

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Leyla Brito de Castro Sampaio

RESUMO

O objetivo do presente artigo é discorrer acerca da judicialização do direito à saúde, questão de larga repercussão política e social, primando pela análise da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Sem pretensão de se esgotar o assunto serão analisadas as possibilidades e limites do Poder Judiciário no julgamento de tais questões, ante a competência discricionária do Estado. Como intuitivo, a judicialização promove uma transferência de fato de poder para juízes e tribunais e modifica a participação da sociedade no processo democrático, através de nova forma de interpretação do contexto social e político. O enfrentamento de questões como os limites da capacidade institucional do Judiciário, os riscos à legitimidade democrática e a politização da justiça se fazem presentes, alcançando a conclusão de que o Poder Judiciário deverá extrair todas as potencialidades constitucionais da Carta Magna sem, contudo, ferir o princípio constitucional da separação de poderes, respeitando o hiato existente entre as competências de cada Poder, bem como acatando a margem discricionária legítima conferida ao Poder Público.

PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUCIONALISMO. JUDICIALIZAÇÃO. CRISE. ESTADO DEMOCRÁTICO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS SOCIAIS. SEPARAÇÃO DE PODERES. POLÍTICAS PÚBLICAS. SAÚDE.

INTRODUÇÃO

A Constituição evoca tradicionalmente a noção de conteúdos que criam as bases do Estado, fixando a sua estrutura e estabelecendo regras e diretrizes norteadoras de toda a atividade estatal. As cartas constitucionais desde a sua origem foram fundamentadas num substrato filosófico e ideológico que consagrava o indivíduo como o centro de todas as construções humanas. Na formulação clássica de Kant *apud* BOBBIO, Norberto (2000, pg. 31) de que cada homem é um fim em si mesmo, a organização política deve existir fundamentada, no valor humanista e trabalhar a seu serviço. A

própria limitação do poder político como raiz do constitucionalismo moderno evidenciou o propósito de proteger o indivíduo, seus direitos e liberdades. Não se pode olvidar das fases históricas em que o homem foi funcionalizado, mercantilizado ao máximo, imolado em ideologias absurdas, algumas vezes, ironicamente, convivendo com a Constituição, mesmo que tão só no seu sentido formalístico, vide o que ocorreu na Alemanha. A Constituição brasileira, bem como outras cartas contemporâneas, fundamenta sua estrutura no princípio da dignidade da pessoa humana, buscando através da efetivação desse princípio erradicar a pobreza, proporcionar uma distribuição de renda mais isonômica, no intuito de equalizar a desigualdade social. A dignidade humana é hoje um axioma jusfilosófico dotado de superioridade hierárquica que direciona os comandos normativos, no sentido de fornecer condições de existência compatíveis com o referido princípio, e que deve ser viabilizado por meio da atividade estatal, no desenvolvimento de políticas públicas e programas sociais voltados à plena satisfação do mínimo existencial. Nesse contexto, a consagração dos direitos individuais guarda estreita relação com a judicialização do direito à saúde, na medida em se busca definir a zona limítrofe da atividade judicial legítima na efetivação desses direitos, face ao espaço reservado à deliberação legislativa e executiva. Essa análise entremeada por vários questionamentos se justifica, em parte, pela abstração dos direitos sociais estabelecidos nas cartas constitucionais. O ponto nevrálgico se perfaz na constatação de que o direito não produz objetivamente o conteúdo dos direitos sociais, de forma que sua determinação é uma tarefa de cunho essencialmente político. Será forçosa uma reflexão quanto ao que seja a amplitude da reserva do possível, em virtude dos efeitos financeiros na realização dos direitos fundamentais, haja vista as implicações existentes na realização dos programas de políticas públicas. E, sobretudo, imprescindível será considerar quais os contornos que cercam a capacidade institucional do judiciário, os riscos à legitimidade democrática e a politização da justiça.

