



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

Têmis Limberger* e Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)**

A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional***

RESUMO

O direito à saúde é tema dos mais relevantes do cenário jurídico brasileiro com suas especificidades próprias, por isso é importante fixar os limites e critérios de atuação judicial. O tema se imbrica com a definição das funções de cada um dos Poderes. Permeia o tema das políticas públicas, cuja estatuição e execução compete aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. Para aclarar a discussão, o Supremo Tribunal Federal promoveu a Audiência Pública nº 4, denominada audiência da saúde. Na ocasião, foram ouvidos diversos setores da sociedade envolvidos com a questão da saúde. Foi um amplo debate democrático com diversos segmentos jurídicos e da área da saúde. Após, foram delineados alguns critérios para atuação judicial. O trabalho se propõe a refletir sobre esses e apontar a importância das ações coletivas que promovem discussões amplas sobre a matéria, principalmente quando se trata da inclusão ou exclusão de algum medicamento ou tratamento da lista oficial.

Palavras-chave: direito à saúde, sistemas de saúde, poderes do Estado, políticas públicas, garantias constitucionais, direito subjetivo, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Das Recht auf Gesundheit und seine Besonderheiten gehören zu den relevantesten Themen in der brasilianischen Rechtsdiskussion, weshalb eine Festlegung der Grenzen und Kriterien für die Tätigkeit der Justiz

* Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona. Mestre em Direito pela UFRGS, Bacharel em Direito pela UFRGS, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, promotora de justiça /RS.

** Doutora em Direito pela UNISINOS. Mestre em Integração Latino-Americana. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Direito da UNISINOS. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Advogada.

***Este artigo foi produzido no âmbito de dois projetos de pesquisa. O primeiro, coordenado pela primeira autora, intitulado “Entre o neoliberalismo e a democratização: Os relatórios do Banco Mundial e os (im)pactos para a reforma do Poder Judiciário brasileiro confrontados ao imperativo da desfuncionalidade estrutural”, sob os auspícios do CNPq. O segundo, coordenado pela segunda autora, denominado “Administração Pública e implementação de políticas públicas como forma de concretização dos direitos sociais: possibilidades e limites do controle judicial.

notwendig ist. Das Thema ist mit der Definition der Funktionen der einzelnen Gewalten verbunden, es ist Bestandteil der staatlichen Politik, deren Regelung und Ausführung Angelegenheit der Legislative bzw. der Exekutive ist. Zur Klärung der Diskussion hat das Oberste Bundesgericht zur 4. Öffentlichen Anhörung (auch als Gesundheitsanhörung bezeichnet) eingeladen. Bei dieser Gelegenheit kamen unterschiedliche, mit der Gesundheitsthematik befasste gesellschaftliche Gruppen zu Wort. Das Ergebnis war eine umfassende demokratische Debatte zu verschiedenen juristischen und gesundheitsspezifischen Themengebieten, die in die Festlegung von Kriterien für die Tätigkeit der Justiz mündete. Absicht der vorliegenden Arbeit ist es, auf diese Kriterien einzugehen und die Bedeutung von kollektiven Aktionen zu unterstreichen, die einer umfassenden Diskussion des Themas dienen, vor allem wenn es um die Aufnahme oder Nicht-Aufnahme bestimmter Medikamente oder Behandlungen in die offizielle Liste geht.

Schlagwörter: Anspruch auf Gesundheit, Gesundheitssysteme, Staatsgewalten, öffentliche Politiken, Verfassungsgarantien, subjektives Recht, Brasilien.

ABSTRACT

The right to health, one of the most prominent topics of the Brazilian legal scene, has its own specific characteristics which require the establishment of limits and criteria for judicial activity. The subject is interwoven with the definition of functions for each of the branches of government. It permeates the area of public policies, which must be established and carried out by the legislative and executive branches, respectively. To encourage discussion, the Supreme Federal Court convened Public Hearing No 4, known as the hearing on health. Subsequently, guidelines for judicial activity were outlined. This study contains some thoughts on those guidelines and underlines the importance of collective actions to promote extensive discussions on the subject, mainly with respect to the inclusion or exclusion of any medication or treatment from the official list.

Keywords: right to health, health systems, powers of the State, public policies, constitutional guarantees, subjective rights, Brazil.

1. Introdução

O direito social à saúde é tema que adquiriu amplo debate acadêmico, devido ao grande número de ações na esfera judicial, em prol da efetividade. A acessibilidade ao Sistema Único de Saúde - SUS - é de grande vulto, o que dificulta e torna mais complexa a resolução do conflito. Cerca de 180 milhões de brasileiros são potenciais usuários do sistema. Destes, 2/3 dependem exclusivamente do SUS, quais sejam 118 milhões de pessoas. Estas vultosas cifras estatísticas evidenciam a necessidade de critérios claros para atendimento das demandas existentes e a incorporação de novas tecnologias na área médica, que pautarão novas demandas.

Em nosso país, por uma distorção, a implementação das políticas públicas saiu da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrou para o Poder Judiciário. O número de demandas foi tal que fez com que o Supremo Tribunal Federal - STF - realizasse uma audiência pública. É a judicialização da política, que por um lado prestigia o

Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias. O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas, devido à excessiva litigiosidade. A sociedade brasileira por um lado e os poderes públicos por outro, são pouco afetos ao cumprimento espontâneo do direito e por vezes apostam no descumprimento, pois poucas pessoas reclamam.

O Congresso Nacional, que deveria promover a regulamentação no tocante aos percentuais de investimento da União, Estados e Municípios, até agora não o fez. Existe somente o PL 306/2008, decorrente da propositura de regulamentação dos §§ 2º e 3º do art. 198, trazidos pela EC nº 29/2000. Ou seja, passaram-se 9 anos e não houve a elaboração da legislação de que o país tanto necessita. O Executivo, que deveria investir percentuais, por vezes, não os aplica de forma séria. Como resultado do não funcionamento as demandas acabam no Poder Judiciário que, na maioria das vezes, oferece uma solução individualizada para os casos, em detrimento da construção de uma solução coletiva, reforçando o aspecto do individual. Compreensível, em muitos casos, devido à situação aflitiva no qual se vê o juiz diante da enfermidade de uma pessoa, sem vislumbrar o sistema como um todo. Tudo isto serve para agravar o problema, quando é concedido determinado medicamento sem atenção ao contexto global, reforçando ainda mais o caos no sistema.

