

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

KAREN GOVASQUE DA SILVA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA SAÚDE PÚBLICA

Aracaju

2013

KAREN GOVASQUE DA SILVA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA SAÚDE PÚBLICA

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. Esp. Augusto César Leite de Resende

Aracaju

2013

KAREN GOVASQUE DA SILVA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA SAÚDE PÚBLICA

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Augusto César Leite de Resende
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE

Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE

Prof. Dr. Pedro Durão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE

AGRADECIMENTOS

Tamanha é a felicidade de concluir o Curso de Bacharel em Direito, não sei como agradecer a todos que participaram desta minha longa caminhada, inúmeras foram as pessoas que me ajudaram a chegar até aqui.

A Deus, a quem devo tudo que tenho e tudo que sou, o autor e consumidor da minha vida, muito obrigada por ter aberto as portas da faculdade que tanto sonhei em fazer e que hoje concluo é com certeza a realização de um sonho. A ele toda glória.

Ao meu orientador, por ter aceito este desafio e por me ajudar a concluir este curso, me auxiliando na construção deste trabalho.

Aos mestres, meus agradecimentos aos queridos professores que sempre tentaram passar para nós alunos tudo quanto sabiam com a maior dedicação e paciência.

Aos meus familiares, em especial a minha querida e amada mãe Kelly, que sempre esteve ao meu lado nos momentos mais tensos e sempre me consolou.

Ao meu noivo, por toda a paciência que teve, e que por vezes compreendeu que eu tinha que estudar.

A Lu. Por toda paciência e carinho que teve comigo, sempre me auxiliando em todos os momentos no Escritório Modelo.

E por fim, a todos que acreditaram que eu iria conseguir e torceram por mim.

Muito Obrigado!

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se.

Paulo Bonavides

RESUMO

Esta monografia envolve o estudo acerca do ativismo judicial como ferramenta para efetivação do direito social e fundamental da Saúde Pública no Brasil, partindo de uma perspectiva pragmática, mas sem descurar dos pressupostos teóricos que o debate atrai. Busca-se esclarecer os pontos controvertidos do tema, sem a pretensão de esgotá-lo, haja vista ser tema por demais complexo. A atividade jurisdicional enquanto garantidora das normas insculpidas na Constituição Federal de 1988, em especial os direitos sociais, e mais especificamente ainda, em se tratando do direito à saúde, tem gerado muitas discussões acerca da legitimidade do judiciário na concretização deste direito. Parte da doutrina defende que o judiciário não deve intervir nesta seara, pois não possui legitimidade, e quando intervém estaria não só usurpando as funções do legislativo e do executivo na implementação da política pública de saúde, como também, retirando de grande parte da população o direito à saúde para colocá-lo nas mãos de poucas pessoas que socorrem ao judiciário, outra parte, defende a atuação do judiciário como legitimado para fazer cumprir o que está insculpido na Constituição. Cabe indagar então, quem estaria certo nesta discussão ou como poderia se esclarecer esta celeuma, que aliás já fora resolvida pelo STF, que afirma que o direito à saúde é um direito subjetivo e portanto, passível de atuação do judiciário, quando este é acionado. Pretende-se, então, refletir sobre as vantagens desta atuação ativista dos juízes e delimitar parâmetros e princípios a serem observados na efetivação deste direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Ativismo judicial. Mínimo existencial; Efetividade.

RESUMEN

Esta monografía envuelve el estudio sobre el activismo judicial como herramienta para que el derecho social y fundamental de la salud pública e Brasil sea efectivo, bajo una perspectiva pragmática, pero sin descuidar de las bases teóricas que conlleva este debate. Busca aclarar los puntos controvertidos del tema, sin la pretensión de agotarlo, pues es el tema demasiado complejo. La actividad jurisdiccional como una forma de garantía de las normas esculpidas en la Constitución Federal de 1988, en especial los derechos sociales, aun más especialmente, tratándose del derecho de la Salud que ha generado diversas discusiones acerca de la legitimidad del judiciario en la concretización de ese derecho. Parte de la doctrina defiende que el judiciario no debe intervenir en esta siega, haya vista no posee legitimidad, y que cuando interviene estaría no sólo usurpando las funciones del legislativo y del ejecutivo en la implementación de la política pública de salud, como también retirando de gran parte de la población el derecho a la salud para ponerla en las manos de pocas personas que se socorren al judiciario, otra parte, defiende la actuación del judiciario, entendiéndolo como legitimado para hacer cumplir lo que está esculpido en la constitución. Es importante indagar, entonces, quien estaría correcto en esta discusión, o como podría aclarar esta controversia, que además ya fue resuelta por el STF, que afirma que el derecho a la salud es un derecho subjetivo y por lo tanto pasible de actuación del judiciario, cuándo lo es accionado. Se pretende, entonces, reflexionar sobre las ventajas de esta actuación activista de los Jueces y delimitar parámetros y principios para ser observado para que ese derecho sea efectivo.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud. Activismo judicial. Mínimo existencial. Efectividad

LISTA
LISTA DE ABREVIATURA

Art.- Artigo.

CF- Constituição Federal.

CRFB- Constituição da República Federativa do Brasil.

EC- Emenda Constitucional.

STF- Supremo Tribunal Federal.

SUS- Sistema Único de Saúde.

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA PARA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA.....	14
2.1 Ativismo Judicial na Atualidade.....	14
2.2 O Surgimento do Ativismo Judicial.....	16
2.3 O Direito Saúde Pública no Brasil.....	18
3 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.....	20
3.1 Origens e Estado Atual.....	20
3.2 Contornos Jurídicos do Direito Fundamental a Proteção à Saúde no Brasil.....	23
4 POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA.....	29
4.1 Argumentos Contrários e a Favor ao Ativismo Judicial.....	29
4.2 Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais: Normas Programáticas x Normas de Direito Subjetivo.....	35
5 PERFIL DO LITÍGIO E IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SAÚDE PÚBLICA.....	46
5.1 Princípios que Devem Orientar a Concessão de Medidas Liminares.....	46
5.2 Posicionamento Atual da Jurisprudência.....	55
6 AS ALTERNATIVAS DO JUDICIÁRIO: O DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	61
6.1 A STA n. 175.....	61
6.2. Audiências Públicas e as Recomendações do CNJ.....	65
7 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	78
ANEXO A – Entrevista.....	81

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial tem se mostrado um grande aliado na concretização dos direitos fundamentais como um todo na sociedade contemporânea, o que não tem sido diferente no Brasil, principalmente em se tratando do direito à saúde. A jurisprudência Nacional, nesta temática, é extremamente rica e o Brasil é, hoje, certamente, um dos países mais ativistas nesse sentido.

O direito à saúde, que no Brasil só fora introduzido como direito a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, encontra-se previsto em inúmeros artigos, tais como: artigos 6, 196 a 200, consubstancia-se, portanto, em direito fundamental, social e constitucional, sendo um dos bens intangíveis do ser humano. Contudo, mesmo depois da promulgação da CF de 1988, esse direito não passava de norma meramente programática, o que tem mudado substancialmente, pois, atualmente, se reconhece o caráter de direito público subjetivo a essas normas, ou seja, se antes era impossível a exigência de tal direito através da atuação do judiciário, hoje, é plenamente possível.

No entanto, há quem defenda que esse direito está contido em norma programática, aduzindo que eles não chegam a ser direitos subjetivos; essa discussão será abordada no presente trabalho. Ademais, cabe ressaltar que tal direito nunca foi e jamais será de fácil execução e implementação, e é justamente nesse contexto que o Poder Judiciário tem atuado nas falhas, omissões e inércias, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, na busca de garantir a concretização objetivada na Carta Magna, qual seja a garantia dos direitos sociais, entre eles, o direito à saúde. Entretanto, muitas são as críticas ao ativismo judicial, as quais serão verificadas e analisadas no presente trabalho, objetivando demonstrar que maiores são as vantagens do que as desvantagens da aplicação do ativismo para a garantia do direito à saúde.

A escolha do tema teve como motivação o crescente número de demandas judiciais nessa seara e busca explicitar de maneira clara a definição de ativismo judicial, bem como analisar a importância dele na efetivação da política pública de saúde. Para tanto, será necessário perfazer um breve histórico sobre a saúde pública no Brasil antes e após a promulgação da Carta Magna de 1988, assim como, abordar as consequências da intervenção do judiciário nessa seara. Por fim, complementando o estudo que é resultado deste trabalho, pretende-se aproveitar os

conhecimentos e aprendizados para experiências profissionais e aplicações práticas, porque se buscou proporcionar esclarecimentos sem a pretensão de uma análise crítica.

Sendo assim, foram elencados quatro objetivos, sendo um geral, qual seja verificar a importância do ativismo judicial e as consequências da atuação na sociedade quanto à aplicação na política pública de saúde; os demais objetivos foram: analisar o que tem levado a jurisprudência a se posicionar de maneira ativista na matéria saúde pública; perceber as vantagens e desvantagens decorrentes da aplicação do ativismo judicial na política pública de saúde e analisar as críticas feitas a essa atuação e, a partir delas, encontrar parâmetros capazes de orientar a atuação do judiciário na aplicação de tão importante instrumento.

Já as questões que nortearam a presente pesquisa foram:

- a- O que é Ativismo Judicial?
- b- Quais as críticas ao ativismo judicial?
- c- Qual é o posicionamento majoritário da jurisprudência brasileira a respeito do ativismo judicial notadamente à aplicação dele na garantia da saúde pública?
- d- Qual a importância do ativismo judicial para a garantia do direito constitucional à saúde?
- e- A escassez de recursos e a reserva do possível, relevantes ou irrelevantes?
- f- O direito à saúde pode ser considerado um direito público subjetivo ou está contido em uma norma meramente programática?

Todas essas questões serão abordadas dentro desta pesquisa com o intuito de conhecer melhor como tem sido aplicado esse direito ao caso concreto e quais questões têm tido realmente relevância quando efetivada essa concretização.

Os procedimentos metodológicos utilizados para a realização deste estudo foram pesquisa bibliográfica, sendo a mais utilizada, tendo a presente pesquisa contemplado o levantamento de vinte obras, selecionadas entre as fontes que abordam a temática em estudo, bem como os textos legais que tratam da matéria, de modo a enquadrá-lo em um modelo de causalidade, diferenciando as variáveis respostas e entendimentos. Ademais, foi utilizada a técnica de fichamento como técnica de pesquisa, com utilização de documentação indireta, através de expedientes metodológicos constitutivos da pesquisa bibliográfica, buscando-se elementos para a investigação do tema em bibliografia, especialmente em livros, artigos científicos na internet e na legislação atinente à matéria.

O método de procedimento utilizado foi o monográfico, eis que se pretende descrever minuciosamente os elementos fundamentais do presente estudo. Foi adotada a pesquisa exploratória e explicativa, sendo imprescindível o levantamento bibliográfico a respeito do tema proposto, que é um estudo sobre o Ativismo Judicial e a Política Pública de Saúde, de modo a proporcionar um conhecimento mais aprofundado sobre o tema tanto a aplicadores desse direito quanto a detentores, e que facilite a aplicação e reivindicação do direito a saúde. Sendo esse ponto de grande relevância, haja vista, muitas pessoas ainda não têm conhecimento de que podem reivindicar perante o judiciário o direito objeto deste trabalho.

No presente trabalho, foi necessário analisar os principais instrumentos normativos nacionais que tratam sobre o ativismo judicial, principalmente aqueles que tratam especificamente do direito à saúde pública. Também houve a tentativa de diagnosticar uma eventual inconstitucionalidade dos dispositivos que limitam o direito à saúde, confrontando-os com os direitos fundamentais e com os princípios que alicerçam a carta maior brasileira.

Com essas reflexões, pôde-se discutir, por um enfoque inovador, as peculiaridades do tema proposto. Para isso, foi exposto, no primeiro capítulo – O Ativismo Judicial como Ferramenta para Implementação da Saúde Pública–, uma revisão de literatura de tudo que será visto na presente pesquisa, relatando, inicialmente, o conceito do instituto do ativismo judicial, bem como citações dos demais tópicos presentes neste estudo, afim de introduzir a temática e situar o leitor.

No segundo capítulo–A Saúde Pública no Brasil –, será abordado o histórico do direito à saúde pública neste país, bem como seu estado atual mostrando como foi difícil chegarmos a ter insculpido na Constituição este direito e as dificuldades por quais passaram aqueles que, naquela época, necessitavam de assistência médica e não tinham nem condições e nem a quem socorrer-se senão às caridades; ademais, será visto onde está previsto o acervo normativo do direito á saúde.

O capítulo três tratará do estudo sobre a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na garantia do Direito à Saúde Pública, de maneira que serão examinadas as críticas mais frequentes quanto à atuação proativa do judiciário, conhecida como ativismo judicial, as opiniões daqueles que entendem ser o ativismo uma ferramenta de extrema importância não somente para a efetivação do direito à saúde como de inúmeros outros direitos, e também a opinião daqueles que defendem essa atuação do Poder Judiciário, pois, se não fosse o ativismo, esses

direitos não veriam a luz do dia. No mesmo capítulo, será abordado, ainda, o tópico no que tange a efetividade das normas que preceituam o direito à saúde, buscando identificar se elas possuem aplicabilidade imediata, ou seja, se podem ser reivindicadas através do poder judiciário, ou se, simplesmente, não passam de meras orientações, diretrizes que ficam condicionadas ao bel-prazer do legislador e do gestor administrativo.

Porém, no capítulo quatro, será examinado o perfil do litígio e impacto das decisões judiciais na saúde pública, através do estudo dos princípios norteadores das decisões judiciais nesse contexto, com o objetivo de minimizar os impactos inevitáveis. Além disso, será visto ainda o posicionamento atual da jurisprudência, notadamente no que tange a composição da nossa Suprema Corte, o Supremo Tribunal Federal. A título de complementação, será mostrada também jurisprudência do Tribunal do Nosso Estado, o Tribunal de Justiça de Sergipe.

No capítulo cinco, intitulado como As alternativas do Judiciário: O Diálogo Institucional, explicitará quais foram as alternativas criadas pelo Poder Judiciário em virtude do crescente número de demandas interpostas perante esse órgão, objetivando a concretização do direito à saúde, através de decisões judiciais que ordenassem aos responsáveis a implementação desse direito, os entes públicos: União, Estado e Município, o fornecimento dele; Para isso, veremos que fora inicialmente realizada audiência pública com profissionais da área, buscando melhor esclarecer como poderia ser viabilizado esse direito social através de decisões judiciais e quais as consequências dessa atuação, entre outras questões levantadas na referida audiência. Veremos, também, que o Conselho Nacional de Justiça expediu recomendações aos operadores da Justiça, notadamente aos magistrados, para que eles pudessem se orientar através delas, por se tratar de tema controverso e atual.

Por fim, a conclusão do presente estudo, que teve como objetivo entender melhor a temática e perceber como os doutrinadores, gestores da Administração Pública e magistrados encaram o tema no caso *in concreto*. O foco central da pesquisa, portanto, é entender o que venha a ser o ativismo judicial, qual a importância para a concretização das políticas públicas de saúde e quais os princípios que devem nortear as decisões judiciais voltadas para essa concretização, bem como, analisar se a atuação proativa do Judiciário é legítima, pois sendo evidente que o Poder Legislativo e o Poder Executivo são os responsáveis pela

elaboração das políticas sociais e econômicas, conforme preconiza o art. 196 da CF de 1988, também se assegura que nem sempre os recursos disponíveis a eles são viáveis à elaboração e execução de tais políticas. No entanto, também não pode o Judiciário manter-se inerte, aceitando esse como argumento final para inúmeros casos concretos diferentes, devendo cada um deles ser analisado com Justiça, equidade e, principalmente, ponderação, com o propósito de garantir um mínimo existencial, em se tratando de um direito público subjetivo: a saúde.

2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA PARA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

Os estudos desenvolvidos pelo jurista e procurador do Estado do Rio de Janeiro Luís Roberto Barroso (2012) em artigo científico denominado Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática e as reflexões trazidas pelos Juristas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011), bem como os estudos realizados pelo advogado e professor universitário, Fabrício Juliano Mendes Medeiros, na monografia de mestrado dele, no Centro Universitário de Brasília, posteriormente publicada em livro denominado O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde (2011), do mesmo modo, inúmeros artigos científicos coletados e tantos outros livros estabelecem um acervo legal acerca do tema, analisando a evolução teórica e histórica.

2.1 Ativismo Judicial na Atualidade

Sobre o Ativismo Judicial na atualidade, BARROSO (2008, p. 6) diz assim:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. O fenômeno tem uma face positiva: O judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo- e isso não se passa apenas no Brasil- na atual quadra histórica.

Da reflexão da citação acima, percebe-se que o Ativismo Judicial é, hoje, um importante instrumento de concretização dos direitos insculpidos na CF de 1988, sem o qual, provavelmente, se tornariam meras expectativas sem perspectiva de efetividade, já que o Poder Legislativo, não só no Brasil como em outros países, tem apresentado dificuldades para exercer o papel legiferante dele, com o Poder Judiciário se posicionado ativamente, assumindo papel inicialmente “atípico”, tendo em vista que, quando tomadas tais decisões, cria jurisprudência e, conseqüentemente, normas de caráter geral.

Senão, vejamos o que o renomado jurista BARROSO (2008, p.10) versa a esse respeito:

Não assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Portanto, a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo tem levado o Poder Judiciário a assumir um papel de protagonista suprindo tais omissões, posto que o papel primordial do Órgão Supremo do Poder Judiciário, o STF, é a guarda da Constituição, conforme preconiza a carta magna em seu art. 102, caput.

