

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANTONIO GOMES DE VASCONCELOS

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia
Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-111-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3.
Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I, do XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Belo Horizonte, nos dias 11 a 14 de novembro de 2015.

Fruto do labor de mais de duas dezenas de pesquisadores, os trabalhos refletem um pouco de uma das mais palpitantes e instigantes páginas recentes do jovem Constitucionalismo Brasileiro.

É certo que a Constituição Federal de 1988, que refundou a República Brasileira, destacou a cidadania e dignidade da pessoa humana como os fundamentos do novo estado que dela derivou (C.F., art. 1º, incisos II e III). Ao fazer opção dos valores humanos como o núcleo da nova república, o Constituinte escreveu uma das mais avançadas cartas, que meritoriamente ficou conhecida como A Constituição Cidadã.

Além de destacar a cidadania e a dignidade humana como fundamentos da República, alçou como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (C. F., art. 3º). Já nesse ponto, está projetado o embrião da segunda geração dos direitos humanos, que são previstos e garantidos ao longo de nossa Carta Republicana.

Em didática definição, André Ramos Tavares (Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837) sustenta que os direitos sociais são direitos de prestação ou direitos prestacionais, porque exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social, especialmente dos hipossuficientes. Assim, a concreção de tais direitos se vincula à existência de políticas públicas efetivas.

No momento atual da vida institucional de nosso país, vivemos o amadurecimento, a perplexidade e a angústia, diante da necessidade de cumprimento de muitos dos postulados

consagrados na nossa Constituição. Mesmo diante dos imensos avanços vivenciados nos últimos anos, o Brasil ainda é um país repleto de desigualdades sociais. Poucos compartilham a riqueza e muitos dividem o pouco que sobra. Lamentavelmente o gigantesco abismo que separa economicamente as classes sociais, também se repete em todas as outras áreas. A pátria não consegue garantir oportunidades para a maioria de seus filhos, na maioria das vezes, pela ausência ou deficiência de políticas públicas.

A letargia que assola o estado brasileiro na implementação de políticas públicas tipifica um comportamento juridicamente reprovável e implica em transgressão da própria Constituição Federal, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Mello). É exatamente por essa razão que surgiu um ativismo judicial exacerbado, que hoje vem impondo ao poder executivo o cumprimento de muitas garantias e a implementação de políticas públicas para garantia de direitos sociais garantidos na Constituição.

Considerando estas premissas sobre a efetivação dos direitos sociais, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática para os intensos debates após a apresentação dos trabalhos.

Um dos grupos abordou o direito à saúde, objeto de intenso debate acadêmico e de pesquisas que buscam enfrentar os limites e possibilidades da judicialização. Os resultados de pesquisas sobre políticas públicas específicas de saúde também foram apresentados.

Outro grupo abordou uma temática que tangencia várias pesquisas sobre direitos sociais: a proteção à mulher. As pesquisas abordaram desde a violência contra a mulher até as políticas públicas afirmativas.

A proteção ao meio-ambiente, o direito à moradia, a sustentabilidade e a urbanização foram objeto de pesquisas apresentadas, com frequência utilizando o estudo de caso.

Por fim, cumpre destacar uma última pertinência temática: a proteção social. O programa bolsa família e a inclusão de pessoas com deficiência foi objeto de intenso debate, encerrando as discussões do grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I e retomando a discussão apresentada no início desta introdução: a necessidade de inclusão de muitos cidadãos que ainda não tem acesso efetivo aos direitos sociais previstos no texto constitucional de 88.

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES

LITIGATING HEALTH RIGHTS: LIMITS AND POSSIBILITIES

Carlos Augusto Alcântara Machado
Gustavo Dantas Carvalho

Resumo

Este artigo pretende analisar as possibilidades e limites referentes à judicialização das políticas públicas de saúde, destacando o dever constitucional do Estado de prestar o direito à saúde aos seus cidadãos com absoluta prioridade. Pretende, também, afastar alguns obstáculos comumente utilizados para justificar a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir no tema de políticas públicas, tais como o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível. Por fim, também pretende-se analisar os limites deste dever do Estado, tendo em vista a razoabilidade da prestação pretendida. Foi utilizado neste artigo como fonte primária a revisão bibliográfica de autores que se debruçaram sobre o tema aqui exposto. Como fonte secundária, foi analisada a jurisprudência dos tribunais a respeito das questões aqui discutidas.

Palavras-chave: Direitos sociais, Políticas públicas, Saúde, Judicialização, Limites, Possibilidades

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to analyse the possibilities and limits of the litigation of policies related to public health, highlighting the constitutional obligation of the State to provide the right to health to all its citizens with absolute priority. It also intends to keep away some obstacles commonly used to justify the impossibility of the Judiciary to interfere in the issue of public policies, such as the principle of separation of powers and the principle of the reserve of possible. Finally, it intends to analyze the limits of the State's duty, in the perspective of the reasonableness of the intended provision. This study used as a primary source literature review of authors who studied the subject of this article. As a secondary source, it was analysed the jurisprudence of courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Public policies, Right to health, Litigation, Limits, Possibilities

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde, talvez o mais importante dos direitos sociais, está atualmente imergido em grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, uma vez que as políticas públicas, devido à escassez de recursos públicos destinados à área, são insuficientes para garantir a efetividade do direito insculpido no rol do art. 6º da Constituição Federal de 1988.