Neste cenário, pergunta-se: a estrutura do SUS, criada pela Constituição Federal, consegue implementar o direito à saúde? A solução foi pretensiosa, no sentido de criar uma macro estrutura envolvendo os três entes da federação, tendo todos os brasileiros como possíveis demandantes.

Este texto está estruturado em duas partes. Primeiramente, analisa-se o contexto dos marcos normativos primários que asseguram o direito fundamental à saúde e as derivas para sua efetivação, tendo em vista, de um lado, a ausência de políticas públicas eficientes e, de outro, a existência de efetivação “atomizada” porque restrita às demandas individuais levadas ao Poder Judiciário brasileiro (parte 1). A segunda parte, estreitamente relacionada à anterior, na medida em que reconhece a importância da atuação do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, propõe a necessária superação do perfil individualista de processo para que se dê a adoção de ações coletivas (parte 2).

1. A previsão constitucional do Direito à saúde: Efetivação e equilíbrio entre os poderes

Embora o modo de proteção social tenha sido inserido no Brasil a partir da década de 30 do século passado, a constitucionalização dos direitos sociais como direitos fundamentais é uma novidade da Constituição Federal de 1988 e encontra correspondência nos princípios do Estado Democrático de Direito que, refinado, expressa uma nova fase do constitucionalismo: o neoconstitucionalismo. Nessa nova forma de expressão do Estado contemporâneo, dizem os defensores do neoconstitucionalismo que ele

busca explicar a rematerialização¹ das Constituições com base na (re)incorporação de conteúdos substantivos de caráter moral, com o fim de limitar a atuação das instituições públicas e privadas.

Assim, fundamentalmente, tal visão anda de par com a própria ideia de Estado Constitucional surgido no Pós Segunda Guerra Mundial. No Brasil, como de resto em muitos outros países da América Latina, o neoconstitucionalismo estabeleceu as bases para o desenvolvimento do Estado de bem-estar social a partir da sofisticação dos conteúdos das políticas públicas, da prestação dos serviços e da universalização dos direitos sociais.

Em países periféricos do sistema capitalista mundial, como o Brasil, as reivindicações pela proteção e efetividade do direito humano à saúde são exasperadas. Uma visão complexa do “estado da questão” da saúde pública de uma dada sociedade irá concluir que ele depende, em muito, da efetivação de outros direitos sociais e da redução das desigualdades sociais.² Por isso, impõe-se uma profunda responsabilidade prestacional aos poderes constituídos. Nesse sentido, no campo específico da efetivação do direito à saúde no Brasil a responsabilidade recai sobre os três âmbitos do poder executivo no Brasil, ou seja, federal, estadual e municipal (1.1). Para que a efetivação do direito à saúde ocorra em âmbito global/coletivo, faz-se necessário ter em conta a real natureza de política pública (1.2). A ausência de políticas públicas efetivas tem redirecionado os reclamos por esse direito social ao Poder Judiciário, acarretando um desequilíbrio entre o exercício das competências na matéria pelos Poderes do Estado (1.3.)

1.1.A responsabilidade dos três entes da federação

O neoconstitucionalismo ressignificou os princípios da solidariedade e justiça social. Paulatinamente passou-se a edificar complexos públicos integrados com competências definidas para cada setor das políticas públicas.³ O campo da prestação da saúde, na década de 80, foi o primeiro a experimentar tal transformação com o SUS. Esse é um sistema composto de diversas partes que se relacionam entre si, com regras que visam conferir-lhe coerência. Não agir de acordo com estas regras inviabiliza todo o sistema. Estes dispositivos têm de ser interpretados de forma coerente com os objetivos funda-

¹ Sanchis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: Carbonell, M.; Jaramillo, L.G. *El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010, p. 280.

² O Relatório do PNUD para a América Latina e o Caribe apresenta um novo cálculo para o IDH. Trata-se do Índice de Desenvolvimento Humano ajustado à Desigualdade, que “penaliza” as disparidades de rendimentos, escolaridade e saúde. Na América Latina e no Caribe, o IDH adaptado também cai 19% em relação ao tradicional (que leva em conta as médias). A queda é maior na Nicarágua (-47,3%) e na Bolívia (-41,9%), e menos intensa no Uruguai (-3,9%) e na Argentina (-5,9%). O estudo afirma que a desigualdade na região é a maior do mundo e é persistente, mas ainda pode ser reduzida. Disponível em: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/. Acesso em: 15 de agosto de 2010.

³ Pochmann. Assegurar o bem-estar coletivo. *Le monde diplomatique*. Ano 3. Número 28. Nov/2009, p. 5.

mentais constantes no art. 3º da CF, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais; a responsabilização dos três entes da federação com os investimentos que lhes são correspondentes, bem como o fornecimento dos medicamentos dentro de suas atribuições (aos municípios, a farmácia básica; aos Estados, os medicamentos excepcionais; e à União, os medicamentos estratégicos). Assim, é importante a busca de soluções para que o sistema se aperfeiçoe e não se estratifiquem problemas já existentes.

Na Constituição brasileira, o direito à saúde (art. 6º, CF) é reconhecido como direito social e um dever do Estado (art. 196, CF), com o que a Constituição institui obrigações para todos os entes federados. Constitui-se em competência comum (art. 23, II, CF) à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, competência concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, competindo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Municípios as suplementares (art. 24, §§ 1º e 2º, c/c art. 30, II, CF) e cooperação técnica e financeira com o auxílio da União e dos Estados (art. 30, VII, CF). Nenhum dos entes federativos está isento de atribuições; isto apresenta dupla crítica, no sentido de que a todos incumbem tarefas, mas por outro lado, quando a responsabilidade é tão partilhada entre todos, fica mais difícil cobrar a atribuição de cada um.