Já segundo o posicionamento de MEDEIROS (2011, p. 106):

Em verdade, é difícil desdenhar que, em momento nenhum, o texto constitucional, atribuiu expressa ou implicitamente ao Poder Judiciário, a competência para, em determinadas situações, suprir a lacuna normativa, editando a norma regulamentar de que dependia a efetiva fruição do direito constitucionalmente previsto. Não parece ser papel de a jurisdição constitucional interferir ou impedir que outros órgãos estatais atuem livremente, substituindo-os; mas sim o de zelar para que a execução das atribuições de tais órgãos se faça em harmonia com a Constituição.

Relembre-se, nesse contexto, que o princípio da separação de poderes não poder ser visto como um dogma estanque, assim como também não é correto dizer que ele comporta definições abstratas e “apriorísticas”. Daí ser preciso, como antes salientado, analisar uma dada estrutura política para, diante de o caso concreto entender o como se relacionam os órgãos encarregados da execução das funções estatais.

Se é assim, deduz-se que a Constituição Federal de 1988, ao tratar do tema da Omissão Inconstitucional, parece não haver conferido ao Poder Judiciário legitimidade para suprir o vácuo normativo elaborando uma norma capaz de garantir o pleno gozo de direitos ou garantias previstos na Lei Maior. Legitimidade há, no particular, para reconhecer, proclamar e publicitar, da forma mais abrangente possível, a inércia legislativa ou executiva, tornando-a conhecida por todos. Com isso, o Judiciário emitirá um juízo público de reprovação da inércia legislativa ou administrativa, o que poderá fomentar a mobilização da sociedade civil para que, pelas vias genuinamente democráticas, sejam o parlamento e o executivo compelidos a abandonar a inação em tema de políticas públicas.

Segundo o referido autor, a competência para cumprir efetivamente as normas expressas na CF 1988 relativamente às políticas públicas não pertence ao Poder Judiciário, devendo, quando do conhecimento da omissão inconstitucional a essas normas, fazer somente um “juízo público de reprovação”, ou seja, a título de exemplo, como nos casos de interposição de Mandado de Injunção, se for aplicada a teoria não concretista versando que o Poder Judiciário apenas reconhece a mora legislativa, comunicando aos órgãos competentes que estão omissos e que tem o

dever de sanar essa omissão. Contudo, apesar do entendimento acima exposto, é bem verdade que o posicionamento atual da jurisprudência tem sido no sentido da aplicação da teoria concretista. Através da aplicação dela, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de garantir ao autor da ação o exercício do direito pleiteado enquanto o órgão competente não supre a omissão. Mas observe que, aqui, está se falando nos casos de interposição de mandado de injunção, onde, ainda, não existe norma regulamentadora impedindo o particular de usufruir o pleno gozo dos “direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF, 1988).

Não obstante, o presente trabalho se propõe a tratar de, no caso de já existir a norma regulamentadora deste direito, porém, se essa norma o limita de maneira que a sociedade não pode de imediato gozar do direito constitucionalmente previsto, o que poderá ser feito.

Na visão de Paulo Bonavides (2002, p.545), “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”. Portanto, a CF 1988 ao dar, por exemplo, a qualidade de direito fundamental à saúde pública, assegurou ao cidadão o direito de tê-la de maneira concreta e em sendo esse direito concretizado através das ações e políticas sociais cabíveis aos Poderes Legislativo e Executivo, quando eles se omitirem, pode o particular reivindicá-lo através do Poder Judiciário.

2.2 O Surgimento do Ativismo Judicial

Segundo *Dred Scott v. Sanford* (*apud* BARROSO, 2008, p.7), as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo judicial foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora.

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para invalidação das leis sociais, em geral, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937 *apud* BARROSO, 2008, p.7).

Conforme *Brown v. Board of Education* (*apud* BARROSO, 2008, p. 7), a partir da década de 50, o quadro mudou completamente, já que a Suprema Corte, quando o presidente era Warren, entre 1953 e 1969, chegando aos primeiros anos da Corte Burger indo até meados de 1973, apresentou jurisprudência progressista em se

tratando de direitos fundamentais, especialmente a negros, mulheres e também concernente ao direito de privacidade, e ainda sobre a interrupção da gestação.

Quando se fala de ativismo judicial, é inevitável tratar, mesmo que de maneira abreviada, do que se conhece pelo oposto, a chamada autocontenção judicial, que, segundo BARROSO (2008, p.7):

[...] é a conduta pela qual o judiciário procura reduzir, interferência nas ações dos outros poderes, legislativo e executivo. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas.

BARROSO (2008, p.7-9) versa que, até a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário aplicava claramente a autocontenção. A diferença principal entre esses dois institutos é que o ativismo procura aplicar a constituição extraindo toda a potencialidade, porém, sem invadir o campo da criação livre do direito. Já a autocontenção freia essa potencialidade favorecendo as instâncias tipicamente políticas.

Contudo, o Judiciário brasileiro, atualmente, tem exibido em diversas situações uma postura completamente ativista. Por exemplo, o STF, em razão da aplicação do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político, criando com isso uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além daquelas previstas expressamente na Carta Magna, que, de igual modo, estendeu a vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, expedindo inclusive súmula vinculante, frise-se após o julgamento de um único caso, vedação essa que não estava explicitada em nenhuma regra constitucional ou infraconstitucional. Tudo isso em nome de princípios como o da moralidade e impessoalidade.

BARROSO (2008, p.8-9) diz que, em se tratando de políticas públicas, o exemplo mais claro da aplicação do ativismo judicial, atualmente, no Brasil, é a determinação da distribuição de medicamentos e de terapias mediante decisão judicial, que, por vezes, condenam os entes da Federação - União, Estados e Municípios - a custearem solidariamente medicamentos e terapias que não constam nas listas e protocolos do Ministério da Saúde, nem das Secretarias Estaduais e

Municipais, ressaltando, ainda, que, em alguns casos, esses tratamentos se encontram em fase experimental ou até então só existem no exterior.

2.3 O Direito à Saúde Pública no Brasil

No que tange ao direito à saúde pública no Brasil, segundo MENDES (2011, p.685):

A constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a Constituição de 1824, que fazia referência à proteção de “socorros públicos” (art.179, XXXI).

A constituição de 1988 consagra expressamente os direitos fundamentais sociais no art. 6, entre eles, o da proteção à saúde. Do mesmo modo, a carta magna não faz distinção entre os direitos individuais e coletivos e os direitos sociais, tendo em vista que estabelece no art. 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (MENDES, 2011, p.685).

Consoante o mesmo autor, o direito à saúde está previsto no art. 196 da CF de 1988, como sendo um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas públicas, sociais e econômicas, visando à redução de riscos de doenças ou de outros agravos, sob a égide dos princípios do acesso Universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (MENDES, 2011, p.686).

Da análise do art. 196, é possível identificar não só o direito coletivo à saúde, como também o direito individual. Dizer, como alguns autores defendem, que o direito à saúde é norma programática é negá-lo no caso *in concreto*, pois, o que é um direito se não efetivado, ou seja, um direito incapaz de produção de efeitos, se esses apenas indicassem diretrizes, como é o caso das normas consideradas meramente programáticas. Significaria, portanto, concluir que a Carta Magna não tem força normativa.

Porém, cumpre destacar que o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE n. 271.286-8/ RS, reconheceu o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à coletividade, conduzindo o particular e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Frise-se que tal decisão foi tomada no ano de 2000.

Torna-se importante ressaltar o art. 193 da Constituição do Estado de Sergipe em seu inciso VII, *in verbis*:

Art. 193: É dever do Estado assegurar a existência de rede pública de serviços de saúde, organizada sob a forma de um Sistema único de Saúde, descentralizado em distritos sanitários, de acordo com as seguintes diretrizes e incumbências:

VII- prestação de assistência integral à saúde individual e coletiva.

MELLO (*apud* MENDES, 2011, p. 686) menciona que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF. art.197)”, dando legitimidade à atuação do Poder Judiciário quando a Administração Pública descumprir o direito à saúde. “Não há dúvidas [...] que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e suas peculiaridades” (MENDES, 2011, p.685).

MENDES (2011, p.285) alega ainda que é o caso concreto, levando-se em consideração as circunstâncias específicas, e ante a aplicação do instituto da ponderação que se chegará à solução da controvérsia através de análise.

Quanto à competência de implementação e execução dos serviços referentes à saúde pública, versa MENDES (2011, p.686) que ela é solidária, devendo todos os entes da Federação custear esse direito, conforme preconiza o art. 196.

3 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

3.1 Origens e Estado Atual

Segundo IBRAHIM (2011, p. 2), “a preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade. Desde tempos remotos, o homem tem se adaptado, no sentido de reduzir os efeitos das adversidades da vida, como fome, doença, velhice, etc.”(grifos nossos).

COSTA (2011, p.3) salienta que “a etimologia da palavra saúde advém do adjetivo latino *salus*, cujo significado é estar são”.

Já a Organização Mundial da Saúde conceitua saúde como “um estado completo de bem-estar físico e mental do ser humano, e não apenas a ausência de enfermidade”. Tal definição está exposta no preâmbulo da Constituição da Assembleia Mundial da Saúde.(COSTA, 2011, p.4).

De tal definição, pode-se retirar que a saúde não é só o “estar são”. Ela envolve uma série de ações como saneamento básico, moradias dignas, ações preventivas, bem como assistência médica, o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, curativos em geral, como por exemplo, cirurgias.

A saúde pública no Brasil tem o início no século XIX, devido à chegada da família real portuguesa. Em virtude de doenças que, na época, eram comuns, como a peste e a lepra, foram desenvolvidas algumas ações de combate a elas, bem como “ações preventivas” como o controle sanitário que era realizado especialmente em portos e logradouros. (BARROSO, 2011, p.9).

Enfatiza COSTA (2011, p.4):

Entre os anos de 1870 e 1930 o Estado passa a adotar algumas ações mais efetivas na área da saúde, adotando, inclusive, um modelo “campanhista”, quando obteve importantes resultados ao conter epidemias. Foi nessa época em que o Brasil erradicou a febre amarela na cidade do Rio de Janeiro. No entanto, ainda não havia no país ações públicas curativas, com vistas a tratar e prevenir moléstias. Essas somente eram disponibilizadas no âmbito privado e em promoções de caridade.

Conforme IBRAHIM (2011, p.3), o auxílio do terceiro setor tem sido importante desde esse tempo até os dias de hoje, “proporcionando verdadeira complementação das ações do Estado na área social”.

Porquanto, durante o século XIX, não existia saúde pública no Brasil já que surgia na época apenas um modelo “campanhista”, que já era considerado um avanço. Antes disso, não se contava com nada. Esse modelo campanhista serviu para que o Brasil controlasse epidemias como a febre amarela na cidade do Rio de Janeiro. Contudo, as ações curativas - como tratamento e prevenção de enfermidades - só eram disponibilizadas pelas instituições privadas e através de caridades.

O marco inicial da Previdência Social no Brasil foi a Lei Eloy Chaves, Decreto nº 4682, publicada em 24 de janeiro de 1923. Através do advento dessa lei, foram criadas as caixas de aposentadorias e pensões, onde os beneficiários eram somente a classe dos ferroviários sendo agraciados com benefícios previdenciários e assistência à saúde. (COSTA, 2011, p.4).

Por conseguinte, em 1930, foi criado o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública, através do Decreto nº 19.402, 14 de novembro de 1930, e em 1953, por força do Decreto nº 34.596, 16 de novembro de 1953, transformou-se em Ministério da Saúde (COSTA, 2011, p.4).

COSTA ratifica, dizendo (2011, p. 4):

Em seguida, surgem os Institutos de Previdência, chamados IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Contudo, tais institutos atendiam somente a categoria profissional a que fossem vinculados e ofereciam, inclusive, serviços hospitalares. A parte curativa da saúde não era garantida a todas as pessoas, restringindo-se como benefício assegurado aos trabalhadores contribuintes dos institutos de previdência.

Com a ascensão dos militares ao poder, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP's) foram unificados e transformaram-se no chamado INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados os Serviços de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social.

Segundo BARROSO, antes da CF/1988, somente os trabalhadores que possuíam carteira assinada é que tinham direito à “saúde pública”. Porém, a maioria da população permanecia sem assistência, pois eram desempregados, autônomos, entre outros, que, por não terem a carteira de trabalho assinada, ficavam à mercê de caridades, já que não tinham condições de arcar com a saúde privada existente, como se ainda estivessem no século XIX.

Assim, também preceitua IBRAHIM (2011, p. 20) que, “em períodos anteriores à Constituição de 1988, a proteção à saúde não configurava um direito universal, como hoje”.

Expressa que, naquela época, o trabalhador deveria contribuir para a manutenção do regime que era conjunto com o de previdência social, organizado através do Inamps, sendo assim, aqueles excluídos do sistema somente poderiam contar com a assistência médica das Santas Casas de Misericórdia.

A impressão que se tem é que, até hoje, essa situação permanece, de maneira um pouco diferente, é claro. Afinal, já estamos no século XXI. Todos têm direito à saúde pública, porém também é fato que a saúde no Brasil é de tão baixa qualidade que, ao contrário do passado, aqueles que têm uma condição financeira melhor preferem arcar com os custos de uma saúde privada e onde somente os desempregados, assalariados e os que não possuem uma condição suficientemente boa para recorrer à rede particular continuam a utilizar a saúde pública.

Essa realidade não é a mesma avistada nas letras da CF/1988, sendo assim é que, na busca de mudança, ou seja, no ideal, na busca de fazer valer a saúde como preceitua a CF/1988, é que o Judiciário vem aparecendo. A CF/1988 é quase perfeita ao tratar da temática, sendo que foi a primeira Constituição do Brasil a consagrar o direito à saúde como direito social, fundamental e universal. Isso traz uma ideia de saúde pública que, se realizada, seria ideal.

Senão, vejamos o exposto por IBRAHIM (2011, p.9). Com a atual Constituição, isso muda, adotando-se a política de proteção universal, independentemente de contribuição. Assim, deve ser, pois, uma política sanitária coerente; deve amparar todos e não alegar a inexistência de ambiente salubre em uma sociedade, na qual, alguns não são incluídos na rede protetiva.

Por sua vez, o sistema da seguridade social no Brasil, hoje, é composto pela Previdência Social, assistência social e saúde, conforme preceitua o art. 194, *caput* da CF/1988, e o art. 196 da CF/1988 versa que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifos nossos)

Hoje, diferentemente de antes, a saúde possui organização totalmente separada da previdência, já que, após a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social- Inamps -, as ações nessa área passaram

a ser de responsabilidade do Ministério da Saúde através do Sistema Único de Saúde- SUS. Sendo esse, agora, segmento autônomo da seguridade social, com organização diferente da previdência (IBRAHIM, 2011, p.8).

Tendo a saúde como escopo muito mais amplo do que todos os outros ramos da seguridade social (protetivos) - visto que não possui qualquer restrição aos seus beneficiários, isto é, qualquer pessoa tem direito à saúde pública, independentemente de contribuição -, é justamente isso que preceitua o art. 196 da CF/1988: “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (IBRAHIM, 2011, p.8).

Acrescenta o autor que:

Sendo assim, mesmo que a pessoa que, comprovadamente, possua meios para patrocinar seu próprio atendimento médico terá a rede pública como opção válida. Não é lícito à Administração Pública negar atendimento médico a esta pessoa, com base em sua riqueza pessoal. (IBRAHIM, 2011, p.8).

Ponto importante a se destacar é esse, ainda que a pessoa tenha condições de arcar com os custos do medicamento, ela terá direito de requerer junto ao Poder Público o mesmo ideal, já que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Se houver alguma lei que a impeça de exercer esse direito, alegando que, para o fornecimento de determinado tratamento médico, há a necessidade de ser pessoa hipossuficiente; essa lei é inconstitucional, pois a própria constituição garante que saúde é para todos, sendo um direito universal e independente de contribuição.

3.2 Contornos Jurídicos do Direito Fundamental a Proteção à Saúde no Brasil

O direito à saúde é totalmente atrelado, vinculado ao direito à vida e é uma pré-condição de respeito à dignidade da pessoa humana. Em razão disso, esse direito ganhou maior destaque em relação a outros direitos fundamentais, como por exemplo, a moradia, ambiente, entre outros (SARLET, 2012, p. 576).

Loureiro (*apud* SARLET, 2012, p.660) faz referência de que “o direito a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com os outros bens e direitos fundamentais, apresentando, de tal sorte, zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”, como por exemplo, a privacidade, moradia, alimentação, trabalho, entre outros.

Previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, foi no art.196º e nos demais que esse direito “encontrou a maior concretização ao nível normativo-

constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional”, destacando-se as leis que regulam os benefícios e a organização do SUS, bem como o fornecimento de medicamentos. (SARLET, 2012, p.577).

SARLET (2012, p.578) assevera que:

Basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito (direito à saúde como direito subjetivo, de todos, e, portanto de titularidade universal), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera).(grifo nosso).

Além disso, nos artigos seguintes, ou seja, no art. 197, a constituição atribui a tarefa de regulamentar as ações e serviços de saúde ao Legislativo, fixa as diretrizes do Sistema Único de Saúde no art. 198. No art. 199, possibilita a participação da iniciativa privada na complementação da assistência à Saúde, bem como estabelece em caráter exemplificativo às atribuições (nos termos da lei) que competem o Sistema Único de Saúde no art. 200 (SARLET, 2012, p.577).