No entanto, como direito fundamental que é, o direito à saúde, especialmente diante do princípio da máxima efetividade, deve ser garantido a toda população que necessite do Estado uma determinada prestação, que pode ser desde uma simples consulta médica a uma complexa cirurgia.

Logo, faz-se necessário analisar os limites do dever do Estado, que não pode ser obrigado a fornecer, por exemplo, medicamentos sem eficácia comprovada ou cirurgias experimentais, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade.

Ademais, outras dúvidas também surgem quanto à operacionalização da saúde pública quando fornecida através de decisão judicial. Afinal, ao se condenar o Estado a internar um determinado cidadão em Unidade de Tratamento Intensivo, deve-se desinternar um outro paciente? Como fazer, portanto, para que a concessão do direito à saúde a uma pessoa não prejudique o mesmo direito de outra? Poderia a decisão judicial subverter a ordem da fila de espera do Sistema Único de Saúde - SUS?

Por fim, também devem ser analisadas as comuns objeções estatais para a judicialização da saúde, em especial a suposta violação à separação dos poderes e a aplicação ou não do princípio da reserva do possível.

2 SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL DE CARÁTER SOCIAL

Os direitos fundamentais, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, “ao menos de modo geral, podem (e assim efetivamente o são) ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.”¹

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 105.

Tal princípio, diante da sua importância, serve de fundamento da República Brasileira, nos termos do art. 1º da Carta de Outubro, o que significa que o Estado existe para atender as aspirações dos seus cidadãos, concretizando a dignidade que lhe são inerentes.

O pensamento jusnaturalista fortaleceu o desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana. Neste sentido, para Immanuel Kant, “o homem não é uma coisa, não é, por conseguinte, objeto para ser tratado unicamente como meio, senão que, pelo contrário, deve ser considerado sempre, em todos os seus atos, como fim em si.”²

Ora, a dignidade é uma qualidade intrínseca que todo ser humano possui, não se constituindo em um direito atribuído pelo ordenamento. A Constituição não atribui, especificamente, a dignidade às pessoas, mas a promove e protege por meio dos direitos fundamentais. Portanto, a dignidade da pessoa humana possui uma íntima relação com os direitos fundamentais, uma vez que existem para promover e proteger a dignidade. A dignidade, por sua vez, é o fundamento, o núcleo, de todos os direitos fundamentais.

Desta forma, uma das consequências jurídicas decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana é o dever de proteção e promoção de tal princípio por parte do Estado. Nesse contexto, a concretização dos direitos sociais se revela essencial para que se tenha uma proteção suficiente da dignidade da pessoa humana por parte do Poder Público.

Importante destacar a característica de fundamentalidade também presente nos direitos sociais. Apesar de o constituinte não ter assegurado expressamente que tais direitos constituem cláusulas pétreas, pois o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Fundamental, dispõe apenas que os “direitos e garantias individuais” constituem limitação material à reforma da Constituição pelo poder constituinte derivado, Paulo Gustavo Gonet Branco, ensina que, em tal dispositivo, “o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma ‘lacuna de formulação’, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais.”³

Assim, considerando-se, também, a disposição topográfica dos direitos sociais (Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais), impossível negar a fundamentalidade dos direitos

² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

sociais no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do pedido de suspensão de tutela antecipada n. 238, sustentou que os “direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais.”⁴

Dentre os direitos fundamentais sociais, destacam-se aqueles de caráter prestacional, que são verdadeiras ações concretas devidas pelo Estado aos indivíduos. É neste sentido a lição de Robert Alexy:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.⁵

No tocante ao direito em debate no presente artigo, cumpre destacar que o direito à saúde, como consectário do direito à vida, revela-se, inegavelmente, como um direito fundamental social de caráter prestacional.

Com isso, o direito à saúde fica sujeito ao princípio instrumental da máxima efetividade, nos termos do art. 5º, §1º, da Carta de Outubro, que diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ou seja, deve-se dar efetividade plena ao direito estatuído nos arts. 6º e 196 da Constituição.

Neste ponto, destaca-se a diferenciação entre os conceitos de eficácia (ou eficácia jurídica) e efetividade (ou eficácia social) levada a efeito na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) podemos definir eficácia jurídica como a possibilidade de (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de - na medida de sua aplicabilidade - gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 238*. Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/10/2008, publicado em DJe-204 DIVULG 28/10/2008 PUBLIC 29/10/2008 RDDP n. 70, 2009, p. 169-177.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente - ou não - desta aplicação.⁶

Em síntese, dar efetividade a uma norma é cumprir o seu comando. Assim, dar efetividade ao direito à saúde significa prestar, ou disponibilizar, os bens e serviços necessários para que o cidadão receba o tratamento adequado para a sua condição clínica.