O Sistema Único de Saúde (SUS) se propõe ser uma estrutura descentralizada, com direção única em cada esfera do governo, oferecer atendimento integral e contar com a participação da comunidade (art. 198, CF). Em atenção aos preceitos constitucionais foram elaboradas as Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90, conhecidas como Lei Orgânica da Saúde - LOS, que são leis nacionais, com o caráter de norma geral, onde se contêm as diretrizes e os limites que devem ser respeitados pela União, pelos Estados e pelos Municípios ao elaborarem suas próprias normas para garantir o direito à saúde da população brasileira.

Deste modo, a LOS colabora na definição do direito à saúde, estrutura o SUS tornando claros seus objetivos e suas atribuições, as diretrizes que devem orientar sua organização, direção e gestão, a forma como estão distribuídas as tarefas entre as três esferas de poder e a forma de participação da comunidade na gestão do sistema em cada uma dessas esferas, além de organizar o seu financiamento, tratando expressamente dos recursos, da gestão financeira, do processo de planejamento e do orçamento, inclusive das transferências intergovernamentais de recursos financeiros.

A questão dos medicamentos, de responsabilidade do SUS, encontra previsão legal na Lei Federal nº 8.080/90, art. 6º, VI, sendo um dos pontos de difícil operacionalização quando se trata da política de Estado para a saúde pública. Desde 1975⁴ a Organização Mundial da Saúde – OMS – aponta para a necessidade de os Estados formularem uma política que permita o acesso aos medicamentos e favoreça o seu uso racional por todas as pessoas, pois se verificou que o mercado mundial era composto por aproximadamente 70% de substâncias não essenciais, desnecessárias e até perigo-

⁴ Resolução WHA 28.66, da 28ª Assembleia Nacional da Saúde.

sas, e que 1/3 da população não tem acesso a medicamentos essenciais⁵. Para a OMS, a formulação de uma política de medicamentos implica a definição de um conjunto de diretrizes com a finalidade de assegurar para toda a população uma utilização racional dos medicamentos. Isto significa diversos momentos, que vão desde a produção até a prescrição dos remédios⁶.

No Brasil, foi editada a Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916/98⁷ contendo a Política Nacional dos Medicamentos, baseada nas recomendações da OMS, que visa fornecer os medicamentos necessários à população mais desprovida de recursos econômicos. Importante passo para a acessibilidade foi dado por meio dos medicamentos genéricos, disciplinados pela Lei nº 9.787/99. A partir de então, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – tem estabelecido por meio de resoluções como deve ser feito o registro, a fabricação, o controle de qualidade e a prescrição dos medicamentos genéricos.

A CF/88 mudou a estrutura até então existente – de forma que o Estado deixou de atender somente os contribuintes do antigo sistema previdenciário (INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social) ou seja: o trabalhador formal – e a compreensão de saúde pública (promoção de saúde e prevenção de doenças, como ações de vacinação, campanhas de eliminação de causadores de doenças, etc.). Com a edição do art. 196 da CF, foram atribuídas à saúde as características de universalidade, integralidade e isonomia, estabelecendo-se a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Como enfrentar a questão dos medicamentos não previstos na lista do SUS? Deve ser entendida no contexto de integralidade, que é explicitado pelo art.7º da Lei nº 8.080/90, que conceitua assistência como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. Integralidade diz respeito a todo o tipo de ação: a preventiva, que a CF diz que tem de ser aquela a que se dedique prioridade; a ação corretiva; a vigilância sanitária e epidemiológica. Integralidade não significa totalidade. “A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável”⁸. Nenhum país do mundo, por mais rico que seja, tem condições de suportar qualquer tratamento médico ou fornecimento de medicamento, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas. A totalidade das possibilidades é impagável, seu custo extrapola qualquer parâmetro do razoável, mesmo nos países mais ricos.

⁵ SOBRAVIME. *O que é o uso racional de medicamentos*. São Paulo: SOBRAVIME, 2001, p.13.

⁶ Organização Mundial da Saúde. *Pautas para estabelecer políticas farmacêuticas nacionais*. Genebra: OMS, 1988.

⁷ Publicada no DOU nº 215-E, Seção I, de 10/11/98, p. 18-22.

⁸ Aaron; Schwartz. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981, p. 81 *apud* Amaral. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136.

1.2. Conceito de política pública, desde o prisma jurídico, com ênfase no direito à saúde e a banalização do direito à vida

O conceito de política pública é um conceito que partiu da Ciência Política e da Administração Pública, mas que hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Assim, a definição apresentada na ciência política é a dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão⁹. A questão da política pública apresenta um núcleo com intersecção na organização do sistema internacional, de organização na sociedade e do Estado. Não se apresenta como algo isolado, mas que deve dialogar tendo em conta os três vértices: internacional, estatal e social.

Assim, já se percebe por que o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica nos últimos tempos. Do Estado Liberal com sua feição de abstenção¹⁰, chega-se ao Estado Social, com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo¹¹, que tem sua marca na Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimer de 1919, e no Brasil na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular no sentido de constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, onde a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Deste modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico. A política pública visa à implementação, pelo poder executivo, de um comando constitucional. Atinente ao direito à saúde, constata-se que, com o constitucionalismo social inaugurado no Brasil em 1934, o direito à saúde aparece por primeira vez em sede constitucional. Os textos seguintes limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica sanitária.