Com relação à participação da iniciativa privada, a Constituição de 1988 trouxe a possibilidade de ela prestar assistência à saúde, não sendo, portanto, a saúde, exclusividade do Poder Público, podendo as instituições privadas participar de maneira complementar do SUS, através de contrato de direito público ou convênio, mas tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (IBRAHIM, 2011, p. 10).

E mais, conforme preconiza o art. 199 da CRFB/1988, é vedado destinar recursos públicos a instituições privadas lucrativas com o intuito de subvencionar ou auxiliar. Observe que a Constituição não veda a criação de empreendimentos voltados ao lucro na área da saúde e sim, veda a alocação de recursos públicos a estes empreendimentos, salvo, é claro, o pagamento de despesas que essas instituições privadas despenderam em favor do serviço do SUS (IBRAHIM, 2011, p.11).

Em relação ao SUS, pondera o autor IBRAHIM, (2011, p.09), que o Sistema Único de Saúde é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Tal orçamento é destinado ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela direção nacional com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 31 da Lei nº 8.080/90; IBRAHIM, 2011, p.9).

Referindo-se ao orçamento, cabe destacar que o art. 77, § 1, do ADCT, prevê que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de, pelo menos, 7%”.

Acrescente-se a essa informação que o art. 198, par. 2º da CF de 1988, após a emenda constitucional nº 29/00, determinou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar, anualmente, nas ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos advindos da aplicação de percentuais calculados sobre a arrecadação de tributos, além da parcela dos valores obtidos a partir de repasses da União e dos Estados e dos Fundos de Participação de Estados e Municípios, devendo os percentuais mínimos ser estipulados através de Lei Complementar.

Cabe observar, segundo IBRAHIM (2011, p.10):

Que a própria EC n. 29/00 dispôs que, na ausência de lei complementar, que realmente ainda não foi elaborada, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto no art. 77, §1, do ADCT, ou seja, já se antecipando à omissão, a regra transitória será aplicável enquanto perdurar a inércia legislativa, mesmo após o ano de 2004.

Conforme bem observou IBRAHIM (2011, p.10):

A lei complementar prevista será reavaliada pelo menos a cada 5 (cinco anos), e estabelecerá os percentuais de transferência; os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal e as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União (art. 198, § 3 da CRFB/88).

Ademais, a Lei nº 8.080/90 preceitua que ao Sistema Único de Saúde compete entre outras atribuições:

I- Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, além de participar da produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II- Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III- Ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV- Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V- Incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI- Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII- Participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII- Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Existe, também, desde 2006, o Conselho Nacional da Saúde, criado pelo Decreto nº 5839, de 11 de julho de 2006, sendo esse órgão colegiado formado por representantes do governo, dos prestadores de serviço, profissionais da saúde e usuários (IBRAHIM, 2011, p. 9).

Percebe-se então que esse direito encontra-se não só positivado em inúmeros artigos da Constituição, como também em normas infralegais que tratam sobre ele. Contudo, conforme bem destacou SARLET, um dos maiores problemas com que se deparam não só os operadores do direito, como todos que lidam com esse direito, é identificar quais os efeitos que podem ser extraídos das normas constitucionais que tratam sobre ele. Ademais, tarefa demasiadamente difícil é estabelecer o objeto do direito à saúde, bem como os contornos que limitam tal direito tanto objetiva como subjetivamente, “especialmente controversa, embora a farta jurisprudência nessa seara continua sendo a discussão em torno da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual (ou coletivo) a prestações na área da saúde” (SARLET, 2012, p.577).

O mencionado autor, SARLET (2012, p.577), cita que:

Além disso, assume relevo (também aqui) o questionamento a respeito do limite da prestação reclamada do particular perante o Estado. Em outras palavras, cuida-se de saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o nível dos serviços a serem prestados.

Resumindo, a pergunta necessária é se o particular, seja qual for sua condição financeira, ou apenas aquele que comprove ser carente de recursos financeiros para custear um plano de saúde privado, “poderá ter acesso, por exemplo, além dos serviços essenciais na esfera médica, a atendimento odontológico, psicológico, serviços de fisioterapia, etc.” (SARLET, 2012, p.577).

E ainda, persiste a indagação, se o Estado está obrigado a prestar os serviços de saúde de maneira a proporcionar o mínimo possível com o fito de assegurar a eficácia das prestações ou terá o cidadão o direito de usufruir gratuitamente uma saúde de ponta com equipamentos de alta tecnologia, com maior conforto, com quartos privativos em hospitais (SARLET, 2012, p.577-578).

Nesse aspecto, complementa SARLET (2012, p.578):

Cuida-se, também neste particular, do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípua, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para autoajuda) ou se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão ótimo nesta seara.

Ainda que o direito à saúde não seja ilimitado, não se pode aceitar a alegação da falta de recursos, bem como a de que os direitos sociais, inclusive o direito à saúde positivado na Constituição Federal, foram lá colocados como mera diretriz, ou seja, como norma programática e norma limitada, ademais a sustentação da tese de que o Judiciário é incompetente para dirimir tal situação conflituosa e decidir se esse direito deve ou não ser concedido a título subjetivo pelo poder público, não parece prevalecer, ainda mais quando se está diante de situações que tratem da preservação do direito à vida (SARLET, 2012, p.578).

Prossegue o mesmo autor:

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor- além da já clássica alegação de que o direito a saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada- os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação de recursos e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa

prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que se está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo (individual ou mesmo coletivo, a depender do caso) a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental, ou seja, como trunfo contra maioria, muito embora com isso não se esteja a sustentar que o direito à saúde possa ser considerado como um direito ilimitado a qualquer tipo de prestação estatal. (SARLET, 2012, p.578).

4 POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO A SAÚDE

4.1 Argumentos Contrários e a Favor ao Ativismo Judicial

Inicialmente, cabe analisarmos o que seria esse ativismo judicial. Nas lições do professor RAMOS, temos a seguinte explicitação:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2010, p.116-117).

Posteriormente, também na obra já citada, o autor ensina o que devemos entender por ativismo judicial:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p.129).

Como se percebe, o referido autor conceitua ativismo judicial como algo negativo, onde o Judiciário exorbita o seu limite de atuação interferindo na esfera dos outros poderes, notadamente na atuação do Poder Legislativo.

Assim, também coaduna do mesmo entendimento LEAL, segundo o qual, ativismo judicial está ligado “à ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário razão porque adverte chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional” (LEAL, 2012 *apud* COELHO, 2012, p.24).

Nesse contexto, SARLET (2012, p.563) expõe que:

Outro argumento habitualmente assacado contra a exigibilidade dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações, especialmente de direitos originários a prestações, diz com a alegação da impossibilidade do controle judicial das políticas públicas destinadas a garantir efetividade desses direitos, visto que tais políticas e decisões da Administração e do Legislativo constituiriam matéria afeta à discricionariedade administrativa e/ou liberdade de conformação do legislador, portanto, sujeitas apenas a critérios de

conveniência e oportunidade, sobre os quais não caberia intervenção judicial.

Importante ressaltar que a “consagração da garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5, XXXV, por si só bastaria para fragilizar o argumento da inviabilidade de controle judicial das políticas públicas”, ainda mais quando se está em jogo a efetividade dos direitos sociais (SARLET, 2012, p. 563).

Delgado (2008 *apud* CARVALHO, 2009), conceitua ativismo judicial como: “[...] postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”.

BARROSO, em entrevista a Ito (2009), conceitua-o da seguinte forma: “Já o ativismo, ao contrário da judicialização, não é fato, mas atitude. Acontece quando há um déficit de outros poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis”.

Nas palavras de LENZA (2010, p. 55), trata-se de um neoconstitucionalismo que não mais está atrelado à limitação do poder político, mas que, em virtude da busca efetiva da Constituição, deixa o texto de ter um caráter retórico e passa a ter mais efetividade, notadamente quanto à expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Na última década, tem sido defendida no âmbito brasileiro, tanto por teóricos do direito quanto por constitucionalistas, uma adesão à aplicação de princípios constitucionais pelo julgador para “encontrar – com ou sem ponderação de direitos e interesses contrastantes – a solução correta”. Essa postura conhecida como neoconstitucionalista ou pós-positivista vem indicando uma nova forma de ver e viver o direito, e essas manifestações de adesão a essa “perspectiva moralista” é encontrada hoje não só na doutrina, como também o Supremo Tribunal Federal vem recorrendo a ela para alicerçar a ampliação dos seus poderes decisórios (DIMOULIS, 2012, p.261-262).

Disserta, ainda, DIMOULIS (2012, p. 262):

Em paralelo, afirma-se que a principal característica da experiência jurídica brasileira após a Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento do Poder Judiciário, segundo uma tendência que se manifesta em vários países, mas adquiriu particular intensidade no Brasil. O Judiciário concretiza a Constituição, aplicando-a diretamente em casos concretos, de acordo com aquilo que os

Tribunais consideram como conteúdo dos princípios constitucionais. Isso criou o referido protagonismo do Poder Judiciário, simbolizado pela recente midiática do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação cotidiana tornou-se notícia central, sendo frequentes reportagens e entrevistas sobre os posicionamentos políticos e até mesmo sobre a vida privada de seus integrantes.

Em virtude dessas mudanças, a atividade jurisdicional tem ficado cada vez mais próxima da atividade do legislador positivo, quer dizer, muitas vezes, o Judiciário tem suprido lacunas legislativas e até mesmo decidido contrariamente ao estabelecido no texto legal, suprimindo as omissões do Legislativo. Essa situação é conhecida como ativismo judicial e esse vem sendo defendido por grande parte da doutrina, sendo minoria quem o critica (DIMOULIS, 2012, p. 262-263).

O referido doutrinador acima faz a seguinte pergunta: “Quais são as justificativas jurídicas que permitem ao Poder Judiciário atuar de maneira que contrarie decisões de outras autoridades estatais, alegando que certas decisões destoam do texto constitucional ou de normas infraconstitucionais?”. E mais: “O que autoriza o Poder Judiciário, guardião da legalidade, a tomar decisões que contrariem as políticas públicas estipuladas pelo Legislativo, incluindo o orçamento estatal, o exercício do poder discricionário do Executivo e até a liberdade econômica-contratual dos particulares?”

Antes mesmo de o Judiciário ser o guardião da legalidade, esse é o guardião dos fundamentos jurídicos contidos na Constituição Federal de 1988, ora o próprio texto constitucional no art. 102 caput prevê que o Poder Judiciário é o guardião dessa e não podemos esquecer que, antes de tudo, vem a CF. É importante lembrar-se da pirâmide de Kelsen referida pelo STF (CRUZ, 2009), em que a CF vem no topo dela. Vale ressaltar que as políticas públicas de saúde, por exemplo, são estipuladas por atos normativos, normas abaixo da Constituição. Exemplificando, quando determinado medicamento essencial à saúde de um cidadão, em um caso concreto, não está contido na lista de medicamentos essenciais, não se pode negá-lo sob esse fundamento. Afinal, o que deve prevalecer: a CF ou a lista? É claro que a CF! Não há dúvida quanto a isso, por isso, tais listas limitam o direito à saúde do cidadão, sendo que não pode o poder público se negar a fornecer determinado tratamento de saúde não contido expressamente na lista com esse fundamento.

Ainda segundo DIMOULIS (2012, p.264), o fato de o juiz simplesmente aplicar a lei é tido como uma combinação de atraso teórico (formalismo) com o conservadorismo e a insensibilidade política (falta de preocupação com a Justiça).

Contudo, os críticos deste protagonismo no Judiciário, que são os defensores da abordagem minimalista, consideram um risco as decisões do Poder Judiciário, pois podem acabar ensejando na “despolitização do direito do Estado”, ou seja, podem fazer com que os julgadores substituam o papel daqueles que foram legitimamente escolhidos pelo povo através do Regime democrático, o que ao ver desses defensores do minimalismo, resultaria na transformação da democracia-representativa pelo “governo de juízes” ou como é conhecido, atualmente, pela juristocracia (DIMOULIS, 2012, p. 264).

Porém, essa abordagem não merece respaldo, pois:

[...] Não leva em consideração que a despolitização, no sentido da falta de preocupação com os valores políticos da Constituição, não foi causada pelo ativismo judicial. Deve-se às omissões dos demais poderes que ostentam sua legitimidade política e representatividade sem se preocupar com os resultados concretos de sua atuação. Quando os poderes “políticos” (legislativo e executivo) perdem sua legitimidade popular e mostram-se inertes perante os problemas sociais e há necessidade de implementar os mandamentos constitucionais, o Judiciário não atua como usurpador. Simplesmente tenta preencher vazios normativos e oferecer respostas à população (DIMOULIS, 2012, p. 265).

Já em se tratando especificamente da implementação da saúde pública, o doutrinador, é claro quando revela seu posicionamento, declara que o Judiciário, nesses casos, usurpa sim a função do legislador, caso contrário, vejamos:

Nos últimos anos aumenta o número de decisões do Judiciário brasileiro que atendem pedidos de cidadãos, de organizações da sociedade civil ou do Ministério Público e determinam uma política social mais generosa e divergente daquela decidida pelo Legislativo e implementada pelo Executivo. Frequentemente, os juízes obrigam o Executivo a construir escolas, fornecer remédios não autorizados pelas autoridades competentes, a internar pacientes, a matricular alunos apesar da falta de vagas, ou a conceber benefícios previdenciários não previstos em lei. Tais iniciativas são analisadas pela doutrina sob o rótulo de judicialização das políticas públicas. Expressam a conscientização de muitos integrantes do Judiciário acerca das gritantes desigualdades do País. Mas, por mais que seja politicamente louvável, essa atuação é constitucionalmente problemática. Quando a Constituição não determina o número de vagas ou os remédios necessários e atribui tal competência aos legisladores, o Judiciário não tem competência para tanto e compromete o equilíbrio institucional desejado pelos constituintes,

usurpando sim, nesses casos, o poder legislativo.(DIMOULIS, 2012, p. 268)

No entanto, de maneira divergente, pensa grande parte da doutrina.
Disserta COELHO:

[...] tudo isso ocorre de maneira necessária, não apenas em decorrência da insuprimível distância entre a generalidade- abstração das normas e a especificidade- concretude das situações da vida, mas também em razão das constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito, transformações que ampliam aquela distância, suscitando problemas de justiça material, que o juiz do caso está obrigado a resolver prontamente, até porque não pode aguardar- reitere-se-, as sempre demoradas respostas do legislador. Nessa perspectiva, não seria exagerado dizermos que, ao fim e ao cabo, a tão combatida criação judicial do direito é apenas um completamento- de resto absolutamente indispensável- do trabalho do legislador, cujas opções normativas, ainda que fossem proféticas, jamais conseguiriam aprisionar nas malhas da lei toda a complexidade social. Numa palavra, para realizar materialmente o direito e possibilitar que se dê a cada um o que é seu, o legislador não prescinde, antes precisa, da participação do juiz [...].(COELHO, *apud* DIAS, 2010, p. 83, grifos do autor).

Contudo, torna-se saliente o alerta dado por CAMPOS (2009, p.5):

Se à reiterada omissão legislativa inconstitucional, se somasse uma também reiterada “omissão judicial”, tudo estaria perdido para a força normativa da Constituição, que se encontraria desprotegida diante da inércia dos poderes constituídos, pondo-se em risco a efetividade não apenas do dispositivo constitucional não regulado, mas da constituição como um todo.

De acordo com MEDEIROS (1999 *apud* MENDES, 2009, p. 1267-1268):

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional, as decisões modificativas integram-se coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito. O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

Percebe-se que MEDEIROS vislumbra na postura ativista uma resposta à crise das instituições democráticas que não conseguem atingir a satisfação dos anseios sociais dos cidadãos que querem ver realizados os direitos trazidos na Carta Magna.

A esse respeito, DIAS (2010, p.119) menciona:

Em tese, portanto, o ativismo seria, na verdade, uma etapa da atuação do Poder Judiciário já prevista constitucionalmente. O papel do judiciário contemporâneo seria justamente garantir o cumprimento da constituição, devendo adotar uma postura ativista.

Ainda segundo o referido autor, para aqueles que concordam com a atuação ativista do Judiciário, o juiz, ao tomar suas decisões com uma postura ativista, “não faz mais do que sua obrigação”. Os defensores dessa tese dizem que a Constituição foi criada para ter efetividade, sendo que se os órgãos competentes não executam o previsto nela, caberá ao Poder Judiciário fazer as vezes daqueles e cumprir os preceitos constitucionais.

Por conseguinte, em entrevista realizada com o promotor de Justiça de Nossa Senhora do Socorro –Sergipe -, Sandro Luiz da Costa, interrogado sobre a posição dele a respeito da questão do ativismo judicial, se isso tem ajudado a mudar a realidade da saúde pública no Brasil, dissertou que, a partir do momento que as políticas públicas de saúde estão sendo concretizadas pelo Poder Judiciário, há a verdadeira efetividade das normas constitucionais que, por conseguinte, não se tornam meras normas programáticas.

Nesse sentido, acrescenta DIAS (2011, p.128):

Esse tipo de postura do Legislativo acaba gerando uma redução da força normativa da constituição e, de certa forma, desmoraliza a Lei Maior. Se a Carta Cidadã criou grande gama de direitos, não foi para que se tornassem letra morta, mas sim para atender ao anseio da população brasileira, que quer e merece ver seu direito a saúde, educação, cultura, meio ambiente e todos os outros ali previstos, especialmente a dignidade da pessoa humana, realizados.

