente de decisões extravagantes e baseadas no emocional, principalmente no que diz respeito à ações ordinárias de medicamentos e tratamentos médicos, onde a continuidade das políticas públicas existentes é colocada em risco e a atividade administrativa é desorganizada em prol da tutela individual. Evidente que a forma mais adequada para pleitear judicialmente a efetivação do direito fundamental à

⁵ A Audiência Pública, convocada pelo, então, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública objetivavam contribuir no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde.

saúde, observando-se seu principal objetivo, que é o de promover a justiça social e a diminuição das desigualdades, seria por meio de ações coletivas, muito embora esta alternativa não venha sendo muito explorada em nosso país.

3.2 Ação Civil Pública como instrumento de efetivação de políticas públicas na área da saúde

A utilização do instrumento da Ação Civil Pública para discutir a questão das políticas públicas costuma gerar certa divergência, principalmente pela alegação de violação do Princípio da separação de poderes. Entretanto, tal alegação ignora o alcance das normas constitucionais sobre direitos fundamentais sociais, que por serem normas garantidoras da justiça social possuem aplicação diferenciada, admitindo a intervenção do Poder Judiciário em casos de omissões dos demais Poderes, nas palavras de Barroso (2007, p. 110) “embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhes por certo coibir abusos”.

Principalmente quando não há lei ou ato que regulamente a Constituição ou quando estas leis ou atos não estão sendo efetivos, ou seja, em casos de omissão constitucional, a intervenção do Judiciário é plenamente possível. A fim de contribuir com um melhor entendimento do texto, e das possibilidades de obter políticas públicas asseguradoras de justiça social através de ações civis públicas, vejamos alguns exemplos destas ações, proposta em alguns Estados da Federação, pleiteando a construção de hospitais:

a) Espírito Santo, município de Cachoeiro do Itapemirim⁶: Os Ministérios Públicos pleitearam na inicial a finalização da obra de um hospital que estaria parada desde o ano de 2004, tal ação fez com que a Justiça Federal do município realiza-se audiência pública para discutir a situação e, posteriormente, foi firmado acordo entre o Município e a União para a finalização de tal obra e, atualmente, embora não haja sentença definitiva no processo, a Justiça Federal

⁶ Ação Civil Pública n.º 0000598-97.2014.4.02.5002, ajuizada, em 30/07/2014, pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo e pelo Ministério Público Federal, perante a 2ª Vara Federal da Subseção de Cachoeiro do Itapemirim, Seção Judiciária do Espírito Santo, TRF da 2ª Região, em face da União, do Estado do Espírito Santo e do Município de Cachoeiro do Itapemirim.

está inspecionando os atos do Município, que se comprometeu com a construção do hospital;

b) Ceará, município de Juazeiro do Norte⁷: Em síntese, a demanda pretende a construção e manutenção de um hospital de clínica geral, especializada e cirúrgica, pronto atendimento e internação, vez que o único hospital municipal existente possui irregularidades sanitárias e não tem condições de funcionar como hospital geral. Em consulta ao andamento processual, verifica-se que até o presente momento o processo ainda encontra-se em tramitação e pendente de sentença.

c) Pará, município de Tucuruí⁸: Tal ação tem o intuito de apurar o sucateamento do hospital municipal de Tucuruí e a precariedade de suas condições sanitárias, bem como, litigar em sede de antecipação de tutela a construção e manutenção de um novo hospital municipal entre outras coisas. Entretanto, em setembro de 2014 foi reconhecida a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a causa, devido à exclusão da União do polo passivo da ação e, até o presente momento, não há informações na Vara Estadual da Comarca de Tucuruí sobre a redistribuição do processo.

Analisando-se os exemplos de ações civis públicas anteriores, percebe-se que o único que apresenta algum resultado é o caso do Município de Cachoeiro do Itapemirim, justamente, o único que realizou audiência pública sobre o tema, tentando aproximar o judiciário da realidade do problema da saúde e da escassez de recursos públicos, bem como buscou acordos com o Estado, e vêm inspecionando seu cumprimento, em vez de simplesmente ordenar que o Estado cumpra uma decisão judicial arbitrariamente.

Desviando um pouco do tema das Ações Civis Públicas, mas ainda no assunto de ações de cunho coletivo, referentes à políticas públicas de saúde, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão foi suscitada na ADPF-MC n.º

⁷ Ação Civil Pública n.º 0001355-22.2014.4.05.8102, ajuizada em 10/07/2014, pelo Ministério Público Federal, perante a 16ª Vara Federal da subseção de Juazeiro do Norte, Seção Judiciária do Ceará, TRF da 5ª Região, em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Juazeiro do Norte.

⁸ Ação Civil Pública n.º 0002498-32.2014.4.01.3907, ajuizada, em 03/06/2014, pelo Ministério Público do Estado do Pará e pelo Ministério Público Federal, perante a Vara Federal única da Subseção de Tucuruí, Seção Judiciária do Pará, TRF da 1ª Região, em face da União, do Estado do Pará e do Município de Tucuruí.