No caso da saúde, o alerta que se instaura é no sentido de que o foro para a estatuição das políticas públicas deve ser deslocado para o legislativo e o da sua implementação para o executivo. Na omissão ou implementação de novas políticas, o judiciário pode cumprir um papel importante com o processamento de ações coletivas. O direito à saúde, sendo um direito fundamental social, insere-se naquele grupo de inovações democráticas que reivindica, para sua efetivação, quando houver falha dos poderes genuinamente responsáveis, como o legislativo e o executivo, no Brasil, uma intervenção judiciária sob outras bases processuais e procedimentais. Para lembrar Owen Fiss,

⁹ Howlett; Ramesh. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995, p.5. Tradução do original *Studying Public Policy: Policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

¹⁰ A propósito a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

¹¹ Sigmann. 1848: *Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. 3ª ed., Madri: Siglo veintiuno editorial, 1985.

trata-se em verdade da necessidade de uma “reforma estrutural”¹² na prestação das políticas públicas, e para isso o processo judicial, de cariz liberal/individualista, não é capaz de dar respostas em termos de efetivação da saúde pública que, ao fim e ao cabo, se insere no âmbito dos “valores públicos” que cabe ao Judiciário concretizar. As ações individuais, antes de se constituírem em solução para os problemas de saúde pública, devem servir como instrumento de pressão, sob pena de se constituírem casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração.

Um delineamento a respeito do tema das políticas públicas é trazido por Ana Paula Bucci, como programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam organizações, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico¹³.

As políticas públicas relativas à saúde com repercussão no tratamento médico a pacientes, procedimentos clínicos e medicamentos que não são fornecidos, conduzem à reflexão a respeito da blindagem que vamos fazendo, a ponto de tratarmos a dor de um ser humano como um número a mais de paciente que não foi atendido, parafraseando Hannah Arendt: a “banalidade do mal”¹⁴, ao qual poderíamos dizer a banalidade com relação ao sofrimento alheio. Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento jurídico, mas não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade.

Estima-se que pelo menos 2/3¹⁵ das ações sobre medicamentos se referem a fármacos de uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc.. Deste modo, na maioria das ações o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Então, fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito à vida, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo. É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira “via crucis”, fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também

¹² Fiss. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 27.

¹³ Bucci. O conceito de política pública em direito, p. 31, In: Bucci, M.P.D. (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴ Arendt. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p. 274.

¹⁵ Mascarenhas. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudilanciaPublicaSaude>>. Acesso em: 8 de julho de 2009.

é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade enfrentar todos estes percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo penoso.

1.3. A tensão entre as funções dos poderes e o redirecionamento do direito à saúde

Por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou a omissão na sua realização, e isto envolve posições distintas na prestação jurisdicional. A problemática do direito à saúde expõe a necessidade de definir as funções dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Estas questões imbricam o direito social à saúde com o custo econômico para sua realização. Impõem uma leitura da CF, na sua maioria de uma forma mais adulta por parte de seus intérpretes. Logo após a publicação da CF/88, os artigos 5º e 6º eram interpretados de uma mesma maneira, sem atentar para o contexto distinto dos direitos sociais que impõem uma leitura correlata com o orçamento e o percentual de investimento de cada um dos entes da federação.

Os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito público subjetivo¹⁶ para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas? Estas são posições extremas e busca-se a construção de uma solução mais equilibrada, que contemple as diversidades e o pluralismo existentes em nossa sociedade, o que já foi apregoado por Aristóteles: “in medio virtus”¹⁷. Na maioria das vezes, existe a política pública, mas não está sendo cumprida a contento. A omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas.

O conceito de direito público subjetivo foi cunhado por Jellinek¹⁸ no princípio do século XX, quando a doutrina liberal e o individualismo eram dominantes, por isso, quando se trata de direitos sociais, cabe um repensar, pois sua teoria não estava voltada para estes. Apesar de prever o *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem o direito de exigir prestação concreta do Estado, seus escritos são anteriores ao

¹⁶ Sarlet. O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudenciaPublicaSaude>>. Acesso em: 8 de julho de 2009.

¹⁷ Aristóteles. *Ética Nicomáquea*, 1ª ed, 4ª reimp., Madrid: Ed. Gredos, 1998, p. 160/80. “En la E.N. aparece el término *mesótes* junto a *symmetra* en el libro II. Así pues, la moderación y la virilidad se destruyen por el exceso y por el defecto, pero se conservan por el término medio (*mesótes*)”.

¹⁸ Jellinek. *System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905*. Tübingen, 1919, p. 86 e segs.

Assim, denominam-se: a) *status* negativo, *status libertatis*, em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem de intervenção do Estado; b) *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem direito a exigir prestações concretas do Estado; c) *status* ativo, *status activo civitatis*, onde o indivíduo é detentor do poder político e, como tal, tem direito a participar no exercício do poder.

constitucionalismo social que começa em 1917 com a Constituição Mexicana e que é seguido, dois anos mais tarde, em 1919 pela Constituição de Weimer.

O desafio é conciliar a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e tornar a judicialização sensível a ambas¹⁹. Na suspensão de liminar nº 228-7, o STF afirmou essa dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

O direito à saúde é um direito de cada pessoa, visto que diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade humana. ²⁰Trata-se, pois, na especial análise de Ingo Sarlet,²¹ da eficácia ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O direito à saúde, enquanto direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas e, aqui, esse mesmo direito assume a eficácia ou dimensão objetiva que transcende a subjetiva. Portanto, não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. O Min. Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF²², estabeleceu o seguinte: “considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa. Em outras palavras, com relação à reserva do possível, o ônus da prova da falta do recurso é do poder público e o ônus da necessidade do pedido é do particular²³. Deve-se cuidar para não cair no descrédito jurídico. Krell²⁴ adverte para o risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a “frustração constitucional” (*verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como um todo²⁵. Assim, interpretações desvinculadas da realidade causam o descrédito e acabam se tornando dispositivos destituídos de efetividade.

Uma fina percepção do estado da questão da judicialização da política em matéria de efetivação do direito à saúde permite compreender o quanto novas metodologias

¹⁹ Sarlet. O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8 de julho de 2009.