A RESERVA DO POSSÍVEL

As prioridades com os gastos públicos são fixadas constitucionalmente fundamentadas em bases como a promoção e preservação da dignidade da pessoa humana, que vincula a atividade estatal a sua estreita observância quando da realização de sua atividade. Não apenas a Constituição, mas tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o direito das crianças, o Pacto de São José

da Costa Rica o obriga a investir o máximo possível de recursos disponíveis na promoção dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

A imposição por parte do Executivo do argumento da reserva do possível como grande barreira para a promoção de uma melhor e maior implementação de políticas públicas e de qualidade, e como salvador e justificador das suas omissões gerou total descrédito. Na verdade, ainda que a situação seja de complexa resolução, não seria plausível que a reserva do possível justificasse o injustificável, haja vista ser inquestionável a falta de organização administrativa, os gastos públicos desmedidos e desnecessários dispendidos em serviços e bens dispensáveis, e a má gestão em todas as esferas públicas, uma vez que não são estabelecidas metas prioritárias pautadas na transformação da realidade social garantidora de melhor qualidade de vida através da oferta do mínimo vital. É irrefutável a dificuldade de lidar com o argumento da reserva do possível, principalmente no que tange a prestações relacionadas à saúde. Quando se está diante de uma questão individual o problema se agrava, basicamente porque não há como o Judiciário dimensionar os recursos disponíveis para tanto.

A questão se torna menos tormentosa quando se está frente a uma demanda coletiva, pois que se analisará de forma mais objetiva o contexto geral das políticas públicas implementadas, o que dará uma idéia mais objetiva das necessidades da coletividade. Isso acontece de forma mais consciente na medida em que o mínimo vital é vinculado às normas constitucionais impositivas, face a qual o estado não pode se negar a implementar, haja vista que são prioridades às quais todos os indivíduos têm direito. Nas ações individuais tal não ocorre, é necessário socorrer-se uma decisão de caráter muito mais relacionado a valores morais e de foro íntimo do que pautado no mínimo vital e na reserva do possível.

Assim sendo, difícil seria imaginar que o Estado Brasileiro pudesse garantir a todos os cidadãos o custeio de todas as prestações de saúde existentes no mercado, na medida em que não padece de dúvida que o sistema de saúde pátrio há muito beira o caos. Além disso, dentro do que rege a Constituição, o conteúdo do mínimo vital deve ser fornecido a todos os membros da sociedade e não apenas aqueles que se socorrem numa demanda judicial. O que se quer com isso dizer é que normalmente uma demanda individual não pode ter um caráter de universalidade e, de outra banda, dentro da realidade da rede pública brasileira, presenciamos um sistema de saúde precário que não ampara adequadamente aqueles que buscam o mínimo existencial.

O tema da justiciabilidade do direito à saúde talvez devesse ser discutido em outras sedes que não essa, posto que conforme colocado, tais demandas individuais, caso não sejam cercadas de alguns critérios, que hoje não são observados, ferem a isonomia ao arripio da lei. Dentro desse contexto, pode-se influir que o problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais não é simplista e abrange questões tormentosas. O primeiro questionamento gira em torno das liberdades, ou seja, os direitos fundamentais abarcariam uma liberdade fática? O que acontece é que a liberdade jurídica *de per si* seria um comando vazio sem a existência de uma liberdade real que garanta o seu pleno exercício. Portanto, os direitos fundamentais devem afiançar a liberdade fática. Todavia, nos deparamos com dificuldades e a principal é a carga de indeterminação da maioria dos direitos sociais, mesmo em se tratando do direito fundamental social mais simples de todos, que é o direito a um mínimo existencial.

JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Quando relacionamos a prestação jurisdicional ao direito à saúde, questionam-nos acerca dos limites aceitáveis de intervenção do Judiciário e, conseqüentemente, nos deparamos com um ponto de difícil discussão e solução. Há inúmeros fatores a serem considerados, tanto jurídicos como não-jurídicos. O caráter das normas que cuidam do tema em questão dispõe o pleno acesso de todos às prestações de saúde disponíveis. Do comando constitucional exsurge a idéia de universalidade, ou seja, que essas prestações fornecidas pelo Poder Público, através das políticas públicas implementadas são abrangentes e que todos são seus destinatários, entendimento que tem se confirmado pela melhor jurisprudência. Portanto, o resultado almejado por essas normas no mundo fático é o da plena efetivação e concretude do direito à saúde. Porém, até que ponto o ordenamento jurídico admite exigir judicialmente do Poder Público a eficácia integral do direito à saúde?

Alguns autores traçam outros argumentos acerca da questão, tomando como ponto de partida a abstração das normas que versam sobre os direitos sociais. Para muitos constitui tarefa dos tribunais fazer a delimitação do conteúdo dos preceitos normativos no momento da sua aplicação, visto que se deve aplicar a Constituição independente de indeterminação legislativa. Caso contrário, estaríamos outorgando maior força à lei do que à Constituição. Por outro lado, há quem sustente a possibilidade

do Judiciário abarcar a demanda quando a Constituição explicitamente defina o conteúdo da prestação.

