

ATIVISMO JUDICIAL NAS RELAÇÕES PÚBLICAS DE SAÚDE: TUTELA ANTECIPADA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE VIA JUDICIAL¹

Luana Christian de Araújo Muniz²

Gabriel Cruz³

Sumário: Introdução; 1 Contextualização; 2 O direito fundamental à saúde e a busca pela efetivação das políticas públicas de saúde; 3 Efetivação do direito à saúde mediante o Poder Judiciário; 4 Tutela antecipada e suas consequências para a administração pública; Conclusão; Referências.

RESUMO

Este trabalho acadêmico abordará a judicialização da saúde no Brasil, bem como proporcionar uma melhor compreensão acerca do fenômeno Ativismo Judicial, e posteriormente verificar suas consequências relacionadas a tutela antecipada pelo Estado. É de fundamental importância compreender as dificuldades encontradas na prestação de saúde no Brasil e fixar parâmetros que possam nortear a atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde, a fim de que o Judiciário não ultrapasse as suas competências atribuídas e viole as competências dos demais Poderes. Além disso, é crucial tratar desse fenômeno relativamente recente, e que vem ganhando força em nossa sociedade, sendo considerado por muitos doutrinadores como um risco para a democracia nacional.

PALAVRAS-CHAVE

Ativismo judicial; Fornecimento de Medicamentos; Judicialização; Tutela antecipada.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde está previsto em nossa Constituição e é considerado atualmente um direito fundamental, sendo, portanto, protegido pelo ordenamento brasileiro contra qualquer forma de agressão, inclusive do próprio Poder Público. Entretanto, por conta do fenômeno do Ativismo Judiciário, a proteção efetiva de tal direito tem gerado

¹ Paper apresentado à disciplina de Teoria do Direito Constitucional, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

² Aluna do 2º período do Curso de Direito, da UNDB.

³ Professor Mestre, orientador.

inúmeras consequências no que tange a administração pública e a separação de poderes, princípios inerentes ao constitucionalismo.

A partir do momento em que as decisões emanadas pelo Poder Judiciário passam a ignorar o funcionamento do Sistema de Saúde e outros aspectos de grande relevância, gera prejuízos evidentes às determinações públicas de saúde.

1 Contextualização

O ativismo judicial, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário (BARROSO, 2009, p.12). Quando isso ocorre, conseqüentemente há um risco para a organização pública. Isso acontece porque os membros que compõe o Judiciário não são eleitos pelo povo, ao contrário dos legisladores e, ao desconsiderarem as regras estabelecidas pelos representantes legítimos da população, isso gera um grande risco para a legitimidade democrática. Causa risco para a organização pública por conta da falta de capacidade institucional do Poder Judiciário ao tomar decisões acerca de determinadas matérias.

Ora, não se pode confundir ativismo judicial com o fenômeno da judicialização, uma vez que, apesar serem semelhantes, não representam a mesma coisa. Luís Roberto Barroso (2010, p.3), faz a diferenciação entre a “judicialização” das questões políticas e o “ativismo judicial”: Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário, enquanto que o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição. Normalmente o ativismo se instala em situações nas quais o Legislativo é omissivo.

O STF, é o precursor do fenômeno do Ativismo Judicial no Brasil e, assim como os demais órgãos de cúpula do Poder Judiciário, vem protagonizando uma função central na tomada de decisões sobre diversas questões relacionadas a políticas públicas, gerando polêmica no meio acadêmico (MATTOS; SOUZA, 2009, p.1). Esse, não julga partindo das leis, mas sim age a partir do caso concreto na busca por soluções práticas. Compete analisar, neste viés, o instrumento da tutela antecipada, que ao garantir a antecipação daquilo que só seria obtido no fim de um processo demorado, e

salvaguardar o direito material e a integridade física/ psíquica do reclamante, não deixa de ser uma forma de Ativismo Judicial.

2 O direito fundamental à saúde e a busca pela efetivação das políticas públicas de saúde

Os direitos fundamentais são valores positivados e presentes na Constituição Brasileira, e formam o núcleo essencial do nosso ordenamento. Esses estão presentes expressamente no art. 5º da CRFB/88, e implicitamente em todo o texto da Constituição. Assim, cabe aos Poderes, especialmente o Judiciário, promover a efetivação dos direitos fundamentais. Ora, a saúde é um direito fundamental, assim como o direito à vida, e conseqüentemente a sua efetivação está vinculada à própria dignidade humana, sendo que a defesa da dignidade humana e do seu direito à vida com saúde, é o próprio reconhecimento de sua exigibilidade (LIMA, 2010).