²⁰ Sarlet et al. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88, p. 152.

²¹ *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 155. Jânia, a obra de Ingo Sarlet acima é também ‘a eficácia dos direitos fundamentais’? Qual a edição e ano da que foi utilizada? Colocar também nas referências do fim.

²² DJU 4/5/2004.

²³ Sarlet. O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 27 de abril de 2009.

²⁴ Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 46.

²⁵ Saraiva. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. 1983, p. 63 e segs.

– como as que advêm da audiência pública – e novos institutos processuais – como o processo coletivo – podem aproximar a jurisdição do ideal de concretização democrática desse direito fundamental. É o que segue.

PARTE 2: A judicialização do direito à saúde: novas metodologias e institutos processuais para o Poder Judiciário

A crítica à judicialização da política praticada pelo Poder Judiciário existe no marco das competências atribuídas pela Constituição aos poderes do Estado. Não se trata de buscar a absolutização das searas de competência, mas de demarcar certo equilíbrio das ações de cada poder. Não seria mesmo possível pretensão diversa, por ser problemática, na atualidade, a própria expressão “separação de poderes” a dizer, de certo modo, da corruptela de que foi vítima a teoria montesquiana, no sentido de que haveria uma radical separação entre os poderes. O certo é que a rigidez da separação advinda do modelo liberal de Estado não tem pertinência no Estado Democrático de Direito.²⁶ Trata-se da necessidade de adaptação da referida separação dos poderes aos novos tempos para a realização não só dos direitos subjetivos, mas também dos coletivos pertencentes a toda a comunidade, a reivindicar um novo modelo de judiciário. Então mais aproximada à integração e coordenação entre os poderes do que à separação absoluta, como referiu Paulo Bonavides.²⁷ A audiência pública da saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal expressou momento, não só magno como ainda raro, de diálogo da Corte Suprema com segmentos da sociedade (2.1). Momento de diálogo e também de estabelecimento de critérios a serem seguidos pelos próprios juízes (2.2). Quiçá se possa pensar que as ações de feição coletiva possam consistir no motor de equilíbrio entre a judicialização da política por parte dos juízes e o estabelecimento de marcos regulatórios e efetivação das mesmas pelos outros poderes. (2.3)

2.1. A audiência pública da saúde e a importância do diálogo interdisciplinar com diversos setores da sociedade

As audiências públicas, marco democrático importante de aproximação do Poder Judiciário para com a sociedade, se constituem em exemplos de participação da sociedade na Corte Interamericana dos Direitos Humanos e na Corte Internacional de Justiça da Haia. A interpretação constitucional não se restringe aos juízes: as forças plurais da sociedade se fazem presentes. No dizer de Häberle: “O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto”²⁸. O Processo Constitucional foi estruturado classicamente como uma

²⁶ Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 554.

²⁷ Bonavides. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73-74.

²⁸ Häberle. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42. “O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado

discussão jurídica, onde não mais se pode perquirir a respeito da matéria fática. A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 9º, § 1º, inovou ao permitir a audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal, fazendo com que haja um diálogo dos aspectos fáticos com os preceitos jurídicos, permitindo uma apreciação conjunta de ambos, com complementariedade e não de forma dissociada, e rompendo, assim, com o perfil racionalista de processo que separou fato e direito.

A audiência pública nº 4, conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das outras vezes²⁹. Seu objeto é muito mais amplo, seu enfoque é interdisciplinar, extrapola a seara jurídica, necessitando de um debate com os profissionais da saúde e da sociedade, destinatária destas prestações. Os recursos públicos são escassos, a expectativa de vida dos brasileiros passou de 67 anos para 72,7³⁰, nos últimos anos. A indústria farmacêutica possui uma enormidade de medicamentos. Neste contexto, a eficácia do direito social à saúde é posta à prova.

Foram o estopim para a convocação da audiência dois casos³¹, que questionam a eficácia do art. 196 da CF e os §§ 2º e 3º do art. 198, da CF, que sofreram alterações pela EC

para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são participantes fundamentais no processo de ‘*trial and error*’, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade [...], as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.”

²⁹ As audiências anteriores foram realizadas com fundamento na Lei nº 9.868/99 (ADIn e ADC) e na Lei nº 9.882/99 (ADPF). Houve necessidade de que as audiências públicas se estendessem para outros processos e procedimentos, por isso a Emenda Regimental nº 29 revisou competências e deu nova redação ao art. 13, XVII, possibilitando a convocação de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. Até a presente data o STF, além da “audiência da saúde” realizou cinco audiências públicas relacionadas a processos de controle difuso ou concentrado da constitucionalidade, conhecidas como: audiência da “anencefalia”; da utilização de “embriões congelados”; dos “pneus remoldados importados” e das “ações afirmativas” na universidades públicas.

³⁰ A população brasileira ganhou 5,57 anos entre 1991 e 2007. Se considerarmos o decênio de 1997 a 2007, as mulheres aumentaram 3,3 anos a expectativa no período de 73,2 para 76,5 anos, enquanto que os homens tiveram avanço de 3,5 anos, de 65,5 para 69 anos. Com isso, a população idosa com idade superior a 70 anos, chegou a 8,9 milhões de pessoas, o equivalente a 4,7% da população total. A esperança de vida muda significativamente de acordo com a região onde ocorre o nascimento. A maior expectativa é no sul, onde a média é de 74,7 anos, sendo 71,4 anos para homens e 78,2 anos para mulheres. Outra mudança é com relação à taxa de mortalidade infantil: declinou de 45,19:1000, para 24,32:1000 em 2007, representando uma diminuição percentual acima de 46% em 16 anos.

Segundo técnicos do IBGE, o Brasil, como signatário da Cúpula do Milênio, tem como meta alcançar até 2015 uma taxa de mortalidade infantil próxima de 15:1000, e a projeção sinaliza uma taxa de 18,2: 1000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 27 de julho de 2009.