No entanto, a questão que se coloca no presente artigo é: o que fazer quando o Poder Público não disponibiliza tais bens ou serviços para os seus cidadãos? Poderia o Poder Judiciário realizar o controle das políticas públicas de saúde? Havendo tal controle, quais seriam os seus limites?

3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Conforme lecionam Gustavo Amaral e Danielle Melo, “os recursos para cuidados da saúde têm que ser alocados em um sistema de saúde no contexto de escassez e incerteza.”⁷

Ainda sobre este tema, continuam os autores:

Recursos para saúde são alocados através de decisões profissionais e econômicas, mas os resultados gerados por esses mecanismos muitas vezes originam litígios. esses litígios são frequentemente resolvidos por instituições de direito e por meio do Judiciário, em particular.⁸

Diante da inércia do Poder Executivo em estabelecer ou cumprir as políticas públicas voltadas à saúde, os administrados, frequentemente, procuram o Poder Judiciário para que garanta a efetividade dos seus direitos sociais.

Se há um direito fundamental que não está sendo observado pelo Estado, havendo a provocação da jurisdição (em virtude do princípio da inércia da jurisdição), fica o Poder Judiciário incumbindo de fazer cumprir a Lei Fundamental, dando, assim, efetividade ao seu texto.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 240.

⁷ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?*. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 90.

⁸ Ibid.

Com efeito, caso o Poder Judiciário entenda que a parte autora tem direito à prestação que é requerida, e em se tratando (a prestação) de cumprimento de preceito constitucional, haveria, em verdade, uma violação direta à Constituição se não fosse deferido o pleito do requerente.

As normas estatuídas no art. 6º e no art. 196 da Carta Magna, em regra, devem ser observadas e cumpridas espontaneamente pelo Estado, cabendo ao Poder Judiciário apenas o controle de eventual desrespeito aos preceitos constitucionais. Entretanto, diante do descumprimento geral e irrestrito das imposições constitucionais pelo Poder Público, o controle deste comportamento inconstitucional por parte dos tribunais assume feições de controle das próprias políticas públicas, sempre com o intuito de garantir a efetividade das normas constitucionais.

Obviamente, a função precípua de criar e administrar políticas públicas é do Poder Executivo, diante da própria repartição dos poderes. Assim, surge a primeira objeção ao controle judicial das políticas públicas, objeto de estudo do próximo tópico.

3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como consequência direta do Estado de Direito, todos os poderes estão vinculados à Constituição, devendo estrita obediência aos seus preceitos. Cada poder possui funções típicas e atípicas, cabendo, tipicamente, ao Legislativo inovar a ordem jurídica, ao Executivo aplicar a lei (*lato sensu*) ao caso concreto e ao Judiciário resolver os conflitos, substituindo a vontade das partes e velando pelo fiel cumprimento das leis e da Constituição.

Neste sentido, a Administração Pública possui o dever constitucional de garantir e promover a efetividade dos direitos fundamentais. A forma de realizar tal mister é através de políticas públicas de caráter universal e de acesso igualitário, tendo estas o objetivo de oferecer à população os bens ou serviços garantidos pela Constituição.

Na esfera dos direitos sociais, cabe à administração pública implementar tais políticas públicas com a finalidade de concretizá-los, prevendo os meios necessários para que sejam alcançadas as finalidades do Estado. Caso o Poder Público se omita em sua obrigação constitucional, cabe ao Poder Judiciário fiscalizar tal omissão, emprestando efetividade aos direitos sociais. Caso contrário, estar-se-ia condicionando os direitos sociais à livre discricionariedade do Poder Público, contrariando, assim, a vontade do constituinte.

O Judiciário não possui conhecimento técnico ou informações aprofundadas acerca das finanças públicas, motivo pelo qual é defeso, a este ente, a criação de políticas públicas, atribuição típica do Poder Executivo, em conjunto com o Poder Legislativo.

Pode-se dizer que as políticas públicas são a forma adequada de se fazer macrojustiça, enquanto que as decisões judiciais, em regra, impõe apenas microjustiça, porquanto, cabe ao Poder Judiciário, conferir efeitos diretos exclusivamente em relação aos litigantes.

Neste sentido, o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, julgou da seguinte forma:

A formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça.⁹

Em complemento a esta ideia, a professora Ana Paula de Barcellos ensina que “preocupado com a solução dos casos concretos - o que se poderia denominar de *microjustiça* -, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macrojustiça*.”¹⁰

De forma intermediária, pode-se dizer que as ações coletivas favorecem a isonomia, vez que uma ação abrangeria um número muito maior de favorecidos, ajudando, inclusive, a “desafogar” o Poder Judiciário.

Entretanto, diante de uma omissão inconstitucional injustificada ou de uma ação diretamente inconstitucional, ferindo o direito social à saúde, o Poder Judiciário não pode se negar a sentenciar uma demanda individual em favor do indivíduo, até porque, caso não o faça, estaria convalidando uma inaceitável situação de inconstitucionalidade.