45, promovida contra o veto do Presidente da República ao §2^o do art. 59 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) para o ano de 2014 (Lei n.º 10.707/2003). Tal ação constitucional foi ajuizada pelo Partido da social-democracia brasileira, sob o argumento de que o já referido veto descumpriria ao preceito fundamental que garante recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, entretanto, logo que a ADPF foi ajuizada, o então Presidente da República, remeteu ao Congresso Nacional um projeto de lei que restaurou integralmente o parágrafo da LDO anteriormente vetado. Assim, tendo sido suprida a omissão motivadora do ajuizamento da ação constitucional, esta acabou sendo julgada como prejudicada em face da perda superveniente do objeto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas que as normas garantidoras de direitos fundamentais sociais têm aplicabilidade imediata, podendo ser exigidas do Poder Público mesmo quando não regulamentadas, pois se assim não fosse, a positivação dos direitos fundamentais consistiria em mera expectativa de direitos. Sendo que, mesmo quando os direitos fundamentais não possuem norma regulamentadora, são exigíveis por meio das ações judiciais.

Por ser um direito com conceito muito amplo, o direito à saúde possui ligação com diversos outros direitos também fundamentais, estando, intimamente ligado ao direito individual à vida, principalmente porque quando não se tem saúde não há condições para usufruir plena e dignamente de nenhum outro direito de cidadania. A estreita relação existente entre direito à saúde e direito à vida, bem como o fato daquele ser pressuposto para o gozo deste legitimam a litigância individual na defesa de um direito social.

Sempre que não há lei ou ato regulamentando um direito fundamental, ou quando a lei ou o ato existem mas são ineficazes deve o Judiciário intervir, entretanto, quando o direito é devidamente regulamentado e aplicado o

⁹ Lei n.º 10.707/2003, art. 55, § 2º: Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

Judiciário deve optar pela autocontenção. Dentre todos os argumentos contrários à judicialização do direito à saúde, o principal e mais corriqueiro é o do Princípio da Reserva do Possível, todavia, tal argumento já não é mais capaz de impedir a aferição do direito pela via judicial, vez que, sem a devida comprovação da inexistência de recursos por parte do Estado, esbarra no direito de acesso à justiça e no Princípio do mínimo existencial.

Um das principais causas para o aumento vertiginoso da judicialização de direitos fundamentais consiste na chamada crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, que motiva uma maior atuação do Judiciário na tentativa de suprir as omissões dos demais poderes, o que, acaba acarretando uma transferência de poderes dos agentes políticos tradicionais para o Judiciário. O fenômeno da judicialização, embora tenha um lado positivo, quando supre as necessidades da população que não foram satisfeitas pelos poderes Legislativo e Executivo, também tem um lado nefasto, vez que acaba expondo as dificuldades dos demais poderes e prejudicando a democracia.

Embora reste incontroversa a possibilidade de se pleitear medidas de efetividade do direito à saúde de maneira individual, devido à sua ligação com os direitos individuais fundamentais, nunca se pode deixar de observar que este é um direito social, logo, deve-se sempre considerar o princípio da equidade e da proporcionalidade, para que o direito à saúde atinja seu principal objetivo, que é o de reduzir as desigualdades sociais e promover a justiça social. Atentando-se sempre ao risco da judicialização individual descontrolada e ao perigo das decisões judiciais baseadas no emocional, muitas vezes fundamentadas em questões extrajudiciais e ideológicos que colocam em ameaça as políticas públicas existentes e a organização administrativa.

Não restam dúvidas que o ideal é a judicialização por meio das ações coletivas, pois o excesso de demandas judiciais individuais pode levar ao ponto de realocar recursos que eram destinados à políticas públicas que beneficiariam uma coletividade, para satisfazer requerimentos individuais de pessoas, muitas vezes, não tão necessitadas. A possibilidade da litigância, para aferir medidas públicas relativas ao direito à saúde, por meio de ação civil pública é plenamente aceita, não havendo mais preocupações o tocante à violação do Princípio de separação dos poderes, sendo que, tal instrumento coletivo, embora não seja

usual em nosso país, é uma boa alternativa para o problema da judicialização individual excessiva.

Ademais, do exame dos exemplos de ações civis públicas, percebe-se que apenas judicializar, mesmo no âmbito coletivo, não garante a efetividade das políticas públicas, é sempre necessário usar o bom senso e a ponderação de princípios e direitos para se obter o melhor resultado para o caso concreto, visando sempre a realização dos objetivos principais do direito fundamental em questão. É necessário garantir aos cidadãos uma vida saudável, o acesso à saúde e o direito de litigar por seus direitos individuais, mas sem nunca deixar de levar em consideração a questão da justiça e igualdade social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. v.31. n.66. Porto Alegre: PGE, p. 89-114, 2007.

_____. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. **[Syn]Thesis**. v.05. n.01. Rio de Janeiro: UERJ, p. 23-32, 2012.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual**. ADPF n.º 45. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor**. RE 271286 AgR. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. Reform. São Paulo: Moderna, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. trad. Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.” **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Ed. RT, n.22, p. 141-159, 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Nova Iorque, 22 jul. 1946.

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)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.11, 2007.

_____; “Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua efetivação”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v.6. Belo Horizonte: Fórum, p. 163-206, 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista Gestão e Controle**. v.01. Porto Velho: Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, p. 73-138, 2013.