Ainda, complementa DIAS (2011, p.129):

[...] o ativismo judicial representa um passo adiante na interpretação do direito, se mostrando como uma poderosa ferramenta para o atendimento dos anseios de uma sociedade que, apesar de ser regida por um texto que lhe garante mais direitos talvez que qualquer outro no mundo, não vê esses mesmos direitos ganharem a luz do dia. Com a postura ativista do Judiciário, mormente do STF, abre-se um novo horizonte de possibilidade para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana no Brasil(grifo nosso).

A sociedade espera de seus representantes (deputados e senadores) a concretização dos direitos insculpidos na carta magna, quando essa percebe que não os conseguirá. Dessa forma, recorre ao Poder Judiciário na ânsia de conseguir usufruí-los, não por mera birra, mas sim por extrema necessidade. Alguns defensores da crítica, interventores do Poder Judiciário, alegam que os membros deste poder não possuem legitimidade democrática para atuar em nome da sociedade, como os deputados e senadores que foram eleitos pelo povo para intervir

a favor dele, contudo, as pessoas não têm a ciência de que a parte, quando pleiteia o seu direito perante o órgão do Poder Judiciário, está pedindo ao Estado-juiz que o represente nessa lide para dirimir esse conflito de interesses, entre ele particular (sociedade) e os entes da Federação, pois a competência para cumprir as diretrizes do SUS - Sistema Único de Saúde - é solidária, ou seja, pertence aos Estados, Municípios e à União.

Portanto, conforme DIAS (2011, p.123), o cenário perfeito existiria se não houvesse a necessidade de se recorrer ao ativismo judicial para que a população tivesse os seus anseios garantidos. Contudo, esse não é o cenário vislumbrado no Brasil, sendo o ativismo “um mal necessário”, porquanto os outros poderes não cumprem o que lhes fora outorgado.

Percebe-se que, se o legislador pretendesse criar leis que contivessem todos os direitos que supostamente uma sociedade necessita, seria a realização de tal pretensão impossível, pois não se pode prever todas as necessidades da sociedade, precisando sim da atuação do Poder Judiciário que não só conta com as leis para fundamentar as decisões, como com princípios gerais do direito, analogia, costumes, sendo esses, muitas vezes, instrumentos mais atuais para a concretização de determinados direitos. Perceba-se, notadamente no caso da concessão das tutelas de medicamento, se, por exemplo, o Poder Judiciário só concedesse aquilo que está descrito na malha da lista de medicamentos essenciais-Rename -, quantas pessoas teriam ficado sem o tratamento médico de caráter urgente para a sobrevivência e viriam a ter a situação de saúde agravada e, quem sabe, até viessem a óbito, em completo desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como ao direito à vida e ao princípio da efetividade constitucional.

O que nos parece mais sensato, pois o que é mais importante? O equilíbrio institucional desejado ou o direito à vida e à saúde? A resposta é bem óbvia.

4.2 Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais: Normas Programáticas X Normas de Direito Subjetivo

Inicialmente, é possível se partir do pressuposto de que os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, sujeitam-se às normas previstas no art. 5, § 1 da CF, ou seja, são normas imediatamente aplicáveis, munidas de eficácia plena, no

entanto, não se pode olvidar que em torno desta conclusão existem várias questões controversas do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial (SARLET, 2012, p.558).

Quanto aos direitos sociais, em razão do artigo supracitado, “vale a premissa de que não é possível reduzir as normas que os consagram a normas programáticas, de eficácia diferida, dependente sempre e integralmente da atuação complementar do legislador infraconstitucional” (SARLET, 2012, P.559).

Entretanto, a problemática da exigibilidade desses direitos aparece quando na medida em que se avalia se é possível através do Poder Judiciário determinar ou impor ao Poder Público uma prestação direta, fundamentada na Constituição, isto é, quando se verifica a exigibilidade dos direitos sociais enquanto “direitos originários a prestações”, não necessitando que essa prestação esteja contida em uma norma infraconstitucional (SARLET, 2012, p. 559).

Cumprido destacar que:

Com efeito, é de reiterar, nesta quadra, que a situação na qual se busca a manifestação do Poder Judiciário para impor ao Poder Público uma prestação que não pode ser reconduzida a uma prévia opção legislativa ou mesmo a uma política pública ou medida administrativa incorporada ao sistema de políticas públicas (hipótese que corresponde aos assim chamados direitos derivados a prestações), não é idêntica, embora haja questões polêmicas e de difícil equacionamento em cada uma das categorias (direitos derivados e direitos originários a prestações). (SARLET, 2012, p.559).

A oposição mais comumente levantada, “embora, atualmente, menos utilizada”, seria justamente essa de que as normas de direitos sociais são normas de cunho meramente programáticas ou “quando muito” impositivas de programas, fins ou tarefas que diversamente das programáticas teriam alguma eficácia vinculativa, mas não poderiam, sem prévia manifestação legislativa, servir de fundamento para a dedução direta da constituição de direitos cogentes de prestação por parte do Estado” (SARLET, 2012, p. 559).

Mas o que seriam essas normas programáticas que alguns autores (minoria) definem os direitos sociais como pertencentes a essa classe de normas?

Pontes de Miranda versa que as normas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. Sendo certo que a legislação, a execução e a própria Justiça estão

sujeitadas a esses ditames, que são programas dados à sua função (PONTES DE MIRANDA, 1969, *apud* SANTOS, 2004,p.5).

Conforme SANTOS (2004, p.5) (grifo nosso), as normas programáticas:

[...] são as disposições que indicam os fins sociais a serem atingidos pelo Estado com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista a concretização e cumprimento dos objetivos fundamentais previstos na Constituição. **São normas vagas, de grande densidade semântica, mas com baixa efetividade social e jurídica, não gerando em sentido estrito direitos subjetivos públicos para a população.** Estas normas programáticas acabam tendo baixo grau de densificação normativa, dizendo respeito a planos e diretrizes futuras a serem implementados pelos governantes.

Segundo RAMOS (2012, p.246), foi Jorge de Miranda quem classificou melhor as normas quanto à sua eficácia, tendo ele utilizado a classificação básica com outra que separa as normas preceptivas das normas programáticas, enfatizando que a diferença principal entre elas “se situa na interação com a realidade constitucional”. Concluiu que “se todas as normas de eficácia plena são preceptivas, nem todas as de eficácia limitada o são”. Então, distinguiu as normas de eficácia limitada em preceptivas e programáticas:

Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e, sobretudo) de factores económicos e sociais(MIRANDA, 2012, p. 246 *apud* RAMOS, p. 248) (grifos nossos).

Historicamente, cabe ressaltar que foi a Constituição alemã da República de WEIMAR de 1919 a primeira Constituição a incorporar ao catálogo de direitos fundamentais os direitos econômicos e sociais. Essa Constituição consagrou tais direitos como normas de eficácia limitadas de dimensão prospectiva em normas programáticas, por estarem, essas normas, intimamente ligadas a programas governamentais (RAMOS, 2012, p.248).

Segundo o referido autor, o intérprete-aplicador deve visualizar a norma respectiva como dependente de providências integrativas dos Poderes Públicos, como esclarece abaixo:

Todavia, no caso de direitos sociais prestacionais em face do Poder Público, cabe ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar que o peso do elemento histórico deve ser sobrepujado, na espécie, pela

textualidade do dispositivo-sede, claramente indicativa de plena eficácia do preceito (RAMOS, 2012, p.249).

Quer dizer, caso o intérprete-julgador perceba no caso concreto elementos suficientemente fortes e plausíveis, pode demonstrar que mais vale a concessão do direito do que a prisão à historicidade da norma, mesmo que seja ela de cunho programático.

RAMOS (2012, p. 245) enfatiza que as normas são classificadas pela interpretação *prima face* dos dispositivos delas, levando-se em consideração principalmente o grau de potencialidade para produzir efeitos jurídicos.

Segundo SILVA (1982 *apud* RAMOS, 2012, p.245-246), a distinção clássica é entre normas exequíveis e não exequíveis. Posteriormente, a doutrina acresceu novas subdivisões o que facilitou a compreensão do assunto, subdividindo-as em normas de eficácia plena – autoexecutáveis - e normas de eficácia limitada - não executáveis (RAMOS, 2012, p. 246).

Porém, “[...] complexa é a atribuição a uma norma constitucional da condição de norma programática, na medida em que, raramente, o condicionamento de sua eficácia a providências variadas dos Poderes Públicos resta expresso ao menos parcialmente indicado no respectivo texto” (RAMOS, 2012, p.247).

Inúmeras são as críticas às normas programáticas, pois se versa que essas não possuem eficácia imediata e, portanto, não são normas cogentes, “não passando de meros planos/programas que serão realizados com a evolução do Estado. Seriam normas que não vinculariam”, sendo assim, não determinam relação jurídica alguma (SANTOS, 2004, p.5).

Assevera (BONAVIDES, 1993 *apud* SANTOS, 2004, p.5) que:

As críticas expressas acima se resumem em três aspectos básicos: a) as normas programáticas têm por conteúdo princípios abstratos e na maioria implícitos; b) as normas enunciam programas políticos não vinculantes; c) as normas estampam regras genéricas, vagas e abstratas que acabam por escapar de uma aplicação positiva.

É importante destacar que, sendo instituídas certas normas com caráter meramente programático, “estar-se-ia desestimulando a luta social por esses direitos que já aparecem dispostos na Constituição, mas sem força de realização efetiva” (SANTOS, 2004, p.6).

É o que preceitua o referido autor supramencionado citando GRAU:

Assim, penso possamos afirmar que a construção que nos conduz à visualização das normas como tais - programáticas - no texto

constitucional tem caráter reacionário. Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade civil a reivindicar já está contemplado na Constituição (GRAU, 1994 *apud* SANTOS, 2004, p.6)

“Outro aspecto negativo das normas programáticas que tem grande carga axiológica, mas baixo grau de concreção, é que a efetividade dessas normas depende de fatores eminentemente políticos” (SANTOS, 2004, p.6).

BASTOS (1994 *apud* SANTOS, 2004, p.6) assevera que as normas programáticas:

São extremamente generosas quanto às dimensões do direito que disciplinam, e, por outro lado, são muito avaras nos efeitos que imediatamente produzem. A sua gradativa implementação, que é o que no fundo se almeja, fica sempre na dependência de resolver-se um problema prévio e fundamental: quem é que vai decidir sobre a velocidade dessa implementação? Pela vagueza do Texto Constitucional, essa questão fica subordinada a uma decisão política. Trata-se, portanto, de matéria insuficientemente juridicizada. O direito dela cuidou, sim, mas sem evitar que ficasse aberta uma porta para o critério político(grifo nosso).

Essas críticas feitas às normas programáticas notadamente quanto à sua falta de eficácia social geraram a noção de que essas normas, apesar de contidas na Constituição, não possuem aplicação, sendo assim, passaram a receber “denominações mezinhas como: mero programa, proclamações admoestações morais, declarações bem-intencionadas, manifestos, sentenças políticas, aforismos políticos, boas intenções,” destacando-se críticas que versavam que essas normas só serviam apenas para dar “colorido doutrinário às Constituições” (SANTOS, 2004,p.6).

A crítica mais severa e latente, segundo o referido autor, é que:

As duas consequências mais perversas, na nossa opinião, da falta de efetividade jurídico- social das normas programáticas acabam sendo que: 1-) juristas de araque e governantes com tendências despóticas podem alegar a falta de efetividade das normas programáticas e evadir-se do cumprimento de diversas regras e princípios constitucionais; 2-) ocorre um sentimento de frustração constitucional dentre a comunidade, passando a haver um divórcio latente do mundo normativo (sollen) do mundo real (sein). Esta frustração pela não implementação e realização dos objetivos constitucionais, e a não aplicação de diversos direitos sociais e econômicos levam a população a descreer na ordem jurídica e não respeitar a Constituição como lei fundamental do Estado(SANTOS, 2004, p.6)

Como afirma SANTOS (2004,p.6), “em reação a essas críticas sobre a falta de efetividade das normas programáticas, vem as teorias e argumentos de autores da excelência de Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, Crisafulli e Luís Roberto Barroso”.

Prossegue dizendo:

Afirmam que todas as normas são dotadas de eficácia vinculativa imediata dentro de uma análise sistêmica da Constituição, repelindo-se a identificação das normas programáticas como mera intenção futura, simples programas ou mera exortação moral. Sustentam os autores que as normas programáticas têm eficácia vinculante e imediata, pois toda a norma constitucional é sempre obrigatória, pois derivam do Poder Constituinte sendo dotadas de supralegalidade e todas apontam no ápice do ordenamento jurídico a que as demais normas devem respeito. (Grifo nosso)(SANTOS,2004,p.7).

HORTA lembra que “a aplicabilidade imediata da norma programática, que a doutrina contemporânea proclama, é questão diversa da exigibilidade por si mesma da norma constitucional” (HORTA, 1995, p. 223-224).

Cabe aqui destaque o que versou SANTOS (2004, p.7), citando autores renomados:

[...] no lastro de Jorge Miranda, as normas programáticas exigem uma lei que as regulamentem, mas também necessitam de providências administrativas e operações materiais para que sejam capazes de atingir as estruturas econômicas, sociais e culturais subjacentes à Constituição.

Neste aspecto, a eficácia destas normas programáticas é deveras complexa, por não apenas exigir a atuação efetiva do legislador, mas por depender de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Governo com a fiscalização, orientação e pressão populares. O caminho para a concretização destas normas é penoso, fruto de lutas e conquistas sociais.

Sendo certo que a visão crítica que muitos doutrinadores têm quanto às normas programáticas é influenciada pelo que elas representavam antes mesmo “da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica”. Acontece que, atualmente, a essas normas tem sido dado valor jurídico semelhante ao dos demais preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam (BARROSO, 2004 *apud* SANTOS, 1993, p.111).

Contudo, preconiza RAMOS (2012, p.249), ainda que nem todo direito fundamental socioeconômico consubstancia-se em norma constitucional

programática, como exemplo, tem-se o direito de greve ou liberdade sindical e que, em relação aos direitos sociais prestacionais, cabe ao intérprete o “ônus argumentativo” para demonstração da qualidade da norma ao preceito. Acrescenta ainda: “Na constituição brasileira, há um bom exemplo de dispositivo em que a assertividade do texto não permite ao exegeta senão reconhecer a exigibilidade imediata do direito social assegurado. Cuida-se do direito de acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito” (art. 208,§ 1, da CF).

Contudo, acrescenta RAMOS que “apenas no caso de direitos sociais a prestações estatais necessárias para compor o denominado mínimo existencial, admite-se a direta e imediata exigibilidade judicial, por se entender que estão abarcados no núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física” (art. 2, nº 2, 1 parte, da LF de Bonn).

Da análise do art. 196, é possível identificar não só o direito coletivo à saúde como também o direito individual, dizer como alguns autores defendem que o direito à saúde é norma programática é negá-lo no caso *in concreto*, pois, o que é um direito se não efetivado, ou seja, um direito incapaz de produção de efeitos. Se esse apenas indicasse diretrizes, como é o caso das normas consideradas meramente programáticas, significaria concluir que a Carta Magna não tem força normativa.

Contudo:

Tal linha argumentativa, especialmente no que exclui qualquer possibilidade de dedução em Juízo de um direito subjetivo originário a prestações (notadamente no caso das prestações de caráter material), não pode subsistir, seja em face do teor literal e compreensão dominante da norma contida no art. 5,§ 1 da CF, seja pelo fato de que os direitos sociais perderiam a sua condição de direitos fundamentais, caso seu objeto e a decisão sobre sua eficácia e efetividade, ficassem integralmente (ainda que se reconheça o papel prioritário e indispensável do legislador para a efetividade dos direitos sociais) subordinados ao legislador, transformando-se tais direitos em direitos apenas na medida da lei. (SARLET, 2012, p.559). (grifo nosso).

Como bem asseverou o renomado autor:

Dada a heterogeneidade das normas de direitos sociais (como a norma que preceitua o direito à saúde), aspecto, aliás, comum, aos direitos fundamentais em geral, resulta ainda mais evidente a necessidade de considerar tal diversidade, especialmente quando da aplicação, aos direitos sociais, notadamente quando compreendidos na sua dimensão positiva, como direitos subjetivos a prestações estatais, da noção de que as normas de direitos fundamentais são—de acordo com a terminologia mais difundida no Brasil—normas de eficácia plena, no sentido de que por mais relevante que seja o papel do legislador infraconstitucional (o que, no caso dos direitos sociais,

é de ser ainda mais enfatizado), não se poderá deixar a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais, na esfera plena e ilimitada de atuação do legislador. Dito de outro modo, também os direitos sociais não podem ter sua eficácia e efetividade, mesmo como direitos a prestações, integralmente, portanto, exclusivamente, condicionados por uma interposição legislativa, cuidando-se, nesta perspectiva, também de autênticos triunfos contra a maioria (NOVAIS, 2012 apud SARLET, 2012,p.16).

Cumpra destacar nesse ponto a opinião do Promotor de Justiça de Nossa Senhora do Socorro –Sergipe -, Sandro Luiz da Costa, quanto à constitucionalidade das listas de medicamentos. Ele alegou que é dever do Estado oficializar quais os medicamentos ou tratamentos de saúde prioritários ou não, fazendo essa oficialização com base em fundamentação técnica, no entanto, essa lista possui um rol exemplificativo e não taxativo, sendo assim remédios que em geral não estejam contidos nas referidas listas, no caso concreto, poderão ser fornecidos. Sendo essa característica do ativismo judicial, ou seja, a visualização das situações concretas, mas sempre garantindo a isonomia, se há um desigual, por exemplo, no caso concreto, deve-se agir desigualmente à maneira que se desigualava.