³¹ Primeiramente, a proposta de súmula vinculante nº 4, requerida pela Defensoria Pública Geral da União com o objetivo de tornar solidária a responsabilidade dos entes federativos, no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamento, visando afastar a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, “caput” e o § 2º, da CF (precatórios). Por segundo, o Recurso Extraordinário nº 566.471, onde foi reconhecida a repercussão geral que questiona se a situação individual pode,

nº 29/2000. O direito à saúde estabelecido no art. 196 da CF contém seis diretrizes: a) direito de todos, b) dever do Estado, c) garantido por políticas sociais e econômicas, d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, f) às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação].

Estas escolhas difíceis passaram a fazer parte do cotidiano de muitos juízes que, em processos de cognição sumária, têm de decidir se concedem ou não um medicamento, um leito hospitalar. Causas complexas e que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponha de todos estes elementos e de forma extremamente rápida. Esta resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas que trará consequências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.

É importante referir que a audiência pública, nova metodologia processual de uso ainda recente e, de certo modo, acanhado pelo STF, agregará mais legitimidade democrática à atuação deste Tribunal, na medida em que for possível identificar na fundamentação das suas razões de decidir correspondência com as manifestações dos representantes da sociedade na audiência pública. Afinal, a abertura que essa proporciona à participação de outros sujeitos que não os do processo tradicional e individualista, encontra justificativa no reconhecimento de que a decisão pode ser coletivamente construída. Seguramente, essa é uma exigência advinda de um novo conjunto de demandas, que veiculam pretensões associadas especialmente a direitos que escapam da conformação liberal-individualista por encerrarem interesses de toda comunidade e que reclamam, por isso mesmo, respostas constitucionalmente adequadas. O resultado da audiência pública nº 4 registra essa complexidade e alinha o STF às Cortes Regionais e Internacionais no afã de democratizar suas decisões e inverter a lógica da separação entre direito e fato, verdadeiramente incindíveis no processo de compreensão hermenêutica a que todo julgador está irremediavelmente jogado.

2.2. Os critérios judiciais formulados a partir da audiência pública

Depois de ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela Presidência do STF para redimensionar a judicialização do direito à saúde no Brasil, o Min. Gilmar Mendes³² destacou alguns pontos importantes. Deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econô-

devido ao alto custo, colocar em risco as prestações de saúde como um todo. Tratava-se de remédio de elevando dispêndio patrimonial para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente. Os demais casos, que se constituem em questões diversas e afletivas, envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim toda a casuística com a complexidade nesta área em que a vida da pessoa está em jogo. Veja-se, a propósito, a Suspensão de Tutela nº 223, suspensão de liminar nº 228/CE, a suspensão de tutela antecipada nº 198/PR e a suspensão de tutela nº 268/RS.

³² Mendes. Vide <www.stf.gov.br>. Os dados foram utilizados na análise de Suspensões de Tutela Antecipada (STA s) 175, 178 e 244, em 21/9/2009. Acesso em: 26 de outubro de 2009.

micas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Caso a prestação de saúde não esteja entre as políticas do SUS, é importante distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação. Há de se observar a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

Relativo ao tratamento, deve ser privilegiado aquele fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

Essa atitude do Supremo Tribunal Federal destaca o comprometimento da jurisdição com a guarda dos direitos fundamentais sociais após ter ouvido inúmeros representantes da sociedade em pleno exercício da oralidade. Essa cresce em importância no processo civil brasileiro em correspondência aos fins a que se destina. Neste caso, permitir que o julgador escute a sociedade, perceba sua posição, se importe com questões estruturais para somente depois decidir, ainda que a causa seja complexa, a dizer, ao contrário do que sugere Michele Taruffo,³³ que não combina apenas com “casos pequenos”. Entretanto, tal reflexão não afasta a tensão entre a busca social pela efetivação da Constituição e o ativismo judiciário, entendido esse último muito mais como expressão das opiniões pessoais ou do exacerbamento de competências do que propriamente resultado de uma atitude criadora adequada à Constituição. No caso específico das postulações judiciais por efetivação do direito à saúde, a questão crucial é superar-se o perfil individualista de processo, que alimenta a denominada microlitigação e favorece a atomização dos litígios, em favor da sua perspectiva coletiva, mais apta a enfrentar o referido direito na sua dimensão coletiva, então, molecularizada.

2.3. Crítica e proposição de outros critérios: a importância das ações coletivas

Além dos critérios propostos é importante construir outros como forma de agregar ao debate, que diz respeito às demandas a serem veiculadas para inclusão de um novo tratamento ou medicamento.

Primeiramente, a formulação de políticas públicas cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que estas opções se constituem em uma decorrência da democracia representativa e, por vezes, participativa. Nos casos de ineficiência ou omissão na

³³ Taruffo. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 254.

execução de políticas públicas, cabe a intervenção judicial. Aí se apresentam algumas situações. O judiciário está autorizado a intervir quando o poder público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art. 198, §2º, CF.

Pode-se então perguntar: quais as ações mais adequadas para conduzir à implementação das políticas públicas? Considerando-se as demandas de cunho individual e coletivo, estas últimas não suscitam dúvidas. A indagação diz respeito às ações individuais; prestam-se estas para estatuir políticas públicas? É sabido que o art. 5º, XXXV, CF consagra o acesso à justiça de forma ampla e irrestrita. Deste modo, não se pode impedir o acesso, mas a concessão de medicamentos não previstos como essenciais demanda uma atenção para a sua decisão. Canotilho,³⁴ embora cioso da importância da responsabilidade constitucional do Poder Judiciário, é reticente com relação ao ativismo expresso nas ações individuais em que, segundo ele, esse poder assumiria a *accountability* ao proferir sentenças de inequívoca conformação político-social. A reticência derivaria, segundo o autor, da ausência de legitimidade para a apreciação político-judicial das “desconformidades constitucionais” das políticas públicas, dando especial destaque às políticas de saúde.