Ainda seguindo a ideia dos poderes típicos e atípicos, cabe ao Poder Judiciário o controle dos atos estatais, podendo substituir a vontade das partes, e também do Estado, em suas decisões. Portanto, compete a este poder controlar as políticas públicas, garantindo a

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 115.

plena obediência aos preceitos constitucionais, especialmente quando relacionados aos direitos fundamentais. Caso assim não fosse, restariam esvaziados de normatividade os direitos constitucionais e o próprio Estado de Direito.

Conforme leciona Ana Paula de Barcellos, as decisões veiculadas nas Constituições podem ser legitimamente criticadas e interpretadas, mas “certamente não podem ser ignoradas.”¹¹

A questão que se coloca é se o princípio da separação dos poderes, desenvolvido inicialmente como meio de se garantir os direitos fundamentais, pode servir de óbice à implementação dos direitos sociais, que também são direitos fundamentais.

Assim, poderia o Poder Judiciário efetivar, através de suas próprias decisões, os direitos fundamentais de caráter prestacional? Por um lado, em sentido contrário a esta possibilidade, argumenta-se que o princípio da separação dos poderes estaria sendo violado, uma vez que a decisão acerca da alocação de recursos compete ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, havendo, por consequência, violação também à democracia representativa, pois as decisões políticas estariam sendo tomadas por órgãos não eleitos pelo povo.

Por outro lado, há o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais e a própria supremacia da Constituição. Assim, resta caracterizado um conflito entre princípios constitucionais, que deve ser solucionado através da ponderação dos interesses públicos.

George Marmelstein, mencionando os ensinamentos de Alexy, sustenta:

Se os direitos fundamentais não puderem ser implementados perante os órgãos judiciários, eles correm o risco de ser transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigíveis na via judicial, surge a ameaça de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.¹²

Com efeito, uma vez que constituídos por agentes políticos eleitos pelo povo, cabe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo a definição das prioridades do governo, definindo os principais programas de atuação. Entretanto, os direitos fundamentais não podem ser preteridos nesta escolha, pois, como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, constituem um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

¹¹ Id., p. 110.

¹² MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 345.

Não se pode negar que não é função típica do Poder Judiciário a criação de políticas públicas. Entretanto, de modo excepcional, quando a atuação ou a omissão dos demais poderes confrontar a própria Constituição, ameaçando de inefetividade os direitos fundamentais, compete ao Judiciário garantir o acesso aos bens da vida elencados pela Lei Fundamental como direitos dos seus cidadãos, preponderando, portanto, a efetividade da Constituição sobre o princípio da separação dos poderes.

Assim, o Judiciário não pode substituir os demais poderes quanto à conveniência e oportunidade de suas decisões, não pode entrar no mérito da política pública. No entanto, tendo em vista que em algumas hipóteses a Carta Política já determina que sejam adotadas determinadas políticas públicas, tal como ocorre com o direito à saúde (art. 196), havendo violação arbitrária na incumbência constitucional por parte dos demais poderes, resta plenamente cabível a intervenção do Judiciário para garantir a efetividade da Lei Maior.¹³

Neste ponto, leciona Ingo Wolfgang Sarlet, *in verbis*:

Assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela máxima efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes.¹⁴

Assim, tendo em vista que é função constitucional do Poder Judiciário garantir o respeito aos preceitos do ordenamento jurídico, deve-se entender que há uma autorização constitucional implícita ao Poder Judiciário em invadir a esfera de competência típica dos demais poderes para garantir o respeito ao ordenamento jurídico, especialmente em se tratando de efetivação de normas constitucionais.

¹³ Neste sentido, conferir: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 837.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 355.

Apesar de o art. 2º da Carta Magna consubstanciar o princípio da separação dos poderes, não pode servir de escudo para a omissão do Poder Público em garantir a plena efetividade dos direitos fundamentais.

A discricionariedade dos Poderes Públicos quando da implementação de políticas públicas está limitada pelos dispositivos constitucionais, até porque a própria Lei Fundamental dispõe acerca das finalidades a serem perseguidas pelo Estado, retirando, assim, a liberdade irrestrita dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais não podem frustrar as promessas constitucionais.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário, no exercício de sua função de garantidor do respeito ao ordenamento jurídico, o controle da liberdade do Estado, sem que tal atitude represente indevida violação ao princípio da separação dos poderes.

Após esta breve análise, importante tecer comentários sobre a não oponibilidade do princípio da reserva do possível à efetivação do direito à saúde.

3.2 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Em razão do custo dos direitos sociais de caráter prestacional, como é o caso do direito à saúde, a efetivação de tais direitos depende de disponibilidade financeira. Por isso, parte da doutrina entende que tais direitos encontram-se condicionados à “reserva do possível”, que limita à disponibilidade orçamentária a concretização dos direitos sociais.

O princípio da reserva do possível tem origem na jurisprudência germânica, que, através do seu Tribunal Federal Constitucional, firmou o entendimento de que a prestação material pretendida pelo indivíduo não pode ser superior àquilo que o interessado poderá razoavelmente exigir da sociedade. Ou seja, ainda que haja recursos financeiros para a garantia do direito pretendido, a razoabilidade da pretensão limita o dever estatal.