Perceba que essa lista de medicamento nada mais é que legislação infraconstitucional, sendo assim, como bem ressaltou os juristas supracitados, não se pode negar a efetividade da norma contida na constituição em razão da legislação infraconstitucional, apesar de essa ser significativamente importante para o planejamento do próprio Estado.

Conforme bem asseverou SARLET (2012, p.182), a doutrina distingue a eficácia das normas em duas esferas, quais sejam esfera jurídica ou de aplicabilidade e esfera da efetividade ou de eficácia social, sendo que aquela opera como um “dever ser” e esta no “plano do “ser””, ou seja, na concretização da norma no “mundo fático”. Ressalta o autor que o fato de uma norma ser aplicável e apta a gerar efeitos jurídicos não significa que ela venha a ser aplicada e que tais efeitos se concretizem.

Nesse sentido, SARLET (2012, p.182) afirma:

Ambas as dimensões, eficácia e efetividade, não apenas guardam relação entre si, como se complementam e, de certo modo, se condicionam, pois a decisão sobre quais efeitos potenciais de uma norma constitucional (já no plano da eficácia jurídica) e a medida de sua aplicabilidade influencia a decisão sobre o “se” e o “como” da efetiva aplicação do programa normativo, portanto, de sua efetivação.

O que o autor ressaltou é de salutar importância, porquanto a maioria das normas para serem aplicadas e concretizadas no mundo fático necessita de programação, principalmente quando se fala em direito social, haja vista que a aplicação dessas normas requer não só a sua imposição, como existem fatores preponderantes para que essa imposição possa ser efetivamente cumprida.

Acontece que na realização de direitos como o direito à saúde, por exemplo, um direito intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, por vezes, a burocracia de programas deve ser deixada de lado em prol de um interesse maior da sociedade que é a manutenção da própria vida, entenderemos melhor a seguir.

A título de exemplo e comparação, tomemos dois direitos sociais o direito à saúde e o direito à moradia. Segundo SARLET (2012, p.182), o direito à saúde está reconhecido e previsto em contornos gerais nos artigos. 6 e 196 da Carta Magna, se encarado do ponto de vista de alguns doutrinadores (minoria) que negam a esse a aplicabilidade imediata, ou seja, negam aplicabilidade e efetividade às normas definidoras desse direito, ou ainda “apenas admitem que se trata de norma de eficácia limitada. A consequência será a decisão de não reconhecer (pela via judicial) um direito subjetivo a qualquer prestação em matéria de saúde” que não estiver prevista em lei e para outros, inclusive que não tiverem previsão orçamentária.

No entanto, nos dias de hoje, a maioria da doutrina e da jurisprudência, ou seja, o pensamento majoritário dos estudiosos e aplicadores do direito é no sentido de reconhecer a aplicabilidade e eficácia imediata e direta de tais normas, “um possível efeito (jurídico e concreto) do direito à saúde será até mesmo o reconhecimento de um direito subjetivo originário a prestações, ainda que não previstas em legislação infraconstitucional, já por força da normativa constitucional” (SARLET, 2012, p.182).

Já no que tange ao direito à moradia só a título de exemplo, já que foge do foco central da nossa temática, mas esclarece a diferença e importância (sobreposição) do direito à saúde em relação aos demais direitos sociais constitucionalmente previstos, assevera o autor que diferentemente do direito à saúde quanto à moradia, apesar de o STF ter reconhecido esse direito como fundamental, admite a restrição da razão de bens “constitucionalmente conflitantes”,

además, há juízes que o entendem como previsto em norma não autoaplicável (RE 407.688-8, rel. Min. CESAR PELUZO, j. 08.02.2006 *apud* SARLET, 2012, p.182).

Além disso, destacou:

A preocupação com um adequado manejo do problema (teórico e prático, reitere-se) da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, é sempre também uma preocupação com a sua efetividade, bem como com a sua força normativa, visto que, como bem lembra Luís Roberto Barroso, “o Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não poder ser estranha ao seu objeto e interesse de estudo”. (SARLET, 2012, p.183 *apud* BARROSO, 2011, p. 216).

E ressaltou que a efetividade de tais normas enseja então na realização dessas, de maneira que se possa atingir o maximal na realização delas, “no plano da vida real”, isto é, que seja concretizado com a máxima efetividade aquilo que está abstratamente previsto, em outros termos, “como também pontua Barroso, ao processo de migração do “dever ser” normativo para o do plano do “ser” da realidade social” (SARLET, 2012 *apud* BARROSO, 2011, p.220).

Porém, é certo que tal processo se submete a uma série de inúmeros e complexos fatores. Dessa maneira, mesmo que sejam observados todos esses fatores, o que irá prevalecer é a concretização desses direitos em razão de serem direitos não só sociais como fundamentais, enraizados em todo o ser humano, ainda mais em se tratando do direito à saúde, tendo em vista que esse advém do próprio direito do ser humano à vida, seu maior bem. Por fim, destacou SARLET:

Além disso, ainda que observados uma série de aspectos, não se deve perder de vista que aos direitos sociais se aplica o disposto no art. 5, § 1, da CF, o que, a despeito de uma possível- concomitante, mas não reciprocamente excludente- dimensão “programática” (no sentido de impositiva de tarefas e deveres vinculantes) dos direitos sociais, faz com que não se possa afastar a condição de um direito subjetivo a prestações, por mais que tal direito subjetivo esteja submetido a limites, decorrentes de outros princípios e direitos ao nível constitucional emesmo restrições (que sempre tem por base uma justificação constitucional) pelo legislador (SARLET, 2012, p.559-560).

Então, ainda que parte minoritária da doutrina e da jurisprudência veja o direito à saúde como direito contido em normas meramente programáticas, tal objeção não deve prevalecer em virtude de a maioria da doutrina e da jurisprudência ter entendimento diverso a respeito deles e muito bem-fundamentado, contudo, tais direitos, mesmo que encarados como subjetivos, ou seja, sujeitos à imposição imediata e positiva, devem observar princípios que os norteiam, princípios esses

contidos implícita ou explicitamente na Constituição, é o que veremos no próximo tópico, alguns dos princípios que devem nortear a efetiva entrega desses direitos à sociedade por parte do Poder Judiciário.

Sendo assim, o direito à saúde é entendido hoje como direito subjetivo e não como norma meramente programática, dada a sua natureza peculiar ligada intrinsecamente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo certo de que quando se faz referência a um direito subjetivo, como bem consagrou SARLET:

[...] quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira de Andrade, está atrelado “à proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos” (ANDRADE, 1976 *apud* SARLET, 2012, p.294).

5 PERFIL DO LITÍGIO E IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SAÚDE PÚBLICA

5.1 Princípios que Devem Orientar a Concessão de Medidas Liminares

A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente. Sendo que STRECK (2006, apud MACHADO, p. 2) define constituição dirigente como sendo aquela que “objetiva a mudança social, indo além, por conseguinte, de representar um simples elenco de “instrumentos de governo”, haja vista a enunciação de fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela Sociedade”.

Conforme enfatizou MACHADO (2011, p.2), é importante ressaltar que, entre essas metas e objetivos, encontram-se o bem-estar social e a Justiça social que, segundo a autora, representam a busca pela concretização da erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, bem como a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que são objetivos fundamentais da República insculpidos na CF/1988.

Assevera, ainda, que:

Observando-se esses primados e objetivos e utilizando-se uma interpretação sistemática do texto constitucional como um todo, em especial [...], dos direitos sociais, busca-se através da hermenêutica constitucional a definição e a sistematização dos métodos aplicáveis para determinar o sentido e significado das palavras e expressões contidas nas normas constitucionais, referentes aos direitos sociais. Não se pode deixar de referir que no preâmbulo da nossa Carta Magna- o qual, muito embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito, é juridicamente relevante e serve de parâmetro inicial para o exercício da hermenêutica (interpretação) constitucional, possuindo, inclusive força normativa- se destaca a necessidade de o Estado democrático assegurar o bem-estar da Sociedade, (sendo lógico que a saúde pública está inserida no bem-estar social). (grifo nosso) (MACHADO, 2011, p.2)

Nessa mesma linha de raciocínio, prossegue a autora, destacando que sendo a Constituição Federal uma constituição dirigente que é e adequando-se ao Estado democrático de direito, e ainda levando-se em consideração ser o direito à saúde um direito social e fundamental da sociedade brasileira, deve ser utilizado o princípio da interpretação conforme a constituição, “o qual decorre da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais e do caráter de unidade inerente ao ordenamento jurídico”.

Partilhando do mesmo pensamento, BONAVIDES (2001, p.474) assevera que “a aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda a lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada conforme a constituição”.

De igual forma, MENDES (1999, p.231) preceitua que “as leis e normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a Constituição. Dessa perspectiva, a interpretação conforme a Constituição configura uma subdivisão da interpretação sistemática”.

Da mesma maneira, pensa SARLET (2012, p. 217):

Em termos conceituais e no sentido estrito referido, a interpretação das leis conforme a Constituição consiste, portanto, na técnica de acordo com a qual, em face da existência de mais de uma alternativa possível de interpretação de determinado dispositivo legal, das quais uma (ou mesmo várias) implicaria a inconstitucionalidade da disposição normativa em causa, há que se optar pela alternativa de interpretação que, ao mesmo tempo em que preserva a integridade do dispositivo legal, lhe atribui um sentido compatível com a Constituição.

Portanto, a interpretação de leis infraconstitucionais, tais como as leis que disciplinam o SUS (L.8080/1990) e a distribuição de medicamentos, deverá ser feita conforme a Constituição Federal.

Já quanto ao princípio da Ponderação ou balanceamento, ele não corresponde “na atribuição de significado normativo ao texto normativo, mas na obtenção de equilíbrio e na ordenação de bens em conflito (ou tensão) por ocasião de determinado caso concreto”.

Assim ao passo que a interpretação busca reconstruir e qualificar os interesses ou bens conflitantes, atribuindo um sentido aos textos normativos aplicados, a ponderação (balanceamento) cuida dos critérios de ordenação concreta e da solução do conflito de bens. (SARLET, 2012, p.211). (grifo nosso)

Levando-se em consideração o princípio da força normativa da Constituição “na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”. Não é mesmo muito diferente do princípio da máxima efetividade, também conhecido como princípio da interpretação efetiva (MULLER, in Métodos de trabalho apud RAMOS, 2012, p.250).

Acrescenta MULLER (in Métodos de trabalho apud RAMOS, 2012, p.250) que o princípio da máxima efetividade “constitui um desenvolvimento do princípio da

força normativa no que concerne à temática dos direitos fundamentais, construção essa, sobretudo, efetuada pela jurisprudência do BUNDESVERFASSUNGSGERICHT”.

Especificamente quanto aos princípios referidos, eles verbalizam uma orientação teleológica ao intérprete-aplicador que deve quase sempre (sempre que juridicamente viável e possível) “buscar a maximização da força normativa da Constituição”. Sendo que essa conclusão advém de que esses princípios decorrem diretamente do princípio constitucional da supremacia, o qual se percebe raramente, que não se inclui expresso no texto constitucional (RAMOS, 2012, p.250).

Na aula inaugural que proferiu na Universidade de Freiburg, em 1959, Konrad Hesse já destacara que a força normativa da Constituição é uma resultante de duas variáveis: de um lado, a “vontade de constituição”, expressa no respeito de todos os partícipes do sistema jurídico à impositividade do Texto Magno e, de outro, a prudência normativa da Constituição, que não pode ignorar os limites impostos pela realidade que pretende disciplinar (RAMOS, 2012, p. 251 apud MENDES, 1991, p.24).

MENDES (2012, p. 24), por sua vez, concluiu: “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em consideração essa realidade”.

RAMOS citando CANOTILHO diz que, na mesma linha de pensamento, está o referido autor que versa “os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições-econômicas, sociais e culturais- que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais”:

Consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores- capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa- que condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Alguns deles, porém como os da distribuição de bens e da riqueza, o desenvolvimento econômico e no nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios os Reais (os ‘dados reais’) condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos. (RAMOS, 2012, p.251 apud CANOTILHO, p.473).

Vejamos o que aduz CANOTILHO (2001, p.1224-1226) quando conceitua o princípio da máxima efetividade: “A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.

O princípio da Supremacia, por sua vez, se traduz no sentido de que as normas constitucionais em virtude da sua origem e até mesmo da distinção entre o Poder constituinte e os poderes constituídos estão em posição hierarquicamente superior a toda norma ou ato advindo dos denominados poderes constituídos, em geral, todas as demais normas do ordenamento jurídico se submetem à hierarquia da Constituição. Em outras palavras, esse princípio significa que “a Constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados, situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os demais atos normativos” bem como os atos dos Poderes Legislativo e Executivo devem observar e ter como parâmetro a Constituição, estando sujeitos a ela (SARLET, 2012, p.215 *apud* BARROSO, p.299).

Já o princípio da máxima eficácia e efetividade, também conhecido como princípio da eficiência segundo SARLET, “implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para a otimização da eficácia”, resultando assim na aplicação da força normativa da Constituição.

Quanto ao princípio da força normativa da constituição, como bem definiu SARLET (CANOTILHO, *apud* SARLET, 2012, p.183), esse “significa a pretensão de prevalência dos pressupostos da Constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais, garantindo a eficácia e permanência”.

Já na acepção de HESSE na definição de força normativa da Constituição, estabeleceu que “a constituição, embora de forma mais ou menos limitada, contém sempre uma força própria capaz de motivar e ordenar a vida do Estado e da sociedade, um poder de ordenação e conformação que não se reduz às forças políticas e sociais”.

Acrescenta que:

Ainda segundo Hesse, para uma adequada teoria da constituição deve-se levar em conta não apenas as relações fáticas de poder dominantes da sociedade que acabam por resultar, inevitavelmente, numa realidade esvaziada a uma normatividade “autista”, despida de qualquer elemento da realidade, mas sim encontrar um meio termo, ou seja, um caminho que leve à superação da separação radical, no

plano constitucional, entre ser e dever ser. (grifo nosso). (HESSE *apud* SARLET, 2012, p.183).

Sendo assim, a Constituição ainda segundo HESSE (*apud* SARLET, 2012, p.183), tem a pretensão de ser eficaz, quer dizer, tudo que o legislador esboçou em seu bojo normativo tem a pretensão de ser efetivamente realizado e concretizado. Essa pretensão, por sua vez, “não pode estar dissociada das condições históricas de sua realização, contemplando aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, pois somente dessa forma a Constituição e sua pretensão de eficácia” lograrão êxito quanto à concretização política e social dos direitos insculpidos nela.

Em virtude dessas condições econômicas, técnicas e sociais é que o Judiciário deverá agir com ponderação e proporcionalidade ao deferir tratamento de saúde, sempre observando o princípio da Reserva do Possível, mas sem olvidar do mínimo existencial.

O princípio da Reserva do Possível adveio da jurisprudência da Corte constitucional alemã em julgado que versava sobre o direito de acesso ao ensino superior, senão vejamos:

Historicamente, a reserva do possível surge como um argumento na discussão a respeito da concretização judicial dos direitos sociais. O topos foi o elaborado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em um julgado conhecido como *numerus clausus*. Neste processo, discutia-se a constitucionalidade das restrições ao direito à livre escolha da profissão, consubstanciadas no número de vagas em medicina nas universidades, que era- e provavelmente permanece sendo- inferior à demanda estudantil. A decisão foi proferida em 18 de julho de 1972[...].

Fundamentada na Reserva do Possível, a corte de Karlsruhe não obstante ter reconhecido o direito implícito de que todo cidadão que termina o ensino médio tem direito ao acesso a curso de nível superior de sua escolha, findou concluindo que a cláusula da reserva do possível limita esse direito, pois se deve observar seu condicionamento “no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”(ALEXY, 2007 *apud* RAMOS, 2012, p.252).

Mas essa aplicação comporta exceções, pois:

[...] aos direitos sociais a prestações estatais necessárias para compor o denominado “mínimo existencial”, admite-se direta e imediata exigibilidade judicial, por se entender que estão abarcados no núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e

do direito à vida e à integridade física (art. 2, n2, 1 parte, da LF de Bonn). (KRELL, 2002 *apud* RAMOS, 2012, p.253).

Sendo esse o ponto possivelmente mais polêmico, haja vista que:

[...] à assim chamada “reserva do possível”, ou seja, como dimensão economicamente relevante dos direitos sociais (embora já se reconheça que tal relevância econômica não seja apenas dos direitos sociais) na condição de direitos a prestações estatais, de modo especial, naquilo que guardam relação com a destinação, criação e (re) distribuição de recursos materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade dos direitos sociais. (SARLET, 2012, p.560).

Como o direito à saúde Pública, aliás, não há direito que se encaixe melhor nessa definição acima referida, pois o núcleo essencial desse direito está literalmente inserido no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no da integridade física e, sem dúvida, no direito à vida; sem a dispensação por parte do Poder Público dos tratamentos necessários ao cidadão que necessita da saúde pública no Brasil. Estará o Poder Público violando todos esses princípios basilares de nossa carta magna. Frise-se, ainda, que o mínimo existencial em se tratando de manutenção da vida e de direito à saúde é a implementação imediata do tratamento pleiteado pelo cidadão, seja pela via administrativa, seja pela judiciária, pois, muitas vezes, naquela, o tratamento é negado.