O direito à vida é condição necessária para o exercício dos demais direitos, sendo que este e o direito à saúde estão ligados indiretamente, uma vez que, este último é condição mínima para a sobrevivência do homem. Consoante o entendimento de Herrera (2009, p. 81-82), embora o direito à saúde não esteja consagrado entre os direitos fundamentais ele indiscutivelmente representa uma categoria dos direitos fundamentais, visto que, o cumprimento dos direitos fundamentais está inevitavelmente ligado ao cumprimento dos programas sociais de saúde. Ainda, todos os direitos sociais são de certa forma, direitos fundamentais, mesmo que indiretamente.

Assim, o individuo está autorizado a recorrer ao Estado, a fim de suprir suas necessidades básicas. Nesse contexto, ainda consoante Herrera (2009, p. 77) as políticas públicas estão invariavelmente ligadas à efetivação desses direitos, na medida em que tais políticas se refletem na realização de normas constitucionais programáticas que contemplam dispositivos de largo espectro e de notável densidade eficaz, a exemplo dos artigos 6º e 196⁴ da Constituição Federal/88.

⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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 às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Partindo do entendimento de Ingo Wolfgang Scarlet (2003, p. 313) é possível perceber o inquestionável caráter de direito fundamental que o direito à saúde possui, configurando um direito social fundamental juntamente com os outros direitos como a assistência social, por exemplo. O direito à vida deve ser interpretado com base no princípio da dignidade humana que, por sua vez, pressupõe ter direito, com o direito à saúde. Contudo, de acordo com Herrera (2009, p.82) ainda que a Constituição Brasileira assegure aos indivíduos que a saúde é um dever do Estado, teorias surgem no sentido de limitar esse direito fundamental, na contramão do que decidiu o STJ em sede cautelar (nº 15.581-SP). Assim, o direito à saúde encontra limites na chamada “reserva do possível”, uma vez que, o poder estatal buscará promover a efetivação dos direitos fundamentais, e conseqüentemente sociais, dentro de suas reservas orçamentárias.

No que se refere a saúde pública, há limitações físicas, financeiras e diversos outros fatores que interferem na apreensão da realidade, e que muitas vezes estão além da percepção dos juizes, sendo necessário diversos debates e instrumentos de apoio aperfeiçoados, a fim de se preservar a segurança jurídica e a justiça nas decisões tomadas pelo Judiciário. (GUIMARÃES; WILTZEL, 2010, p.223)

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático, a intervenção do Judiciário, nesses casos, suprindo uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia; (BARROSO, 2009, p. 11). No entanto, deve agir dentro das possibilidades e dos limites estabelecidos pelo nosso ordenamento jurídico.

3 Efetivação do direito à saúde mediante o Poder Judiciário

A busca pela efetividade do direito à saúde levantou inúmeros debates e tem ganhado grande importância, fazendo com que os aplicadores do direito se familiarizassem com temas relacionados a políticas públicas de saúde, bem como com a capacidade institucional. Ainda, esse fenômeno vem compelindo gestores públicos de saúde a trabalharem com a garantia efetiva deste direito, em cada caso individual apresentado, através de uma determinação procedente do Poder Judiciário que, muitas vezes, contrasta com a política estabelecida em matéria de assistência à saúde e com a própria lógica de funcionamento do sistema político (MARQUES, 2008, p.65).

Tem-se aqui, a necessidade de efetivação das políticas públicas de saúde, através da figura da tutela antecipada, em caso em que os medicamentos são essenciais,

e tem por finalidade resguardar a integridade da saúde do autor da ação na justiça que vise à concessão de medicamentos.

A tutela antecipada, segundo Katiane Kirchoff (2010) surgiu com a necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere, quando se fez necessária a criação de um instituto que pudesse combater a morosidade e o ônus do tempo no processo, assim se estaria contribuindo para uma eficácia imediata nas decisões judiciais. Objetivando “combater os males do tempo no processo, surgindo então, em resposta a isso, a tutela antecipada, que passaria a adiantar os efeitos finais do processo em caráter revogável, provisório e satisfativo” (KIRCHHOFF, 2010).