Este princípio foi traduzido para o Brasil no sentido de que o Estado não pode ser obrigado a efetivar o direito pretendido pelo cidadão quando não possuir recursos destinados para este fim¹⁵.

Assim, enquanto na Alemanha - Estado em que, inegavelmente, já são disponibilizados direitos mínimos (mínimo existencial) aos cidadãos - o princípio foi

¹⁵ Neste sentido, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 284 e seguintes.

relacionado à proporcionalidade da prestação pretendida, no Brasil, a doutrina limitou o dever estatal também à escassez de recursos públicos. Acerca deste tema, cumpre destacar as palavras do Ministro Humberto Martins:

Ora, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado.¹⁶

De fato, transportar uma teoria criada por jurisprudência em um país altamente desenvolvido como é a Alemanha para um país em desenvolvimento, como é o Brasil, já não é algo juridicamente recomendável, justamente em razão das diferenças socioeconômicas apontadas acima. Agravando a situação, enquanto a teoria original se limitava à proporcionalidade da prestação pretendida, no Brasil acolheu-se a ideia de que, além de o pedido dever ser proporcional, o Estado deve possuir recursos para a efetivação do direito pretendido, criando, assim, um gravame à teoria original, dificultando, ainda mais, a efetividade dos direitos sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que a reserva do possível possui uma dimensão tríplice, abrangendo:

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1136549/RS*. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.¹⁷

Neste ponto, observa-se que apenas a efetiva indisponibilidade fática dos recursos necessários para a efetivação dos direitos sociais e a proporcionalidade da prestação pretendida podem servir de óbice, desde que devidamente justificados através de uma argumentação racional, à concretização dos direitos fundamentais. Por outro lado, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, envolvendo a distribuição de receitas do Estado, não pode servir como escusa ao descumprimento da Constituição, pois se trata de limite artificial incompatível com a vontade do Poder Constituinte.

Em síntese, é defeso ao administrador sustentar o princípio da reserva do possível para que possa se omitir em cumprir os seus deveres constitucionais, especialmente quanto à efetivação dos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que o princípio da reserva do possível seja “levado a sério”, cabendo ao “poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.”¹⁸

Paulo Gustavo Gonet Branco ensina que “a objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos.”¹⁹

Esta eficácia mínima acima referida é o que se denomina de mínimo existencial, que se configura em um núcleo mínimo de proteção aos direitos fundamentais. Sobre o tema, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 30.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 356.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Unterverbot*).²⁰

Assim, a escassez de recursos e a necessidade de se fazer escolhas alocativas não podem justificar a efetividade dos direitos fundamentais, ao menos em uma perspectiva mínima, sob pena de se incorrer em proteção insuficiente.

Como os direitos fundamentais estão diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana, a concretização mínima da dignidade representa o piso obrigacional do Estado perante seus cidadãos, não podendo este se negar a efetivar os direitos fundamentais (incluindo-se, aqui, os direitos sociais).

Na judicialização da saúde, a não prestação de um remédio ou procedimento que seja apto a salvar a vida de um indivíduo representa uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais, uma vez que, no que toca ao referido direito social, a proteção à dignidade da pessoa humana se dá justamente com o fornecimento daquilo que restabeleça a saúde do cidadão.

Em síntese, esta proteção mínima aos direitos fundamentais significa que o Estado deve atender prioritariamente os direitos que garantam a existência digna dos seus cidadãos. Somente após a concretização de um padrão mínimo de cada direito é que se poderá discutir, quanto aos recursos remanescentes, quais prestações o Estado pretende se obrigar.

Neste sentido, o Ministro Celso de Mello sustenta a “impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.”²¹

No entanto, impõe-se o estabelecimento de limites para o dever do Estado. Inicialmente, não se deve adotar a teoria brasileira do princípio da reserva do possível, uma vez que, conforme demonstrado, a ausência de recursos disponibilizados para a concretização de um direito constitucional não pode servir de escusa para o descumprimento dos direitos sociais.

²⁰ Ibid., p. 828.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 482611*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/03/2010, publicado em DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010.

Seguindo a lição de Ingo Wolfgang Sarlet já exposta no presente artigo, o princípio da reserva do possível apresenta três óbices: a efetiva indisponibilidade fática dos recursos financeiros, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e, na perspectiva do titular do direito, a proporcionalidade da prestação.

Quanto à indisponibilidade fática dos recursos financeiros necessários para o cumprimento da prestação material pretendida pelo cidadão pouco há o que se discutir, afinal, ninguém pode ser obrigado ao impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*). Assim, se a prestação pretendida pelo cidadão supera as capacidades financeiras (em termos absolutos) do ente federativo, não há como se exigir do Estado a prestação material.