Muito embora haja divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do direito ao mínimo existencial, esse tem se vinculado cada vez mais aos direitos fundamentais. Sendo que, no Brasil, a figura do direito ao mínimo existencial ainda é um tanto quanto recente, apesar de a garantia de uma existência digna já ter sido preceituada positivamente no direito constitucional brasileiro. Cabe mencionar que a noção de um direito fundamental à materialização de uma vida digna “teve sua primeira formulação na Alemanha do Segundo Pós-Guerra, com Otto Bachof, para quem o princípio da dignidade da pessoa humana não reclamaria somente a garantia da liberdade”, antes reclama também segurança social, visto que é impossível ter dignidade e existência digna sem recursos materiais que as concretizem (SARLET, 2012, p.570-571).

Tendo sido a tese de Otto Bachof acolhida inicialmente pelo Tribunal Federal Administrativo e depois pelo Tribunal Constitucional Federal. “Atualmente, a doutrina alemã compreende que a garantia integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações” (SARLET, 2012, p.571).

Segundo SARLET (2012, p.571):

Assim, muito embora também na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira não se possa falar da existência de unanimidade no que diz com a noção de um mínimo existencial, a tendência amplamente majoritária converge no sentido de afirmar que o conteúdo do mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável, portanto uma vida com certa qualidade (grifos nossos).

A interpretação do conteúdo do mínimo existencial que tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência constitucional comparada é a do conjunto de garantias materiais para uma vida condigna que limita a liberdade de conformação do legislador (FIGUEIREDO, 2008 *apud* FERREIRA, 2011, p. 17).

A esse respeito, explicitam abaixo:

Não obstante, é inviável fixar num plano abstrato, um elenco de prestações aptas a satisfazer o mínimo existencial a ser assegurado pelo Estado, pois, tal constatação demanda a análise das peculiaridades do destinatário do benefício em concreto.

Nesse sentido, por exemplo, tem-se sustentado a necessidade de comprovação da hipossuficiência do requerente de uma determinada prestação de saúde. No Rio Grande do Sul, a Lei n 9.908/93 já prevê a comprovação prévia de carência de recursos como pressuposto estatal de medicamentos excepcionais.

Associada à defesa de reservas quanto às prestações materiais que devem ser proporcionadas pelo Estado através da restrição àquelas inseridas em um núcleo mínimo assegurado de uma vida condigna, está alegação de limitação de recursos públicos. Não se pode considerar o argumento de escassez uma falácia, mas oculto é que o ônus de comprovar a falta efetiva de recursos é do Poder Público, que não o tem feito a contento limitando-se a referir em um plano absolutamente abstrato a “reserva do possível” (SARLET, 2007 *apud* FERREIRA, 2011, p.17).

Há que se destacar que mesmo não estando o direito ao mínimo existencial fundamentado, positivado na Constituição Brasileira, essa não “existência” é superada já que, entre os objetivos da Constituição, consta a existência digna (art. 170, *caput*, CF/88), bem como da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, revelando a CRFB similitude com o direito constitucional alemão (SARLET, 2012, p.572).

Há que se frisar, contudo, que a garantia do mínimo existencial não se confunde com os direitos sociais em espécie.

Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale

(isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais. (SARLET, 2012, p.573).

Existe, contudo, um questionamento justamente por causa de essa confusão que se faz entre mínimo existencial e direitos sociais significar a mesma coisa quanto à existência de direitos sociais positivados, como um extenso catálogo. Na Constituição, não tornaria a aplicação do direito ao mínimo existencial desnecessária. Saliente-se que, na Alemanha, onde o mínimo existencial foi construído e desenvolvido doutrinária e jurisprudencialmente, os direitos sociais não foram positivados na Constituição (SARLET, 2012, p. 573).

O mesmo autor responde esse questionamento da seguinte maneira:

A resposta a tal pergunta, embora aqui não possa ser aprofundada, pode ser formulada nos seguintes termos e desdobrada em dois argumentos principais: por um lado, assim como a dignidade da pessoa humana não se torna desnecessária e não deixa de ter autonomia em função da positivação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, também o mínimo existencial, que, como visto, convive, mas não se confunde, com os direitos sociais, não perde sua possível autonomia na arquitetura constitucional. (SARLET, 2012, p. 573)

Ademais, a noção de mínimo existencial tem servido de parâmetro para o intérprete na concretização dos direitos sociais, ajudando-o a definir o alcance dos direitos sociais, “inclusive para a determinação de seu conteúdo exigível” (SARLET, 2012, p. 573).

Acrescenta-se ainda, como bem ressaltou o referido autor:

Ainda sobre o conteúdo da garantia, assinala-se a impossibilidade de se determinar, de forma prévia e de modo taxativo, portanto, no sentido de um rol fechado, as posições subjetivas, negativas e positivas, correspondentes ao mínimo existencial. O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a viabilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar quando for o caso, o que não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização da garantia do mínimo existencial (SARLET, 2012, 575, grifo nosso).

O mínimo existencial comporta duas dimensões: uma negativa onde o Estado deve se abster de intervir, de subtrair do indivíduo e uma positiva no sentido de o Estado cumprir materialmente, mediante prestações positivas, determinados direitos como é o caso do direito à saúde (SARLET, 2012, p.574).

Ratifica SARLET:

No que diz com a recepção do mínimo existencial no âmbito da jurisprudência brasileira, destaca-se também aqui a atuação do STF, que reconhece proteção ao mínimo existencial tanto na perspectiva de um direito de defesa, quanto no que toca à sua vocação prestacional. Como exemplo da primeira função, ou seja, de um direito a não afetação (não intervenção) podem ser referidas decisões relativas à proibição de confisco (atos com efeito confiscatório). Embora não se trate da posição majoritária, importa consignar a emblemática manifestação dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Carlos Britto, quando, por ocasião do julgamento do RE 407.688-8/SP, em 08.02.2006, divergiram da maioria dos seus pares, ao sustentar que a moradia é necessidade vital do trabalhador e de sua família, cuidando-se, portanto, de direito indisponível e não sujeito à expropriação via penhora embasada em contrato de fiança. (SARLET, 2012, p.574).

No que tange à dimensão positiva, o STF tem se posicionado e consolidado que é dever do Estado garantir o mínimo existencial, de maneira que o cidadão tem o direito de pleitear as prestações indispensáveis, reconhecendo ser esses direitos subjetivos e, portanto, passível de demanda judicial, visando à satisfação dessas prestações que assegurem à dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p.574).

Acrescenta ainda:

[...] o fato é que pelo menos no que diz com o direito à saúde e o direito a educação (no caso do direito à moradia não se registra julgado assegurando um direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado) já que são várias as decisões reconhecendo um dever de prestação, inclusive em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal. [...] entre outras uma série significativa de decisões assegurando, prestações na área da saúde, relativizando, em favor da vida e da dignidade, limitações de ordem organizacional, orçamentária. (SARLET, 2012, p.575). (grifo nosso).

Contudo, vale aqui ressaltar, apesar de este princípio no mais das vezes não estar sendo aplicado por toda a jurisprudência, o princípio da subsidiariedade que versa “[...] no sentido de que o acesso aos bens sociais por intermédio da ação judicial deve ser reservado a quem faltam os meios materiais necessários para a obtenção, por esforço próprio, dos bens e serviços sociais essenciais.” Sendo certo que o tema é por demais complexo e ainda não pacificado jurisprudencialmente (SARLET, 2012, p.565).

Apenas, a título de exemplo da aplicação desse princípio na jurisprudência (frise-se minoria), no Rio Grande do Sul, a Lei 9.908/1993 já prevê a comprovação prévia de carência de recursos como pressuposto estatal para a concessão de medicamentos excepcionais. “Nesse sentido, por exemplo, tem-se sustentado a

necessidade de comprovação e hipossuficiência do requerente de uma prestação de saúde” (FERREIRA, 2011, p.17 *apud* SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 192-194).

Porém, quanto ao princípio da Ponderação ou balanceamento, esse não corresponde “na atribuição de significado normativo ao texto-norma, mas na obtenção de equilíbrio e na ordenação de bens em conflito (ou tensão) por ocasião de determinado caso concreto”.

5.2 Posicionamento Atual da Jurisprudência

Cumprir destacar que o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE n. 271.286-8/RS, reconheceu o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à coletividade, conduzindo o particular e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, frise-se que tal decisão fora tomada no ano de 2000.

MELLO ressalta dizendo que (AgRE 271.286-8, Min. CELSO DE MELLO, DJ de 12-9-2000 *apud* MENDES, 2011, p. 686) “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art.197)”, dando legitimidade à atuação do Poder Judiciário quando à Administração Pública descumprir o direito à saúde.

“Não há dúvidas [...] que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e suas peculiaridades” (MENDES, 2011, p.685).

MENDES (2011, p.285) alega, ainda, que seja o caso concreto, levando-se em consideração suas circunstâncias específicas e ante a aplicação do instituto da ponderação, que se chegará a solução da controvérsia sob análise.

Quanto à competência de implementação e execução dos serviços referentes à Saúde Pública, versa MENDES (2011, p.686) que ela é solidária, devendo todos os entes da federação custear esse direito, conforme preconiza o art. 196.

Senão, vejamos decisão da 12ª vara cível de Aracaju, nesse sentido (solidariedade do SUS- Estado, Município e União), *in verbis*:

Importante mencionar, ainda quanto ao dever do Estado para com a prestação dos serviços de saúde às pessoas, que o art. 23, inciso II, da Magna Carta ao traçar a competência comum dos Entes Políticos, prevê o dever de cuidar da saúde, podendo a parte autora acionar,

facultativamente, em litisconsórcio passivo, a União, o Estado e o Município ou qualquer um desses entes.

Em sede de análise meritória, verifica-se que o direito à saúde é constitucionalmente tutelado, com previsão nos arts. 6º e 196 da Carta Magna. E também se trata de direito fundamental, em que pese estar em dispositivo legal deslocado para o campo da ordem social.

Por fim, devo ressaltar que também na Constituição do Estado de Sergipe há previsão da tutela estatal à saúde, com a conseqüente responsabilização do Estado. Veja-se:

Art. 192. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas e ambientais que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 193. É dever do Estado assegurar a existência da rede pública de serviços de saúde, organizada sob a forma de um Sistema Único de Saúde, descentralizado em distritos sanitários, de acordo com as seguintes diretrizes e incumbências:

I - execução das ações e serviços de saúde será feita diretamente pelo poder público e, quando necessário, com a participação complementar do setor privado;

VII - prestação de assistência integral à saúde individual e coletiva;

É importante ressaltar que a saúde é um direito garantido a todos os cidadãos e um dever atribuído ao Estado, responsável pela saúde da população, obrigação esta imposta pela Constituição Federal.

Ademais, pela leitura do §1º do art. 5º da Constituição Federal, observa-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Ou seja, quis o constituinte que as normas que tratam de direitos fundamentais, como vida e saúde, tenham natureza de normas de eficácia plena e imediata.

Destarte, entendo que é direito subjetivo do autor - e de toda e qualquer pessoa - a saúde, sendo dever do Estado e do Município garanti-la, mediante políticas sociais e econômicas, para reduzir o risco de doenças e agravos delas decorrentes, inclusive fornecendo o procedimento cirúrgico de que as pessoas comprovadamente necessitam, máxime no caso em tela, em que o requerente não dispõe dos recursos necessários para tanto.

Outrossim, ressalte-se que o direito à saúde está intimamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana, que significa a responsabilidade do Poder Público em implementar de todas as formas possíveis as políticas necessárias para garantir o mínimo existencial do ser humano, mínimo este que deve ao menos atender aos direitos fundamentais individuais das pessoas. E é por essa razão que a Constituição de 1988 traz no rol do seu art. 1º (inciso III), como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

A fim de sustentar o entendimento deste Juízo, dispõe o artigo 196 da Constituição Federal:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Examinando ponto a ponto o dispositivo acima, entende-se como direito de todos não só o coletivo, mas também um direito à saúde de forma individual, em que deve ser analisada a necessidade imediata e urgente de cada cidadão.

O dever do Estado abrange os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que devem, solidariamente, desenvolver políticas públicas direcionadas à redução de doenças, e à promoção, PROTEÇÃO e RECUPERAÇÃO da saúde.

O direito à saúde, tratado na Seção II, do Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, é tido como direito fundamental social, cujo cumprimento pode ser exigido judicialmente, quando houver inércia do Poder Público, haja vista ser um dever imposto constitucionalmente, cabendo ao Poder Judiciário, quando acionado, tornar efetiva a Lei Maior, mais precisamente, *in casu*, concretizar o direito à saúde (proteção e recuperação) assegurado no dispositivo acima citado.

Não seria despiciendo repetir que, em se tratando do direito à saúde, que constitucionalmente se enquadra nos direitos sociais, deve-se considerar que a prestação devida pelo Estado deve garantir tanto a liberdade da sociedade, como também as necessidades individuais de cada cidadão.

A Constituição Federal, no artigo 197, traduz a essencialidade do direito à saúde ao qualificar como prestações de relevância pública as ações e os serviços de saúde.

Quando se defere um pedido relacionado à prestação de saúde, incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS (como a proteção e recuperação da saúde), o Poder Judiciário não está criando, mas sim determinando que a política pública já existente seja devidamente cumprida.

O Estado tem por obrigação prestar, aos cidadãos, serviços acessíveis, eficazes e eficientes que resolvam o problema que enfrenta a pessoa enferma, visto que a vida é o bem maior de todo ser humano.

O direito à vida, garantido pela Constituição Federal, interpretado em sentido amplo, abrange também o direito a uma vida digna que, sob a ótica deste Juízo, engloba a saúde do cidadão.

Significa dizer, destarte, que a negativa de autorização de determinado medicamento ou tratamento de urgência, qual seja, intervenção cirúrgica, não só fere o direito à saúde (*in casu* – proteção e recuperação), como também o direito à própria vida, de forma digna.

Nesse sentido, já se posicionou o STF, cujo aresto merece transcrição:

“Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.” (STF, RE-AgR 410715/SP, 2ª Turma, DJU 03/02/2006) (destaquei).

Não seria despiciendo enaltecer que, em recente decisão, o Plenário do STF determinou que o “Poder Público deve custear

medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves”.

Importante destacar a opinião do ministro Celso de Mello, que na ocasião da posse do ministro Gilmar Ferreira Mendes, afirmou em discurso reproduzido em matéria de Daniel Roncaglia:

A prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada- ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam- um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República (MELLO *apud* RONCAGLIA, 2008, p.5).

Logo após, MELLO (*apud* RONCAGLIA, 2008, p.5) continuou seu raciocínio:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (grifo nosso)

E, por fim, justificou as razões pelas quais a aplicação do ativismo pelo tribunal não viola a Constituição:

Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de denominação institucional de qualquer dos Poderes da República (ou daqueles que os integram) sobre os demais órgãos e agentes da soberania nacional.

É imperioso assinalar, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder-mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos- não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado.

O que se mostra importante reconhecer e reafirmar, Senhor Presidente, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado- situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo- é

imune ao império das leis e à força hierárquico- normativa da Constituição.

Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos, tais como o de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, pois, o direito ao governo honesto traduz uma prerrogativa incomprimível da cidadania.

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal [...] (MELLO apud RONCAGLIA, 2008, p.6).

Importante destacar, ainda, outra entrevista dada pelo mesmo ministro a Márcio Chaer:

É importante ressaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional.

O ativismo judicial é um fenômeno mais recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova composição da Corte, delineia-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao Estado a execução de políticas públicas, vêm a ser frustradas pela absoluta inércia-profundamente lesiva aos direitos dos cidadãos –manifestada pelos órgãos competente do Poder Público (MELLO apud CHAER, 2006, p.2).

E é exatamente assim que tem se posicionado o STF, segundo SARLET, a reiterada jurisprudência do STF:

[...] aponta para a circunstância de que se deve distinguir a maioria expressiva dos casos levados a juízo nos quais se busca apenas coibir omissões do poder legislativo e executivo, ou exigir o cumprimento de legislação e políticas públicas já existentes, hipótese na qual se enquadra a noção de direitos derivados a prestações, das situações nas quais está em causa a exigência de prestações originárias. Com efeito, importa considerar que pelo menos no primeiro caso não se pode falar sequer de uma “judicialização da política” propriamente dita, tampouco de uma afetação do princípio

da separação dos poderes ou do princípio democrático. (SARLET, 2012, p.564 *apud* STA 175/CE).

Em se tratando da aplicação da assim chamada Reserva do Possível avistada no tópico anterior, “que vinha sendo considerada, no mais das vezes, como mero entrave burocrático, a evolução mais recente tende a reverter esse quadro” no sentido de que os direitos sociais venham a ter limites fáticos e jurídicos estipulados, contudo o ônus de provar, fundamentar e demonstrar a inviabilidade do atendimento às prestações da demanda em si pertence ao Poder Público (SARLET, 2012, p.564 *apud* STA 298-9/RS).

Outro critério que segue tendo relevância, diz respeito à utilização da noção de uma garantia do mínimo existencial, pois são inúmeras as decisões judiciais que defendem pleitos de caráter prestacional mediante o argumento de que quando em causa o direito à vida e o mínimo existencial, não podem prevalecer as objeções habituais da reserva do possível, bem como da separação dos poderes, tudo a demonstrar que o direito à vida e o mínimo existencial assumem a condição material de ponderação, ainda que a definição do alcance do mínimo existencial não tenha encontrado uma resposta unívoca e não resolva, pelo menos em parte, as dificuldades que se verificam quando se trata de exigir pela via judicial a satisfação dos direitos sociais e mesmo do mínimo existencial. (SARLET, 2012, p.564 *apud* BARCELLOS, p.91).