DIREITO À SAÚDE Fornecimento de medicamento Texto constitucional garantidor da aparência do bom direito Presunção de urgência, sob risco de dano irreparável ou de difícil reparação Cabíveis os requisitos para a concessão da medida liminar em primeira instância Não é razoável penalizar o cidadão com a angustiante incerteza referente à demora e ao desfecho do processo judicial, quando é a sua saúde que está em jogo Agravo de instrumento não provido. Texto constitucional (4938483020108260000 SP 0493848-30.2010.8.26.0000, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 14/03/2011, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 21/03/2011).

Ora, não é legítimo desconsiderar que, muitas vezes a livre distribuição de medicamentos e tratamentos por parte de judiciário acarreta na desestruturação do Sistema Único de Saúde, uma vez que, os aplicadores do direito, na busca pela efetivação de direito à saúde, acabam desconsiderando em suas decisões a estrutura interna do SUS e plano orçamentário institucional. Cabe ressaltar que, consoante o exposto pelo Relator e Ministro Gilmar Mendes em uma audiência pública de saúde, realizada dia 6 de maio de 2009, tratando das Políticas Públicas De Saúde – Integralidade Do Sistema:

É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, sendo que compatibilizar a necessidade de distribuição de recursos escassos com a diretriz de buscar o atendimento integral em saúde, é um grande desafio.

Assim, de acordo com cada caso concreto, devem ser postos os meios à disposição dos juízes, capazes de balizar a sua decisão, bem como, de acordo com cada processo que o direito individual à saúde deve ser confrontado com o direito coletivo e

com a política pública estabelecida em matéria de saúde, por meio de provas e saberes técnicos necessários para discutir cada caso concreto (MARQUES, 2008, p.67).

4 Tutela antecipada e suas consequências para a administração pública

Os três Poderes da República interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos (BARROSO, 2009, p.11). Entretanto, muitas vezes o poder Judiciário ao intervir tomando decisões emocionais em se tratando de matéria de saúde, como por exemplo, no caso da tutela antecipada e o fornecimento de terapias, põem em risco as políticas públicas de saúde e a administração, desorganizando a estrutura interna do SUS e comprometendo os recursos escassos destinados a saúde pública. Assim, o Judiciário quase sempre está autorizado a agir visando a efetivação dos direitos fundamentais, nesse caso, o direito à saúde, mas só deve interferir após realizar uma avaliação criteriosa acerca da capacidade institucional e das demais variáveis envolvidas, bem como, se em relação à matéria tratada no caso a ser julgado, outra entidade não seria mais qualificada que o próprio Poder Judiciário para decidir.

Segundo Karina de Mattos e Gelson de Souza (2010, p.4), é possível visualizar inúmeros benefícios da atuação pró-ativa do Poder Judiciário, como um atendimento mais efetivo às demandas sociais e com melhorias significativas na distribuição prática da Justiça. Entretanto, muitas vezes, o Judiciário, na tentativa de garantir o direito à saúde, extrapola limites constitucionalmente estabelecidos e acaba desequilibrando “todo um sistema de prestação destes serviços, concedendo privilégios a alguns poucos jurisdicionados que logram êxito em suas medidas de urgência em detrimento dos demais cidadãos que não se socorrem da intervenção jurisdicional” (MATTOS, SOUZA, 2010, p.5).

Temos, portanto, um dilema que é encontrar “a justa medida, para que o juiz não seja inerte, mas também não substitua a atividade das partes e extrapole suas funções constitucionais” (MATTOS, SOUZA, 2010, p.4). Dessa maneira, em se tratando de ativismo judicial, o essencial não é saber se o Judiciário deve ou não assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinar de que maneira e em que limites se dará essa colaboração (COELHO, 2010).

É nesse contexto, que se insere a discussão sobre os limites da tutela jurisdicional relacionada às ações de fornecimento de medicamentos e tratamentos

médicos por parte do Estado, seja em sua esfera federal, estadual ou municipal (MATTOS, SOUZA, 2010, p. 4-5). Nesse viés, o direito à saúde, assim como toda e qualquer lei, para ser efetivo precisa de consistência judicial. O Judiciário é responsável por transformar o direito legislado, a partir de uma interpretação legítima do texto constitucional, em direito aplicado, a fim de realizar a justiça em sentido material, que nisto consiste o dar cada um o que é seu (COELHO, 2010).