O art. 196 da CF conjuga o direito à saúde a políticas sociais e econômicas, para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a autonomia dos cidadãos, independentemente do seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. “Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, (...)”³⁵. Por serem precedidas de amplo debate é que se faz esta presunção, que não é absoluta, mas pode ser relativizada considerando o fato de que não esteja atualizada ou que as circunstâncias do caso autorizem o sopesar de circunstâncias particulares.

Esta presunção é decorrência de um argumento democrático. Os recursos obtidos para o fornecimento dos medicamentos são obtidos pelos tributos suportados pela população. Desta forma, os representantes eleitos pelo processo democrático devem estabelecer quais são as prioridades na atual conjuntura. Pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento, porém é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país; não é possível pretender fazer tudo a qualquer custo. O argumento de que os recursos públicos são mal utilizados e, por vezes, desviados, não é cabível nesta discussão, embora seja necessária a devida responsabilização na órbita da improbidade administrativa. Como os recursos são limitados não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não testado suficientemente, em prol de uma lista estatuída a partir dos critérios legais e de implementação do executivo.

³⁴ Canotilho. O ativismo judiciário: Entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: Moura, Lenice Moreira (Org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

³⁵ Barroso. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 28.

Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2008.

O foro mais propício para discutir a inclusão ou exclusão de algum medicamento é por via das ações coletivas, com legitimados ativos representativos do grupo, categoria ou classe e que permitem um amplo debate a respeito das prioridades, que são estabelecidas tendo em conta as peculiaridades de cada país e implementadas pelo Ministério da Saúde. Por isso, importante a decisão proferida pela Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie na SS 3073/RN³⁶, em que considerou inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A Ministra enfatizou que o Estado do RN não estava se negando à prestação dos serviços à saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo as políticas de saúde ainda incipientes.

O caráter de importância nas ações individuais somente se vislumbra quando se tornam mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu nos casos dos portadores de vírus HIV³⁷, em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é uma referência. Nas primeiras demandas, a contestação do Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que se o demandante havia contraído a enfermidade era porque tinha dado causa a isso, numa atitude nitidamente preconceituosa.

Outra crítica que se pode formular à judicialização das políticas públicas³⁸, em ações individuais, atinente à área da saúde, é a quebra de igualdade; ou seja: aqueles que dispõem de condições de demandar, seja por advocacia privada ou defensoria pública, têm vantagem, em relação aos que não tem acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação ou de instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).

As ações coletivas permitem a discussão ampla do arrolamento de algum outro remédio ou tratamento na lista dos essenciais. Veja-se a questão atinente à mudança de sexo³⁹. Houve ajuizamento de ação civil pública pedindo a inclusão na tabela do SUS da transgenitalização, que foi julgada procedente. Tal redundou em alteração da posição administrativa, ocasionando a portaria do Ministério da Saúde de nº 1.707/2008, que incorpora a alteração de sexo como procedimento oferecido pela rede pública.

³⁶ STF, DJU 14/2/2007, SS 3073/ RN, Rel. Min. Ellen Gracie

³⁷ <[http://www.fiocruz.br/aids/20 anos/ linha do tempo.html](http://www.fiocruz.br/aids/20%20anos/linha%20do%20tempo.html)>. Acesso em: 1º de setembro de 2008.S

³⁸ Vianna (Org.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³⁹ O início foi uma ação civil pública proposta pelo MPF/ RS, que ocasionou a decisão de 2007 do TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) em que obrigava o SUS a fazer esse tipo de cirurgia. A decisão do TRF determinava que o governo federal tomasse todas as medidas que possibilitassem aos transexuais a realização da cirurgia de mudança de sexo pelo SUS.

“Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na tabela do SUS. Procedimentos médicos de transgenitalização. Princípio da proibição de discriminação por motivo de sexo. Discriminação de gênero. Direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade e à dignidade humana e direito à saúde. Força normativa da Constituição.” Rel. Roger Raupp Rios, Processo nº 2001.71.00.026279-9., D.E. 22/08/2007. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.phd>. Acesso em 6/9/2008.

Três ponderações para que a discussão se trave em âmbito coletivo são apresentadas por Barroso⁴⁰. Por primeiro, a discussão no âmbito coletivo exigirá a análise do contexto em que se situam as políticas públicas; por segundo, evita-se a questão da micro-justiça, ou seja, a preocupação do juiz com o deslinde daquela ação esquecendo-se da macro-justiça, atendimento com recursos limitados a demandas ilimitadas; por terceiro, a decisão proferida em decisão coletiva terá efeitos “*erga omnes*”, preservando a igualdade e a universalidade do atendimento à população.

Destaca-se, também a importância do diálogo entre poderes e instituições. Nas varas da fazenda pública que se ocupam da matéria foram colocados farmacêuticos com o objetivo de auxiliar tecnicamente o juiz na avaliação de existência ou não de determinado medicamento equivalente na lista do SUS, similar ao solicitado. O diálogo entre os poderes e instituições pode servir como importante canal para resolução dos conflitos e dota o processo de elementos democratizantes, uma vez que permite o acesso a outros atores agora não mais afins ao processo de natureza individualista, mas partícipes da sociedade, que contribuem em maior ou menor medida para a construção da decisão em demanda de conteúdo complexo porque interdisciplinar.

Atinente aos medicamentos em experimentação, que não têm a sua eficácia comprovada, não podem ser objeto da inclusão em lista pelo Poder Judiciário. Deve-se, ainda, optar pelo genérico de menor custo, quando houver esta possibilidade.

Nos casos de demanda individual, compreende-se a agonia do cidadão que requer o remédio, da família que passa por uma situação difícil e do magistrado que muitas vezes se encontra em uma decisão entre a vida e a morte, iminentemente, mas se trava um embate entre as deliberações públicas e privadas e situações de risco em curto e médio prazo. Por exemplo, às vezes se gasta mais na parte curativa do que na preventiva. Vejam-se os números investidos em saneamento básico e construção de redes potável, comparativamente aos investidos na saúde⁴¹. Os primeiros são muito tímidos, se comparados aos segundos. E a ausência de investimento em saneamento básico é um foco para disseminar doenças, posteriormente. Então, na premência do momento, descuida-se de uma perspectiva de futuro.