Portanto, percebe-se que a “evolução mais recente” tem levado a noção de que ao Estado, especialmente em matéria de proteção social, “incumbe o dever de proteção suficiente”. Esse tem sido o entendimento do STF (STA 175/CE *apud* SARLET, 2012, p.566).

Entre os demais aspectos apontados no campo da realização dos direitos a prestações, situa-se a (alegada) necessidade de um “diálogo institucional”, fundado, por um lado, na noção de um déficit em termos de capacidade institucional (técnica) por parte do Poder Judiciário (o mesmo se aplica aos demais agentes da esfera jurídica, como é o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública, entre outros) no sentido de lidar de forma proficiente com certas demandas, mas que também pode, além disso, ser também reconduzido à noção de uma necessidade de cooperação produtiva entre os órgãos (poderes) estatais. (LEAL, p.57 e 58 *apud* SARLET, 2012, p.566).

Com destaque para os direitos sociais, vale frisar “uma crescente aposta nos deveres de informação, transparência das ações dos órgãos estatais, bem como mecanismos de controle social das políticas públicas, dos investimentos estatais e do orçamento em si, como instrumentos para a efetivação dos direitos sociais, como

a saúde, mesmo que tais medidas “também envolvam, por um lado, intervenção pela via judicial” (LEAL, p. 57 e 58 *apud* SARLET, 2012, p.566).

6 AS ALTERNATIVAS DO JUDICIÁRIO: O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

6.1 A STA n. 175

Através da decisão STA 175 tomada pelo Supremo Tribunal Federal, com base nas várias experiências colhidas na Audiência Pública-Saúde, traçou diversos parâmetros com o objetivo de orientar as decisões judiciais que envolvem direito à Saúde.

Em julgamento de agravo regimental interposto pela União, o Plenário do STF em 17 de março de 2010 deferiu o pedido de suspensão da tutela concedida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região, tutela essa que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza a fornecerem o medicamento denominado Zavesca (Miglustat) em favor de demandante portadora de doença rara (Niemann- Pick Tipo C, sendo o seu valor de aproximadamente R\$ 52.000 (MENDES, 2011, p.715-716).

A União alegou que a decisão violava o princípio da separação dos poderes, bem como as normas e regulamentos que regem o SUS e ainda desconsiderava a exclusividade da Administração Pública em formular políticas públicas como as da Saúde, sendo, portanto, indevida a atuação do Poder Judiciário. Pugnou, ainda, preliminarmente sua ilegitimidade passiva, argumentando que só é legitimado o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado, e no mérito à ofensa à repartição de competências, sustentando a inexistência de solidariedade entre os entes que integram o Sistema Único de Saúde, por não haver previsão normativa nesse sentido. Findou defendendo que a decisão causará grave dano à Administração Pública quanto às finanças e conseqüentemente à Saúde Pública, pois haverá o deslocamento de esforços e descontinuidade dos serviços prestados ao restante da população, bem como a possibilidade de efeito multiplicador. (MENDES, 2011, p.715-716).

Foi então que ao decidir o recurso supracitado o Tribunal fixou critérios e ponderou, segundo MENDES (2011, p.716-718), assim:

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Isso porque ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é preciso verificar se a falta de prestação de saúde decorre de: omissão legislativa ou administrativa; decisão administrativa de não fornecê-la; ou vedação legal expressa à sua dispensação.

Importante destacar que é necessário atentar para o fato de a prestação de saúde estar ou não registrada na Anvisa, tendo em vista que, por muitas vezes, as ações intentadas no Poder Judiciário buscam o fornecimento de prestações de saúde não aprovadas pela Anvisa (MENDES, 2011, p.718).

Asseverou MENDES que “o segundo dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”. Como é o caso de ajuizamento de ação para o SUS disponibilizar prestações de saúde que ele decidiu não fornecer, por entender que não existem “evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão” (MENDES, 2011, p. 718). Nessas hipóteses, podem resultar duas situações:

A primeira ocorre na hipótese em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente.

Como regra geral, a obrigação do Estado, à luz do disposto no art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar o consenso científico vigente. Não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, como regra geral, deverá ser privilegiado o tratamento 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 sistemática pressupõe, porém, a necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

A segunda situação ocorre quando o SUS não tem nenhum tratamento específico pra determinada patologia.

Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo

Sistema Único de Saúde brasileiro (Grifo nosso) (MENDES, 2011, p. 718).

Assim, ratificou SARLET (2012, p.583) no sentido de que se deve diferenciar os tratamentos novos dos experimentais, haja vista que novo “é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes”, ou seja, ainda não liberados para comercialização. Sendo assim, o STF concluiu que sendo o medicamento novo, mesmo que não tenha sido aprovado pela Anvisa, ou ainda que não esteja incluso nas listas formuladas pelas autoridades nacionais da área de saúde, poderá excepcionalmente ser deferido mediante ação judicial. No entanto, quanto ao medicamento experimental, não há essa possibilidade, sendo vedada a disponibilização desses pelo SUS, até porque não há certeza quanto aos efeitos que ele poderá causar no autor da demanda.

Do mesmo modo, certificou MENDES:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Como esclarecido na Audiência Pública da Saúde por profissionais da área da saúde, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Assim, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas (MENDES, 2011, p. 717) (grifo nosso).

“Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública e como regra geral a ser adotada, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na Anvisa”. Todavia, em casos excepcionais, levando-se em consideração cada caso concreto, ocorrerá a importação desse medicamento não registrado na Anvisa (MENDES, 2011, p.717).

Adicionou o renomado Ministro:

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade, ainda que excepcional, de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Assim, em casos excepcionais, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS poderão ser contestados judicialmente.(MENDES, 2011, p.717).

Sendo que é indispensável à existência de instrução processual com vasta realização de provas, o que poderá, no entanto, acarretar um obstáculo ao deferimento de medidas liminares, contudo, é necessária a adequada instrução das ações de saúde para que não ocorra a padronização de petições iniciais, contestações e sentenças, sem que seja levado em consideração as situações específicas de cada caso *in concreto*, tendo sido esse mais um dado colhido na audiência-saúde (MENDES, 2011, p.716).

Ademais, através do julgamento da STA 175, o STF também estabeleceu que “o direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (Transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo MP”, por se tratar de direito individual indisponível. Além disso, concluiu que a responsabilidade do Estado é de natureza solidária, ou seja, abrange todos os entes da Federação União, Estados e Municípios (STA 175/ CE, julgada em março de 2010, rel. Min. GILMAR FERREIRA MENDES *apud* SARLET, 2012, p.582).

Destacou ainda, que, apesar de em regra geral o direito à saúde “deva ser estabelecido pelos órgãos legitimados (Legislativo e Executivo) no sentido de que aos cidadãos é assegurado um acesso igualitário e universal às prestações disponibilizadas pelo SUS”, excepcionalmente em se tratando de direito ligado ao direito à vida digna, o Estado tem a obrigação de garantir esses bens e serviços.

Considerando que “a desproporcional afetação do sistema de saúde e comprometimento da ordem pública (inclusive das diversas dimensões da reserva

do possível) deve ser demonstrada pelo Poder Público” (STA 175/ CE, julgada em março de 2010, rel. Min. MENDES *apud* SARLET, 2012, p.582).

Por fim, expôs o referido autor:

Os critérios referidos, consoante já sinalizado, não esgotam os referenciais que podem ser detectados na esfera de decisões judiciais na Brasil, além de não serem excludentes de outros parâmetros propostos na esfera doutrinária, para que se remete à parte geral dos direitos sociais. Por outro lado, é no campo do direito à saúde, em função da natureza do próprio direito e de sua relevância para a vida e dignidade humana, mais especialmente em virtude do impacto das decisões sobre o sistema de políticas públicas e o orçamento público(sem prejuízo de outros aspectos de relevo), que se verifica ser mais aguda a controvérsia em torno da exigibilidade dos direitos sociais e de sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, notadamente quanto aos efeitos jurídicos que dela decorrem (SARLET, 2012, p.583).

Depois de expor tais parâmetros, o STF verificou que o medicamento encontrava-se registrado na Anvisa, tendo o Ministro relator decidido pela manutenção da tutela deferida pelo TRF da 5ª região, com base nas provas juntadas aos autos, provas essas que comprovaram a situação de saúde do autor da demanda e conseqüentemente a necessidade do tratamento pleiteado. Por fim, concluiu que os entes federados não comprovaram a “ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública capaz de justificar a excepcionalidade da suspensão de tutela” (MENDES, 2011, p.716-718).

6.2 As Audiências Públicas e as Recomendações do CNJ

O art. 21, XVII, do Regimento Interno do STF, prevê a possibilidade de convocações de audiências públicas, quando o assunto em questão envolver repercussão geral ou interesse público relevante e o relator do processo entender necessário o depoimento pessoal de autoridade com experiência em determinada área (matéria).

De acordo com MENDES (2011, p. 712): “As audiências públicas são um bom exemplo do firme propósito da Suprema Corte de que a revisão judicial deve ser efetivada de forma totalmente compatível com outras instituições democráticas”.

Na efetivação dos direitos socioeconômicos, o Judiciário se embasa como em todos os outros casos postos à sua análise em argumentos, sendo assim, quando da realização de direitos como a saúde, por exemplo, que é direito socioeconômico, tem esse que ouvirtodos os setores da sociedade. Dessa forma, a

audiência pública se mostra muito favorável e necessária no sentido de abertura do Poder Judiciário a toda a sociedade na participação das escolhas feitas por esse órgão, principalmente a participação da Administração Pública, até para verificar se há condições reais de essa atender às determinações feitas pelo Judiciário. “[...] considerando que as decisões judiciais traduzem um forte ponto de tensão com os elaboradores e executores de políticas públicas” (MENDES, 2011, p.712).

Não há dúvidas de que a atuação do Poder Judiciário é hoje fundamental para a efetivação de direitos sociais como o da Saúde, bem como para o exercício da cidadania. E dentro dessa realidade, é nítido que a implementação e efetivação do direito à saúde através do Poder Judiciário (ativismo judicial) tem sido temática tão relevante que hoje não envolve somente os operadores do direito, mas também profissionais da área da saúde, sociedade em geral e executores das políticas públicas, como gestores públicos (MENDES, 2011, p.712).

E dentro desse contexto, em 2009, mais precisamente em abril e maio de 2009, entre os dias 27 e 29 de abril e 4 e 7 de maio, a Presidência do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração a crescente quantidade de demandas judiciais que objetivavam a concretização do direito a saúde, convocou audiência pública para discutir sobre a temática. “Tendo o evento a especial finalidade de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no que concerne ao Sistema Único de Saúde, em suas várias vertentes” (MENDES, 2011, p.713).

Entre 2003 e 2009, o Ministério da Saúde respondeu a 5.323 processos judiciais com solicitações de medicamentos, um gasto de R\$159,03 milhões. Só em 2009, foram R\$ 83,16 milhões- 78,4% deste valor foram para comprar 35 drogas importadas. Não estão computadas neste montante as ações ingressadas diretamente nos Estados e Municípios.

(Reportagem intitulada “Gasto é maior em 2009 que nos últimos 6 anos anteriores” publicada no Jornal Folha de S. Paulo em 24-7-2010 apud MENDES, 2011, p.713).

Constatou-se, na audiência pública sobre saúde realizada em 2009 pelo STF, que o grande número de demandas judiciais nessa seara não ocorre por conta de uma omissão legislativa e sim pela falta de execução e implementação das políticas públicas já existentes, chegando à conclusão de que essa falta de implementação não pode ser resolvida apenas por um único ente- o Judiciário - e sim pela “concertação entre eles” (MENDES, 2011, p.713).

E em virtude dessa busca pela “concertação” entre esses entes quanto à efetivação do direito fundamental à saúde, fez com que fossem considerados responsáveis solidários por essa implementação os Municípios, os Estados e a União (MENDES, 2011, p.713).

Nesta questão, não há dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde. A Audiência demonstrou que deve ser reforçada, por sua vez a ação conjunta dos entes federativos no cumprimento do mandamento constitucional, especialmente pelo fato que a Constituição incorporou o princípio da lealdade federal (Bundestreue) na execução de tarefas comuns. (MENDES, 2011, p. 713-714).

Porém, percebeu-se na audiência que atualmente houve uma crescente transferência aos Municípios, quanto aos deveres e responsabilidades que eram antes atribuídas aos Estados e à União (MENDES, 2011, p.714).

Entre as discussões da audiência, destacaram-se as políticas públicas de sucesso que foram implementadas como o Programa Nacional de Doenças sexualmente transmissíveis e AIDS e o Sistema Nacional de Transplantes, sendo que, com esse, o Brasil passou a ocupar o segundo lugar no mundo de maior número de transplantes realizados (MENDES, 2011, p.714).

Durante a audiência, o subprocurador-geral do Estado do Rio de Janeiro destacou que recebe uma média de 40 novas ações de medicamentos por dia e que essas resultaram em um gasto de 29 milhões no ano de 2008, apenas no cumprimento de decisões judiciais e que, deste valor, R\$ 15 foram milhões gastos apenas com a aquisição de dois medicamentos que beneficiaram 333 pessoas (MASCARENHAS 2009, p. 197 *apud* MENDES, 2011, p.714).

MENDES (2011, p. 714) destaca que:

Pelos resultados apresentados, a Audiência Pública sobre Saúde motivou a criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, do “Fórum Nacional do Judiciário para a Assistência à Saúde”. Este, instituído pela Resolução n. 107/2010, possui como objetivos a discussão de temas, como o aumento das ações judiciais na área da saúde, a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares, entre outras questões relevantes.

Um ponto que merece destaque é que, em 30 de março de 2010, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Recomendação nº 31, para que os tribunais adotassem medidas orientando os magistrados no sentido de eles passarem a ter o apoio técnico de médicos e farmacêuticos para melhor resolução das demandas

ligadas à assistência à saúde. Sendo que durante a audiência, foi divulgado que alguns Estados já possuem esse apoio técnico exercido por farmacêuticos aos magistrados que atuam em varas de Fazenda Pública, às quais pertence à competência para dirimir as lides sobre saúde pública demandadas contra Estado, Município e a União (MENDES, 2011, p.714).

Além das ações levadas a cabo pelos Estados e as orientações feitas pelo Conselho Nacional de Justiça, os resultados alcançados na Audiência Pública também geraram um processo de atualização e revisão de protocolos. Em Ofício encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, o Ministro da Saúde destacou medidas que visem à redução de litígios, como o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde- CIRADS, que tem como finalidade a solução administrativa de demandas envolvendo o cidadão e o SUS (MENDES, 2011, 714).

Inicialmente, antes de adentrar nas orientações expedidas pelo CNJ, quanto ao direito à saúde pública, cabe analisar em que consiste o Conselho Nacional de Justiça em breves linhas. Segundo TESSLER, desembargadora federal do TRF da 4ª região, o CNJ “foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de julho de 2005, foi instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal, nos termos do art. 103-B”. Esse conselho tem a missão institucional, ou seja, objetivagarantir o aperfeiçoamento do serviço público fornecido pelo Judiciário, através de ações de planejamento, coordenação e controle administrativo desse poder, e que, por isso, deparando-se com “a excessiva judicialização” das questões pertinentes à saúde pública, bem como a essencialidade e relevância de tais questões para a sociedade como um todo, percebeu que seria necessária a intervenção. Dessa maneira, ele expediu orientações a serem observadas pelos tribunais estaduais e tribunais regionais federais.

Quanto às orientações do CNJ, essas foram fixadas na recomendação nº 31 de 30 de março de 2010. Tal recomendação foi expedida considerando o grande número de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, bem como a relevância do tema vinculado ao direito à vida. Conforme trechos da própria recomendação, “ficou constatada na audiência de nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados” no que tange aos problemas de saúde ocasionados aos requerentes das demandas.

Além disso, o CNJ levou em consideração que, para serem disponibilizados no Brasil, tanto os medicamentos como os tratamentos de saúde em geral, necessitam de prévia aprovação da Anvisa nos termos do art. 12 da Lei 6.360/1976 c/c a Lei 9782/1999, leis essas que objetivam garantir a saúde daqueles que utilizarão os referidos medicamentos e tratamentos, haja vista que esses não devem ser submetidos a tratamentos experimentais, ou seja, com resultados ainda não comprovados, podendo ao invés de tratar, vir a prejudicar a saúde desses pacientes.

Além desses fatores, foram observadas, ainda, as reiteradas solicitações dos gestores públicos para que possam ser ouvidos, antes mesmo de o Judiciário tomar qualquer decisão em sede de liminar, a fim de que ele prestigie a capacidade de organização quanto ao Sistema Único de Saúde.

Acrescente-se que, na mesma audiência, vários profissionais da área médica e jurídica manifestaram-se no sentido da “necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS”. Por fim, foi considerada “indicação formulada pelo grupo de trabalho designado, através da portaria nº 650, de 20 novembro de 2009, do ministro-presidente do Conselho Nacional de Justiça, para proceder estudos e propor medidas” para aperfeiçoamento da tutela jurisdicional no que tange a assistência à saúde.