Por outro lado, no que toca à indisponibilidade jurídica de recursos, conforme exposto nas linhas acima, limitações orçamentárias não podem funcionar de pretexto para que seja descumprida a Constituição, especialmente no tocante aos direitos fundamentais. Portanto, se o Estado possui recursos financeiros aptos a arcar com a prestação material pretendida, mas estes recursos não foram previstos em lei orçamentária para serem dispendidos na saúde, tal fato não serve de fundamento para se negar a eficácia social dos direitos fundamentais.

Na perspectiva do titular do direito, a proporcionalidade da prestação pretendida pode limitar o dever do Estado. Trata-se da aplicação do princípio da reserva do possível no seu sentido originário, o que será melhor analisado adiante.

3.3 LIMITES E POSSIBILIDADES

Conforme antes exposto, no que toca o direito à saúde, o verdadeiro limite à obrigação estatal, à parte da absoluta indisponibilidade de recursos financeiros, é a razoabilidade da prestação pretendida.

Assim, o Estado não pode ser obrigado a fornecer, por exemplo, remédio de uma empresa específica, quando existe outro, com o mesmo princípio ativo ou a mesma finalidade, cujo custo onere menos as contas estatais. Da mesma forma, ao indivíduo também não é cabível pretender que o Estado custeie tratamentos experimentais ou sem eficácia comprovada.

Isto porque, diante da escassez de recursos públicos, toda escolha alocativa é também desalocativa, uma vez que, quando o Estado determina a aplicação de recursos limitados em

uma determinada área, está, implicitamente, deixando de aplicar em outra que considera de menos relevância para o momento.

Analisando-se a jurisprudência nacional, observa-se que, se, por um lado, há quem defenda a irrestringibilidade do direito à saúde, determinando, por exemplo, o custeio de medicamentos que sequer foram registrados na Agência Nacional de Segurança Sanitária - ANVISA²², por outro, seguindo a ideia defendida no presente artigo, há quem defenda a impossibilidade de custeio de tratamentos experimentais²³.

Neste ponto, cumpre destacar que o Conselho Nacional de Justiça - CNJ - passou a realizar Jornadas de Direito da Saúde, que, da mesma forma como ocorrem as Jornadas de Direito Civil, aprovam enunciados interpretativos, verdadeiras sínteses doutrinárias a respeito de temas ligados à Judicialização do direito à saúde²⁴.

Diversos enunciados foram aprovados sobre o tema em debate (com alguma redundância, diga-se²⁵), destacando-se o enunciado 50, que sintetiza a argumentação a respeito da controvérsia:

²² PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AIDS. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. - Sendo dever do Estado a prestação de assistência farmacêutica aos necessitados, inclusive medicamentos para tratamento de doenças graves que não estejam registrados na Agência Nacional de Segurança Sanitária - ANVISA, resta presente a verossimilhança das alegações. - Inocorre, no caso, qualquer tratamento privilegiado, assegurado simplesmente o direito à vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelos próprio cidadão. - Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. - Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF-4, Relator: JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, Data de Julgamento: 01/06/2004, TERCEIRA TURMA).

²³ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. RETINOSE PIGMENTAR. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR SEM COMPROVAÇÃO CIENTÍFICA SOBRE SUA EFICÁCIA. CARÁTER EXPERIMENTAL. PROIBIÇÃO. PORTARIA MINISTÉRIO DA SAÚDE. LEGALIDADE. I - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, sendo que, na hipótese dos autos, inexistindo comprovação científica sobre a eficácia do tratamento da retinose pigmentar em Cuba e, ainda, considerando que, segundo parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, "a comunidade científica mundial abomina veementemente esta alternativa, que não tem qualquer comprovação científica e que apresenta um aspecto exclusivamente mercantilista", afigura-se legítima a proibição de financiamento do referido tratamento no exterior pelo SUS. II - Apelação desprovida. (TRF-1 - AMS: 8078 DF 2005.34.00.008078-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 18/12/2006, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 29/01/2007 DJ p.44).

²⁴ Os enunciados interpretativos podem ser acessados em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf> e <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>.

²⁵ Sobre o tema, ver enunciados 05, 06, 09, 14, 16 e 50.

Enunciado 50 - Saúde Pública - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label.

Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

Ora, se por um lado, se tem o direito à vida, por outro, se tem a escassez de recursos públicos. Havendo conflito entre eles, deve prevalecer a regra da ponderação dos valores constitucionais. Em tal ponderação, em razão da concretização do direito à vida, sempre que um tratamento for comprovadamente apto a restabelecer a saúde de um cidadão, o Estado terá o dever de fornecê-lo.

Por outro lado, tendo em vista que os direitos sociais tem custos econômicos e que a alocação de recursos é também desalocativa, um tratamento experimental (que pode ser um remédio ou cirurgia), viola a razoabilidade da pretensão do cidadão, uma vez que impõe um forte ônus ao Estado, o que provoca um déficit nos cofres públicos, sem que haja um resultado concreto, com bases científicas.