Outra linha de argumentação oposta ao reconhecimento dos direitos subjetivos às prestações se coaduna com o limite da reserva do possível. Sustenta essa corrente que a efetivação das prestações sociais se encontra dependente da disponibilidade de recursos por parte do Estado, razão pela qual se trataria de uma questão de competência, posto que cabe ao legislador traçar as prioridades das políticas públicas. Nessa linha de raciocínio, ao outorgar determinada prestação social, especificamente relacionada à saúde, o Judiciário afrontaria o princípio da separação de poderes e feriria, por conseguinte, o postulado do Estado de Direito.

Pactuamos da posição de BARCELLOS (2008, pg. 206) quando afirma que a ordem constitucional não assegura a eficácia jurídica positiva a toda a extensão dos direitos fundamentais sociais, mas apenas a uma fração dele. Embora a Constituição registre esse efeito ideal, o próprio constituinte reconheceu a necessidade de estabelecerem-se marcos de prioridade da matéria. E para se estabelecerem marcos de prioridade é preciso ater-se à concepção do que seja mínimo vital e do quanto é possível ao Poder Público oferecê-lo de forma universal abarcando todos os destinatários da norma, garantindo, pois a dignidade da pessoa humana.

O Estado é responsável por oferecer as condições mínimas de desenvolvimento das pessoas de sorte que as mesmas possam assegurar a si próprias o nível de desenvolvimento e sobrevivência compatível com a dignidade humana, o que significa dizer que ela própria será capaz de garantir o seu bem estar. Pode ocorrer, como se dá em muitos casos, que essa prestação estatal não seja oferecida a contento e que os indivíduos não sejam capazes de viabilizar por si mesmos o mínimo vital no que concerne à saúde. Nesse caso, qualquer pessoa que se encontre desamparada fará jus a tutela jurisdicional na busca pela efetivação dos seus direitos, pois o patamar de dignidade deve ser mantido.

Importante mencionar as dificuldades que cercam a questão ao analisar a atuação do juiz quando se depara com uma demanda individual, que é indubitavelmente influenciado por sua visão sociológica e valores de plano individual, o que nada tem a ver com a lei, com o mínimo vital ou o orçamento público e que o levam a impor ao Poder Público a prestação da demanda.

Ocorre, portanto, que nessa esteira, forma-se um círculo vicioso para todos os envolvidos, através do qual o Judiciário se mostra cada vez mais parcial, as demandas individuais satisfeitas por meio de decisão judicial afetam as contas públicas e, nesse sentido, afetam por consequência a implementação das políticas e programas que deveriam beneficiar a uma coletividade, enquanto o dinheiro está sendo utilizado na satisfação de demandas individuais, daqueles que tiveram acesso à justiça, muitas vezes exigindo tratamentos de alto custo e, o mais grave, de eficácia não comprovada pelos órgãos fiscalizadores da saúde. Aqui, ainda nos deparamos com uma questão de legalidade. Quando o magistrado concede ao indivíduo um tratamento de saúde de alto custo que ainda não teve eficácia comprovada e/ou não autorizado pelo órgão governamental competente para tanto, ANVISA - Agência de Vigilância Sanitária, esbarramos numa flagrante ilegalidade, posto que o Judiciário afronta a Constituição, na medida em que ampara e concede algo não tutelado pelo Direito. cabe lembrar ainda que as demandas feitas ao Judiciário normalmente e em sua maioria, não giram em torno da garantia do mínimo vital, para a obtenção de tratamento como hipertensão, malária, desnutrição, pré-natal, enfim. Essas necessidades não estão sendo atendidas a contento, como é do conhecimento geral e deveriam, certamente, ser acudidas pelo Judiciário, mas a verdade é que a sociedade parece de consciência crítica acerca das necessidades gerais.

Difícil traçar um marco divisório entre o que é vital para a preservação da saúde e o que pode ser exigível judicialmente do Estado, por envolver um drama humano. Essa questão abarca uma escolha trágica, totalmente necessária, pois que delinea os limites do ativismo do Poder Judiciário, mas que exigem do operador do Direito a aplicação de critérios como a isonomia e a razoabilidade, no caso concreto.

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou ocupar-se da judicialização do direito à saúde buscando delimitar o âmbito de legitimidade do Poder Judiciário na apreciação e deferimento das demandas individuais, em busca da efetivação de tais direitos subjetivos, levando em conta aspectos de essencial importância como a discricionariedade do Poder Público na promoção das políticas públicas, o princípio da divisão de poderes, a teoria da reserva do possível, a eficácia jurídica do princípio da igualdade, os limites institucionais de cada Poder quando confrontados com a atividade do outro.