Dessa feita, resolveu o CNJ recomendar tanto aos Tribunais de Justiça dos Estados como aos Tribunais Regionais Federais, *in verbis*:

a-até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b-Orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1- procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativos, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2-evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

b.3- ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.

b.4-verifiquem, junto à comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa

experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5- determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c- incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d-promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta complexidade em Oncologia- UNACON ou Centro de Assistência de Alta complexidade em Oncologia- CACON;

Ademais, recomendou à Escola Nacional de Formação e aperfeiçoamento de Magistrados- Enfam -, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho –Enamat - e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a-Incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b-Promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;

Todas essas orientações demonstram que de fato não há como voltar atrás. O Judiciário sendo hoje legitimado para condenar os responsáveis pela realização da saúde pública a disponibilizarem aquilo que a sociedade necessita como parcela do mínimo existencial, é fato. Ocorre que o Judiciário deve fazer com extrema cautela e precaução, observando não só princípios constitucionais como parâmetros técnicos e legais.

Ponto de grande relevância nessa recomendação feita pelo CNJ encontra-se na linha b.3: “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência”.

Não contrariando o CNJ, porém, na prática, não deve ser viável tal medida, tendo em vista que estamos tratando do direito à saúde e conseqüentemente à vida, que muitas vezes, na sua maioria, não suportaria os trâmites da burocracia, mesmo que a comunicação seja realizada por meio eletrônico, o diálogo a ser realizado

seria justamente em uma esfera que não compete ao Judiciário, ou seja, se algum usuário do SUS entra com o pedido de tutela antecipada objetivando o fornecimento, seja de um medicamento ou de um tratamento de saúde em geral, quando esse usuário aciona o Judiciário, supõe-se que ele já se socorreu ao Executivo na busca de tal deferimento que provavelmente lhe foi negado, seja por falta de previsão em portaria, seja por falta mesmo de determinado medicamento, por exemplo, seja por qualquer outro motivo, o que se sabe é que, na maioria das vezes, esse usuário já engendrou inúmeros esforços para ver seu direito garantido sem, contudo, ter logrado êxito, e por consequência, está sem utilizar tal serviço ou medicamento a um bom tempo ou mesmo ainda não o utilizou, sendo que o mesmo é essencial para a garantia de sua saúde ou mesmo de sua sobrevivência. Em consequência disso, o Judiciário não pode também deixar de conceder tal tutela em virtude de não conseguir, por exemplo, entrar em contato ou obter resposta do gestor administrativo que no mais já negou tal pleito, através dos servidores.

O que pode acontecer é que, depois de deferida a tutela, pode condenar tanto o Estado, como o Município e a União a fornecerem referido serviço de saúde. Esses entes, sim, podem trocar informações entre si através de seus procuradores para que possam chegar a um senso comum e decidirem quem irá fornecer tal medicamento ou referido tratamento, para determinados caso concretos, repartindo tais responsabilidades, até porque a responsabilidade é solidária.

Contudo, é claro que os magistrados devem observar se tais medicamentos e tratamentos são ou não autorizados pela Anvisa e mais se são experimentais, sendo assim, não devem ser concedidos, a não ser em casos extremamente excepcionais, que deverão ser instruídos com provas suficientes, comprovando que o paciente só conseguirá ter seu estado de saúde recuperado através de determinado medicamento. Ademais, é de salutar pertinência a criação de apoio técnico aos magistrados como bem frisou a recomendação.

O que se pretendeu com essas alternativas do Judiciário foi justamente a aplicabilidade da teoria do diálogo institucional, que nas palavras de Conrado Hubner Mendes:

Ela relembra que, independentemente de qual instituição tenha a última palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda. Num exemplo concreto: o STF, conforme o desenho da constituição brasileira tem a última palavra na interpretação da

constituição; entretanto, mesmo depois da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, nada impede que o parlamento responda, reaja, desafie a posição do STF.(2008, p.1).

Ou seja, nas palavras de FERREIRA (2011, p.5), o direito à saúde não depende somente da atuação eficaz do Poder Judiciário. Mesmo tendo esse, hoje, a última palavra, é certo que essa intersetorialidade é preciosa para pautar as decisões dele, pois se é certo que tais decisões podem aumentar a responsabilidade governamental, também é certo que se não observados os princípios e parâmetros expostos anteriormente, podem acabar por desestabilizar ainda mais o nosso sistema de saúde.

De grande relevância, a opinião do representante do Ministério Público do Estado de Sergipe, Sandro Luiz da Costa, quando indagado sobre a sua opinião quanto à existência de outra maneira que não o ativismo, para a concretização do direito a Saúde, segundo ele, haveria, se o Poder Público funcionasse da maneira que deveria, ou seja, como disse Kelsen, “se o dever ser fosse o ser”. Porém, aduziu que isso nunca vai acontecer, pois a distância entre normas mandamentais, que determinam a atuação do Poder Público em busca do bem comum e a realidade, existe uma distância e sempre vai existir, pois isso é inerente a uma sociedade muito grande. Por fim, ressaltou que a importância do princípio da Separação dos Poderes “tem que ter um poder independente que faça as leis, tem que ter um poder independente que administre os recursos e tem que ter um poder independente que garanta que a norma seja cumprida por esses poderes”. Sendo assim, se consegue diminuir a distância entre a teoria e prática.

7 CONCLUSÃO

É de se destacar que o interesse maior na diminuição de demandas impostas à análise do Judiciário é dele próprio, diferentemente do que apontam alguns doutrinadores que não concordam com o ativismo judicial. No entanto, como pode esse órgão ficar inerte à ação ajuizada, já que é de sua competência? Porque por mais que digam que o Judiciário não tem competência para intervir em políticas públicas, esse fundamento não encontra respaldo algum; teses, teorias e doutrinas divergem claramente da realidade fática, onde o STF é, sim, o guardião da Constituição Federal de 1988, sendo que, hermeneuticamente levando em consideração o conjunto de valores e princípios insculpidos na CF, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida - basta que sejam citados esses dois - para se concluir que o STF tem competência e legitimidade para condenar o Estado a conceder o tratamento adequado à pessoa que esteja necessitando.

Por conseguinte, tomemos como exemplo um crime de homicídio em que a ação penal é incondicionada. Mesmo que a parte não queira ajuizar ação, o Ministério Público pode e deve fazer, pois está em jogo não só o direito dela, mas um direito indisponível de todos os cidadãos de terem um sujeito criminoso cumprindo com a sua pena, para que outras vidas sejam poupadas de passar pelo mesmo que sofrera aquele que fora assassinado, ou seja, é a preservação do direito à vida. Ratificando, o MP tem o dever de ajuizar ação que verse sobre direito indisponível.

Em vista disso, como bem asseverou o doutrinador SARLET (2010, p. 346):

Recusar um direito essencial à saúde sob pretexto de fazer prevalecer o postulado da reserva do possível se equipara “à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos”. Arremata, dizendo: “O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”

Portanto, se todos pagam seus impostos a fim de garantir seus direitos sociais e fundamentais, inclusive a saúde pública, de alguma forma, precisam ver concretizado parcela desse direito. Nota-se, então, que os críticos da aplicação do ativismo na saúde pública defendem uma das teses de deslocamento de recursos de grande parte da população, em prol de pessoas individuais; assim sendo, torna-se incabível tal tese.

Entretanto, presenciamos pessoas pedindo medicamentos nas ruas ou outro tipo de necessidade, porém, o Estado tem obrigação de fornecer a qualquer cidadão que não pode arcar com o custo desse material. Pois, torna-se justa a tutela de medicamento por parte do Poder Judiciário, por essa e por tantas outras razões, pois, qualquer pessoa que for acometida de enfermidade ou tenha tratamento com custo fora do seu alcance financeiro deve ter ciência da atuação do Judiciário (o ativismo) para garantir o tratamento de saúde que necessita. Assim, cada cidadão terá sua vida e saúde resguardadas por conta do imposto que pagam e que lhes é repassado em ações e serviços de saúde, seja esse concedido diretamente pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário, quando necessário, ou seja, quando aquele nega o direito que cada cidadão possui.

Apesar de tantas críticas feitas ao fenômeno do ativismo judicial ou da judicialização da saúde como denominam alguns, esse tem conseguido concretizar as normas que antes só estavam insculpidas na constituição, mas não tinham força para serem concretizadas, normas de direito fundamental que não podiam continuar sendo encaradas como meras normas programáticas sem autoexecutoriedade. O direito à saúde não foi introduzido na CF de 1988 em vão. O legislador, quando o idealizou, esperava que ele fosse posto em prática, e o ativismo judicial veio como uma ferramenta de grande utilidade para se fazer cumprir um direito inerente a todo ser humano que é a saúde.

É certo que a nossa Magna Carta foi a Constituição que mais prometeu em termos de saúde pública, se comparada com outros países que também a possuem. E essa talvez seja a maior dificuldade em fazer valer esse direito na prática, afinal, tudo isso tem um custo, um financiamento que não é baixo, mas apesar de tudo que foi visto, reserva do possível, isonomia, etc. Concluí-se, através desta pesquisa, que a maior dificuldade do Brasil é a gestão. Portanto, o problema não está em o Judiciário deferir tratamentos médicos sem previsão orçamentária, nem sem

planejamento como muitos falam, mas sim em o Poder Executivo gerir a máquina pública de maneira que os recursos arrecadados para a saúde pública sejam bem-utilizados.

Todavia, o Judiciário deve agir com cautela, ponderação e proporcionalidade e sempre observando os princípios que devem nortear as decisões judiciais nessa seara, com o objetivo de minimizar os impactos que são inevitáveis, já que esse direito, para ser posto à disposição de todos, necessita de um alto custo. No entanto, não se pode olvidar que se sobrepõe a questões orçamentárias e as relativas a programas, em razão de ser esse direito atrelado à vida e à dignidade da pessoa humana, devendo ser sobrepujado a essas questões por ser o direito à vida, o maior bem que o ser humano já pôde conquistar até hoje. E quando se trata de vida, enfatiza, aqui, a qualidade de vida, vida digna e saudável, sabendo desde já que, se assim não for, estaremos concordando com o retrocesso das garantias constitucionais já conquistadas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso>> Acesso em: 25/04/13.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4.ed.Coimbra : Almedina, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires e outros. **Curso de direito constitucional.** 7. ed.São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAER, Márcio- entrevista net. **Entrevista: José Celso de Mello Filho.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006mar15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei?pagina=2> Acesso em: 25/04/13.

Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 de out. de 2012.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti, C.de et al. **Constituição & ativismo judicial.** 1. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIMOULIS, Dimitriet al. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIAS, Lucas Ventura Carvalho. **Ativismo judicial: efetivação de normas constitucionais ou ameaça ao princípio da separação dos poderes.** **Revista de direito da ADVOCEF- Ano VI – Nº12-Mai 2011.** Disponível em: <http://www.advocéf.org.br/_arquivos/42_1536_rd12.pdf#page=109> Acesso em: 20/04/13.

FERREIRA, Marina Costa. **Direito à proteção da saúde pela via judicial:** Em busca da efetividade e equidade. Ed. 2011. Universidade de Brasília-UNB. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/handle/10483/1887>. Acesso em: 21/04/13.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário.** 16. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

Lei nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 Set. 1990. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5859.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2012.

MACHADO, Janaina Cassol. **A concretização do direito à saúde sob o viés do fornecimento de medicamentos não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais-RENAME.** Disponível em: <http://professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_a_concretizacao_do_dir_eito_a_saude_sob_o_vies_do_fornecimento_de_medicamentos_nao_inclusos_na_renome.pdf> Acesso em: 12/04/13.

MEDEIROS, Fabricio Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito a Saúde.**1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira.**Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Marcos André Couto. **A Efetividade das normas constitucionais:** As normas programáticas e a crise constitucional. Sítio: <BuscaLegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em 20/03/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.**1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais:** Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22755799/644576516/name/A+Protecao+Judicial+do+s+direitos+Sociais+-+sarmiento.pdf>> .Acesso em: 22/04/13.

RONCAGLIA, Daniel.**Ativismo judicial é necessário na omissão do Poder Público.** Disponível em: <[C:\Users\karen\ativismo_judicial\Conjur - Ativismo judicial compensa omissao do Poder Público \(pág_ 1 de 11\) \(pág_ 1 de 11\).mht](C:\Users\karen\ativismo_judicial\Conjur - Ativismo judicial compensa omissao do Poder Público (pág_ 1 de 11) (pág_ 1 de 11).mht)>. Acesso em: 23/04/13.

MENDES HUBNER, Conrado. **O STF no jogo da separação dos poderes: tensões e ajustes.** Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12> Acesso em: 25/04/13.

TESSLER, Marga Inge Barth. **As recomendações do Conselho Nacional de Justiça em face das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.**Disponível em:<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/41596/recomendacoes_conselho_nacional_tessler.pdf?sequence=1> Acesso em: 05/05/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Sentença nº 201111202372-Juiz. Raphael Silva Reis.** Data do julgamento: 13/03/2013, publicado no DJ/SE 26/03/13. Disponível em:

<<http://www.tjse.jus.br/pgrau/consultas/exibirIntegra.wsp?tmp.numProcesso=201111202372&tmp.dtMovimento=20130313&tmp.seqMovimento=1&tmp.codMovimento=371&tmp.tipoIntegra=2>>. Acesso em: 01/05/13.

ANEXO A

Entrevista realizada com o Promotor de Justiça Sandro Luiz da Costa.

O ativismo judicial tem ajudado a mudar a realidade da Saúde Pública no Brasil?

Sim, indubitavelmente, a partir do momento que as políticas públicas, principalmente os núcleos essenciais as garantias constitucionais ligadas entre outros direitos à saúde, eles são concretizados pelo Poder Judiciário, e não se tornam mera norma programática, a partir desse momento temos afetividade desses direitos, sem o ativismo isso é complicado porque entra nas questões de discricionariedade da Administração, em reserva do possível etc. No entanto, como alerta Humberto Ávila há o perigo e essa é a nova onda, o perigo de decisões contra legem e se cria uma onda moderna de direito alternativo, então este é o problema do pós-positivismo. Porém o pós-positivismo não é uma coisa ruim, porque ele está ligado a efetivação de direitos fundamentais através do ativismo judicial, pelo contrário. No entanto, o maior desafio hoje segundo estes autores o Ávila e o Alexir, o maior desafio hoje é exatamente o controle intersubjetivo deste ativismo judicial para que as decisões tenham uma possibilidade de não violarem o princípio da isonomia de se propagar para a jurisprudência como um todo.

Há um prejuízo maior para a população ou um benefício quanto às decisões judiciais (tutelas antecipadas) concedidas, que obrigam o Estado, União e Município a fornecerem determinado tratamento de Saúde? Pois, como se sabe estes entes argumentam que se retira este investimento que é alto da maioria da população para colocar nas mãos de poucos.

Em verdade o argumento é falacioso, mas ele tem um ponto fundamental que deve ser cuidar pelo Judiciário na efetivação desses direitos. Por exemplo, o que agente vê muito na área da saúde, é isso é perigoso, existe uma fila de atendimento a determinados procedimentos que não são às vezes tão urgentes, então se o Estado furar esta fila através de ações individuais, isso gerará um caos e repito fere o princípio da isonomia, porque as pessoas vão ser tratadas desigualmente em situações iguais. Isonomia real como Aristóteles, Tobias Barreto e outros pregam é exatamente tratar os desiguais na medida das suas desigualdades e se isso é feito de forma cartesiana, localizada, se perde uma visão sistêmica, então, este é o desafio que está se tendo hoje, evitar em verdade que pacientes em situações menos graves passem na frente de outros. No entanto, este

argumento acaba aí, porque é obrigação do Estado prover saúde para os seus cidadãos. Então se há carência de serviços urgentes e fundamentais essa não é uma justificativa válida, tanto que, parte do orçamento já é amarrado de tanto que ela é importante.

O ativismo fere o principio da separação dos poderes?

De forma alguma, este é um argumento sempre utilizado nas contestações. Porque veja, a partir do momento em que o Estado não cumpre a lei e principalmente os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988 é inerente a tripartição de poderes, como já disse, o controle do poder judiciário dessa não aplicação da lei, então, essa independência pressupõe controle e esse controle pressupõe o funcionamento do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

O Estado ele tem que, nosso ponto de vista oficializar o que é prioritário ou não, mas ele tem que fazê-lo com base em fundamentação técnica. Então, esta lista no meu modo de ver, contém um rol exemplificativo, isso não impede que em situações concretas se verifique, que, por exemplo, remédios que não são indispensáveis em geral, no caso concreto sejam então esta é uma característica do ativismo judicial, ele tem que visar as situações concretas, repito garantindo a isonomia, então se tem um desigual que merece uma atenção especial no caso concreto você está respeitando a isonomia, o que você não pode é fornecer um medicamento que não seja necessário para um e não fornecer para outros. Aí haveria uma injustiça no conceito de justiça distributiva de Ulpiano: "Justitia est constanset perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi".

Na sua concepção, haveria outra maneira de concretizar este direito (à saúde) que não esta (ativismo judicial)?

Haveria se, o Poder Público funcionasse como deveria se o dever ser, como diz Kelsen fosse o ser, mas agente sabe que isso nunca vai acontecer porque entre normas mandamentais, e que determinam em verdade a atuação do Poder Público em busca do bem comum e a realidade, existe uma distância e sempre vai existir isso é inerente a uma sociedade muito grande, e é exatamente este o sentido da divisão dos Poderes do Estado tem que ter um poder independente que faça as leis, tem que ter um poder independente que administre os recursos e tem que ter um poder independente que garanta que a norma seja cumprida por esses poderes, então só desse jeito você consegue diminuir esta distancia entre a teoria e a prática.