Faz-se necessária uma observação. O Estado pode, por escolha verdadeiramente discricionária, optar por custear um procedimento ou medicamento experimental, especialmente no âmbito da pesquisa universitária. Com efeito, existem condutas que não se revelam financeiramente viáveis para empresas privadas. Dentro de uma sociedade capitalista, como é a nossa, a atividade de risco que pode não gerar proveitos econômicos direitos dificilmente será realizada se não às custas do Estado. Assim, pretendendo-se desenvolver um medicamento ou procedimento cirúrgico que a iniciativa privada tenha pouco interesse em custear, o Estado pode optar por financiar a pesquisa na área, visando o desenvolvimento da ciência no Brasil, mas não pode ser judicialmente compelido a deferir um pleito neste sentido, uma vez que a prestação afigurar-se-ia irrazoável.

Quanto à operacionalização da judicialização da saúde, aspectos importantes outros não podem ser ouvidados. Diante da urgência do direito pretendido, é natural das ações que exigem do Estado a prestação de remédios ou de cirurgias que haja o pedido de antecipação da tutela judicial. Sendo deferido tal pleito, o juiz determina um prazo para que seja cumprida a decisão judicial, sob pena de sequestro dos valores necessários de conta do Estado. No entanto, não havendo o cumprimento espontâneo, observa-se que este prazo não é amplo o suficiente para que o Estado realize procedimento licitatório e adquira o medicamento de

forma menos onerosa. Assim, é recomendável, diante da escassez de recursos públicos, que a parte autora apresente mais de um orçamento de empresa privada referente ao pedido, para que seja escolhida aquela que ofereça menor preço. Este foi o entendimento adotado na II Jornada de Direito da Saúde:

Enunciado 56 – Saúde Pública - Havendo depósito judicial por falta de tempo hábil para aquisição do medicamento ou produto com procedimento licitatório pelo poder público, antes de liberar o numerário é prudente, sempre que possível, que se exija da parte a apresentação prévia de três orçamentos.

Entretanto, cumpre destacar que tal conduta é apenas recomendável, não se constituindo em obrigação para a parte autora, uma vez que existem situações em que não é possível a obtenção de mais de um orçamento para o pedido realizado. Assim, exigí-los, como condição para que seja deferida a prestação, nestes casos, significa penalizar o cidadão pela omissão estatal, que, inicialmente, deixou de garantir o direito à saúde na esfera administrativa e, posteriormente, deixou de cumprir a liminar deferida.

Ademais, diante da responsabilidade objetiva prevista para os casos de efetivação de tutela antecipada (art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil - CPC), cabe ao Estado, se assim entender, impugnar os valores apresentados como necessários para a aquisição do medicamento ou custeio da cirurgia pretendida, cobrando da parte autora a devolução do excesso, a título de indenização por perdas e danos. Neste sentido, Nelson Nery Júnior ensina que “eventual inversão no resultado da demanda, com julgamento de improcedência do pedido, resolve-se em perdas e danos em desfavor do requerente da medida.”²⁶

Obviamente, o ideal é que o Estado disponha dos meios e recursos necessários para o atendimento igualitário a todos os cidadãos que necessitem de um serviço de saúde. No entanto, diante da existência de recursos limitados, o Poder Judiciário tem o dever de garantir o acesso a todos aos serviços de saúde, desde que não prejudique aqueles que não se utilizaram da via judicial para o seu atendimento.

É neste ponto que faz-se necessária toda cautela aos juízes. Se alguém requer uma internação em Unidade de Terapia Intensiva - UTI, o juiz não pode apenas determinar que o

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 764.

Estado proceda à internação do requerente. O comando judicial deve ser no sentido de que seja o autor internado em unidade pública, ou justifique, o Estado, a impossibilidade de fazê-lo.

Ora, não havendo vaga em hospital público, não fica o administrador compelido a desinternar outro paciente para que surja a vaga, devendo haver apenas a justificativa da impossibilidade fática da prestação. A consequência para esta justificativa já deve estar prevista na própria decisão: haverá o sequestro dos valores necessários para que a prestação requerida seja cumprida junto à iniciativa privada, às custas do Estado.

Outra questão que merece atenção é a razoabilidade do tempo de espera em fila para que seja cumprido o serviço de saúde de que o cidadão necessita. Com efeito, cabe à administração o planejamento e a organização da política pública de saúde, devendo ela, através de critérios objetivos, estabelecer a prioridade de atendimento aos cidadãos.

Esta fila de espera deve ser respeitada, não cabendo ao Poder Judiciário, que não possui conhecimentos técnicos a respeito da matéria e nem competência para gerir toda a política pública de saúde, subverter a ordem estabelecida administrativamente. No entanto, em sendo processualmente comprovado que a prestação requerida tem natureza urgente e que a espera pode ser fatal, o juiz pode determinar o seu cumprimento de forma imediata.