De acordo com Silvia Badim (2008, p.66) as políticas públicas, destinam-se a racionalizar a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades de saúde da população, de forma a promover a tão aclamada justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos sociais. Dessa maneira, o alto custo de um tratamento não é motivo suficiente para o não fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público, uma vez que, visando a proteção da dignidade da pessoa humana, não é legítimo deixar de atender as demandas individuais (TORRONTEGUY, 2010, p.235). Entretanto, não será legítimo desconsiderar os limites existentes no que tange a saúde pública e a possibilidade de prejudicar as demandas sociais, as satisfazer as necessidades de uma minoria da população. Ainda, cabe ressaltar que é vedado o retrocesso quando se trata da proteção de direitos fundamentais no Brasil, o que consequentemente impede o retrocesso no âmbito do direito à saúde e, logo, no caso da tutela antecipada.

Conclusão

O Poder Judiciário deve buscar a efetivação de todos os direitos fundamentais, respeitando os procedimentos democráticos e as atribuições dos demais Poderes da República, sem, contudo, se manter indiferente às consequências oriundas de suas decisões proferidas ao julgar determinadas matérias. Assim, o Poder Judiciário de respeitar as determinações legítimas feitas pelos legisladores, e contribui para a integridade e eficiência do sistema público, respeitando limites impostos pelo sistema jurídico nacional, a fim de prevenir qualquer decisão danosa aos bens coletivos ou mesmo aos direitos fundamentais, como o direito à saúde.

O debate em torno do direito à saúde reflete a preocupação com a dignidade humana e a *reserva do possível*, que nada mais é do que a consciência dos custos públicos decorrentes dos direitos (TORRONTEGUY, 2010, p. 227-229). Ora, o Judiciário não está autorizado a deixar sem respostas o caso concreto, principalmente se

este apresentar caráter de urgência, solicitando bens de saúde a fim de salvaguardar a vida do reclamante ou mesmo minimizar seu sofrimento.

Assim, apesar de os interpretes autênticos do texto constitucional não estão autorizados a introduzir leis no ordenamento, sob o risco de invadirem a competência dos demais Poderes, eles devem extrair do texto constitucional, instrumentos compatíveis e necessários para a efetivação dos direitos fundamentais.

Por fim, cumpre destacar que o direito à saúde, apesar de ser afetado pela reserva do possível decorrente da disponibilidade financeira limitada do Poder Público, deve ser protegido e efetivado por parte dos atos estatais. Ainda, essa proteção ao direito à saúde mediante a tutela antecipada deve ser definida com base no caso concreto, a fim de que o Estado, através do Poder Judiciário, assegure a cada cidadão o suficiente para suprir suas necessidades, sem prejudicar o bem comum.

REFERENCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, setembro/outubro/novembro, 2010. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>>.

_____. **Retrospectiva 2008 – Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. In Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial: o caso brasileiro**. Palestra proferida no Ministério Público do Estado do Pará. 2010. Disponível em:<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acesso em: 10/04/2012

GUIMARÃES, Jader Ferreira; WILTZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. **Revista Processo**. nº 179. Ano 35. Janeiro de 2010.

HERRERA, Luiz Henrique Martins. **Judicialização das políticas públicas de assistência à saúde: procedimentalismo versus substancialismo**. Revista de Direito, Bauru: SARE, Vol. XII, nº. 16. 2009. Disponível em <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewFile/936/736>>. Acesso em 10/04/2012.

KIRCHHOFF, Katiane. **A efetividade da tutela antecipada nas ações de medicamentos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 90, 01/07/2010 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9931> . Acesso em 10/04/2012.

LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **Direito à vida e à saúde**. 2010. Disponível em <<http://www.abmp.org.br/acervo.php?b=3>>. Acesso em 10/04/2012.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo: v.9 n.2 jul./out. 2008. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792008000200005>. Acesso em 10/04/2012.

MATTOS, Karina Denari Gomes de; SOUZA, Gelson Amaro de. **Ativismo Judicial E Direito À Saúde: Uma Análise Da Tutela Jurisdicional Nas Ações De Medicamentos**. 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2396/1920>> Acesso em: 10/04/2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. A saúde nas barras da justiça: um estudo do posicionamento recente do supremo tribunal federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 11, n. 2 p. 224-236 Jul./Out. 2010. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1516-41792010000300010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em: 10/04/2012