A ambição foi a de contribuir para a construção de uma linha de raciocínio na qual se considere como pilar fundamental na apreciação da questão em lume, sempre e sempre, o princípio da dignidade da pessoa humana, como viga mestra que é do ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao fornecimento e viabilização de condições básicas de saúde, categoria de essencial importância para a manutenção de uma vida digna

Nessa esteira, podemos compendiar algumas das principais idéias defendidas. Em primeira mão, impende concluir que a Constituição como norma fundamental do ordenamento é suprema, organizando o exercício do poder político e definindo os direitos fundamentais de um povo. Suas disposições explicitam os valores fundamentais da sociedade, através da inclusão de cláusulas orientadoras da atuação política na construção da realidade social que se pretende. As normas jurídicas determinam a produção de efeitos no mundo fático.

Em especial, se tratando dos direitos fundamentais sociais, estes possuem eficácia jurídica imediata. Caso seus efeitos não sejam produzidos, por ação ou omissão do Poder Público, na sua atividade principal de buscar a finalidade pública, é legítimo aos seus destinatários, em determinada dose, que exijam coativamente, junto ao poder Judiciário, sua efetivação.

Embora os direitos fundamentais sociais sejam constitucionais, impende lembrar do seu caráter programático e sua carga de indeterminação e abstração que demanda certa dose de ponderação e proporcionalidade quando da sua interpretação. Seus efeitos são indeterminados, a partir de um núcleo básico, de forma que necessário se faz limitar o alcance da eficácia jurídica positiva que pode ser por eles alcançado, ou seja, qual o conjunto de prestações de saúde que pode ser exigido do Poder Público, sem que o Judiciário adentre a esfera de discricionariedade pública e fira o princípio da separação de poderes, num ativismo imprudente, alheio às conseqüências trágicas que, com isso, possam ser impingidas à Administração Pública, e, indiretamente, à coletividade.

Evidente que a expectativa em torno do Estado Social é grande, mas, em contrapartida, não seria adequado que coubesse apenas ao Judiciário o exercício de efetivar os comandos constitucionais, numa tentativa desesperada de sustentar a ordem vigente, fornecendo todas as prestações demandadas, sem o mínimo de limitações e responsabilidades. Nesse caminho, a tendência seria o agravamento das desigualdades,

haja vista a falta de amplitude do acesso ao Judiciário, numa realidade social onde a carência se encontra na precariedade/ inexistência de viabilização do básico e essencial à população, que beirando a ignorância e desamparo, não têm condições de bater à porta do Judiciário.

Numa atividade interpretativa lógica de tudo quanto exposto conclui-se que, longe de se pretender nivelar todas as demandas, haja vista que em termos de saúde nos deparamos com situações dramáticas, em que pese a necessidade de uma análise mais profunda no caso concreto, a atividade jurisdicional, em sua esmagadora maioria, deve pautar-se por ater-se a amparar e tutelar o mínimo vital. Dentro do que rege a Constituição, o conteúdo do mínimo vital deve ser fornecido a todos os membros da sociedade e, conforme explanado do decorrer do presente trabalho, não seria isonômico que um grupo reduzido que se socorre do Judiciário fosse beneficiado com promoções extras às custas de toda a sociedade que, em grande parcela, vive abaixo da linha da dignidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**, Disponível em http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 20 out. 2011. 15:16.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant São Paulo, Mandarim, 2000. Disponível em** <<http://pt.scribd.com/doc/6837620/BOBBIO-Norberto-Direito-e-estado-no-pensamento-de-Emanuel-Kant>> Acesso em 02 nov. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição Constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil.** Disponível em <www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851> Acesso em 18 out. 2011, 22:12.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo.** IN: “Brançosos” e a interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. .p. 101-129.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade.** São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Ed. Atlas, 1991.

DUARTE, Sara Meinberg Schmidt de Andrade. 2000. Disponível em <<http://www.almg.gov.br/bancoconhecimento/monografias/monografia2.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2011, 02:10.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário,** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional,** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

____ **Grandes Temas de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2010.

____ **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade,** 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo. **Legitimidade e Discricionariedade:** Novas Reflexões sobre os limites e controle da Discricionariedade, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social.** Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html>> Acesso em: 07 nov. 2011, 22:00.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 4ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p.58, 59, 434.