Ocorre que tal comando judicial também não pode prejudicar aqueles que optaram por aguardar a fila do SUS, sem levar o caso ao Poder Judiciário. Assim, a solução que se apresenta é o custeio pelo Estado do procedimento pretendido perante a iniciativa privada, uma vez que, desta forma, não haveria preterição da fila de espera, mas também não haveria nova omissão estatal (agora por parte do Judiciário) na efetivação do direito à saúde. Parte deste entendimento possui respaldo na jurisprudência nacional, conforme se observa no julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO E CIVIL REALIZAÇÃO DE CIRURGIA BARIÁTRICA DIREITO À VIDA PACIENTE QUE AGUARDA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO BARIÁTRICO EM FILA DE ESPERA DO SUS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O PROCEDIMENTO SE TRATA DE SUA 'ÚNICA SOLUÇÃO' OU DE QUE SEU ESTADO DE SAÚDE É PIOR DO QUE OS CIDADÃOS QUE INTEGRARAM ANTES A REFERIDA FILA DE ESPERA. 1- Ainda que seja considerado grave seu estado de saúde, tal como evidenciam os documentos que instruem o processo, não se pode ter como indiscutível que a Apelante, portadora de obesidade mórbida, possua direito de preferência em relação aos demais integrantes da 'fila de espera' do SUS que também aguardam o procedimento cirúrgico bariátrico. 2- A Apelante tem direito a ser atendida pelo SUS, mas

ela não tem direito de, via ordem judicial, 'furar a fila de espera' desse atendimento, se não prova cabalmente que o caso dela é mais grave e urgente do que aqueles que estão à sua frente. 3- O direito à saúde alegado por alguém que pretende algo específico do Poder Público deve ser examinado tanto sob o aspecto individual quanto sob uma "visão de conjunto", que leve em conta o significado deste alegado direito como elemento constitutivo de um sistema constitucional unitário. 4- Se fosse determinada pelo Juízo a realização do procedimento cirúrgico em questão, haveria, sim, sobreposição ao Poder Executivo que, diante da escassez de prova do direito, não pode, no caso, ser considerado omissis quanto aos seus deveres constitucionais exigíveis ao caso da Apelante. Assim, a decisão política regular não é passível de correção pelo Judiciário. 5- A implementação das garantias à saúde depende, por óbvio, de possibilidades técnicas e financeiras. Tudo isso compõe a esfera da administração, na qual não pode o órgão judiciário se imiscuir, principalmente gerando situação irreversível. 6- Apelação improvida. Sentença mantida. (TRF-2 - AC: 200551010027769 RJ 2005.51.01.002776-9, Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, Data de Julgamento: 19/04/2010, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::31/05/2010 - Página::226/227) (grifo nosso).

Assim, apesar de não ser recomendável que o Poder Judiciário subverta a ordem da fila de espera do SUS, caso haja uma demora irrazoável, este poder tem o dever de garantir a efetividade dos preceitos constitucionais, concretizando o direito à saúde.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo discutir as questões relacionadas à judicialização das políticas públicas de saúde, analisando as bases teóricas e dificuldades práticas na sua operacionalização.

Inicialmente, destacou-se que o direito à saúde se revela como autêntico direito fundamental, sendo necessária a sua efetivação, como forma de cumprir a vontade da Constituição.

Assim, argumentou-se pela possibilidade de controle judicial das políticas públicas, uma vez que o Poder Judiciário não pode se omitir diante do descumprimento de preceitos constitucionais, cabendo a ele garantir a efetividade de tais normas, não havendo, portanto, violação ao princípio da separação dos poderes nestes casos.

Ademais, também foi exposto que o princípio da reserva do possível somente pode servir de argumento jurídico contrário à prestação do serviço de saúde quando for utilizado em seu sentido originário, ou seja, quando a pretensão do cidadão se afigure irrazoável, ou quando, de fato, não houver recursos financeiros por parte do Estado para custear o serviço pretendido.

Afastou-se, portanto, a possibilidade de o Estado alegar simplesmente a ausência de recursos em lei orçamentária como forma de se omitir no cumprimento do seu dever constitucional de prestar serviços públicos.

Foram analisadas, ainda, questões práticas da judicialização das políticas públicas de saúde, defendendo-se que, diante da escassez de recursos públicos, o Estado não pode ser obrigado a custear tratamentos sem eficácia comprovada cientificamente.

Também sustentou-se a impossibilidade de desinternação de paciente para que seja cumprido o comando judicial, devendo haver a prestação do serviço de saúde perante a iniciativa privada, às custas do Estado, de forma que não sejam prejudicados aqueles que, por opção ou por falta de necessidade, não levaram seus casos ao Poder Judiciário.

Por fim, defendeu-se que o Poder Judiciário não deve subverter a ordem da fila de espera do SUS, uma vez que lhe faltam conhecimentos técnicos e competência para intervir de forma direta na política pública.

Portanto, observa-se que, apesar dos diversos argumentos teóricos e fáticos contrários à judicialização das políticas públicas de saúde, impõe-se a intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos?. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1136549/RS*. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 238*. Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/10/2008, publicado em DJe-204 DIVULG 28/10/2008 PUBLIC 29/10/2008 RDDP n. 70, 2009, p. 169-177.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 482611*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/03/2010, publicado em DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível 200551010027769 RJ 2005.51.01.002776-9*, Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, Data de Julgamento: 19/04/2010, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::31/05/2010 - Página::226/227.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 25 jul. 2015.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.