Deste modo, a concessão dos medicamentos não deve se pautar por uma abordagem individual dos problemas sociais, mas pela busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e benefícios desde o prisma das políticas públicas.

⁴⁰ Barroso. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 31.

Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2008.

⁴¹ No Estado do Rio de Janeiro foram gastos com os programas de assistência farmacêutica R\$ 240.621.568,00, enquanto que com o saneamento básico foram investidos R\$ 102.960.276,00. Comparando-se as duas quantias, o gasto com saneamento é menos da metade. Disponível em: http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2007.

3. Considerações finais

Na perspectiva de novos temas referentes à administração, o controle judicial das políticas públicas é o tema pautado neste terceiro milênio, que coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, e que, por sua vez, é fruto da mudança de paradigma: a busca de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, pretende-se contribuir ao debate, a fim de traçar os limites e possibilidades de atuação judicial no tocante às políticas públicas e construir um horizonte, com perspectiva favorável, para milhares de brasileiros que necessitam da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente a partir dos objetivos da administração, que foi substituído pelo interesse coletivo, aberto à participação popular. Voltando ao pensamento de Hannah Arendt, percebe-se que o direito à saúde está sendo construído por meio das políticas públicas de implementação de tratamentos e de medicamentos ditos essenciais, constituindo-se o Poder Judiciário num instrumento de realização dos direitos dos cidadãos, desde que se apliquem critérios adequados com os preceitos da Constituição, deixando-se o casuísmo e o subjetivismo, nesta seara. Outro importante aspecto a ser considerado é a atenção dos direitos sociais aos dispositivos orçamentários. Os últimos vinte anos de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram esta busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Deste modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para adequar-se às transformações e mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal, considerando, especialmente, o direito à saúde no Brasil. Somente assim poderemos acenar com a construção de um país com população mais saudável nas próximas gerações.

Como compatibilizar um sistema de saúde ideal inscrito na Constituição Federal com as questões econômicas? Sempre existirá um limite; o desafio é o melhor resultado ao menor custo possível. Tal embate também tem de conciliar os âmbitos individual e coletivo do direito à saúde. Não se pode abarcar tudo; então, o desafio é no sentido de adotar os procedimentos e medicamentos que não sejam experimentais e atendam à equação custo/utilidade. Para que isso não produza um engessamento da estrutura é necessário que os avanços tecnológicos venham acompanhados de critérios para sua incorporação ou para a ampliação de novos procedimentos e fármacos. O não atendimento destes balizadores gera distorções no sistema, propiciando distorções e desigualdade que comprometem todo o sistema. Deste modo, a dotação de assessoria técnica em centros de referência, por profissionais *ad hoc* e sem conflito de interesses, desvinculados da assistência e prescrição aos pacientes, representa um apoio multidisciplinar importante.

Passados 200 anos de histórica política brasileira e 20 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas pela sua efetividade, por uma leitura madura dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em particular, que otimize os

recursos orçamentários existentes. O que torna o direito à saúde de maior complexidade para sua efetividade é a sua dependência de outras políticas públicas. A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionada à educação e informação; ambas se situam na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação utilizado de uma maneira preventiva propicia o exercício do direito à saúde, e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária.

A via a ser construída aponta que os organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, objetivando a informação recíproca, com o propósito de melhorar a prestação do direito social à saúde mediante a racionalização de rotinas e procedimentos, conferindo-lhe maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometido no seu papel, trabalhando de maneira integrada. O STF, com a audiência nº 4, teve um papel importante por meio do diálogo interdisciplinar com a sociedade, abrindo-se democraticamente a ela. A partir deste debate importantes critérios serão formulados visando a concretização do direito fundamental à saúde. Nesse sentido, pende de construção legal e doutrinária uma adequada previsão dos processos coletivos, não obstante a existência de projetos de lei que nessa matéria tramitam no Congresso brasileiro, por um lado, e por outro a existência da prática das ações coletivas expressas, sobretudo por meio da ação civil pública e das ações coletivas ligadas ao direito do consumidor. Uma modificação cultural mais ampla, com a passagem do paradigma individualista para o coletivo, está inelutavelmente vinculada ao reconhecimento paulatino de que a efetivação do direito à saúde exige decisões jurisdicionais que tenham eficácia *erga omnes*, capazes de atingir grande parcela da população destinatária dos serviços de saúde. Finalmente, o exercício da oralidade que a audiência pública proporciona se afina à demanda por uma jurisdição mais próxima da sociedade e mais distante da burocratização e do puro tecnicismo.

Referências bibliográficas

- AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981, p. 81 *apud* AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARENDT, Hannah. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*, 1ª ed, 4ª reimp., Madri: Ed. Gredos, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Gomes. O ativismo judiciário: Entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: MOURA, Lenice Moreira (Org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positiva*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.
- GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Orçamento consolidado 2007. Disponível em: http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995, p.5. Tradução do original *Studying Public Policy: Policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905*. Tübingen, 1919.
- KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Pautas para estabelecer políticas farmacêuticas nacionais. Ginebra: OMS, 1988.

- POCHMANN, Márcio. Assegurar o bem-estar coletivo. *Le monde diplomatique*. Ano 3. Número 28. Nov/2009.
- RELATÓRIO do PNUD para a América Latina e o Caribe. Disponível em: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/.
- SANCHIS, Luis Prieto. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. 1983.
- SARLET, Ingo W. O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*.
- SIGMANN, Jean. 1848: *Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. 3ª ed., Madri: Siglo veintiuno editorial, 1985.
- SOBRAVIME. *O que é o uso racional de medicamentos*. São Paulo: SOBRAVIME, 2001.
- TARUFFO, Micheli. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.