

Thiago Nogueira RUSSO¹
Neide Aparecida de Souza LEHFELD²

Journal of Law
n. 23 p. 313-331
jul 2015-jan 2016

CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM CONCRETIZAR O DIREITO À SAÚDE

JUDICIAL SUPERVISION OF PUBLIC POLICIES
AIMED AT ACHIEVING THE RIGHT TO HEALTH
EL CONTROL JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
DIRIGIDAS A LOGRAR EL DERECHO A LA SALUD

Como citar este artigo:
RUSSO, Thiago.
LEHFELD, Neide.
Controle jurisdicional
das políticas públicas
que visam concretizar
o direito à saúde.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 23, p. 313-331.

Data da submissão:
13/07/2015
Data da aprovação:
15/01/2016

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Evolução histórica dos paradigmas de Estado; 2. Dirigismo constitucional; 3. Conceito de políticas públicas; 4. Políticas públicas na área da saúde no Brasil; 5. Controle jurisdicional das políticas públicas; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

Este trabalho tem o intento de analisar o controle jurisdicional de políticas públicas implementadas ou não pela Administração Pública como mecanismo para consecução e concretização do direito à saúde previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1.988, denominada de constituição cidadã e marco inicial de um Estado Democrático de Direito preceituador de intervenção estatal para promover as transformações almejadas pelos cidadãos e as promessas de modernidade nela previstas. Apreciam-se com doutrina e decisões judiciais, principalmente as do Supremo Tribunal Federal, as normas constitucionais e legais que garantem o direito à saúde, as controvérsias atuais existentes sobre o tema, o núcleo básico constitucional que qualifica o mínimo exigível e da reserva do possível que são condicionantes para dar legitimidade aos juízes na intervenção sem ferir o princípio da separação dos poderes

1 Universidade
de Ribeirão Preto
(Unaerp)

2 Universidade
de Ribeirão Preto
(Unaerp)

previsto no artigo 2º da Carta Magna.

ABSTRACT:

This work has the purpose of analyzing the national public policies whether implemented or not by the Public Administration as a mechanism for achieving and granting the right to health provided for in Articles 6 and 196 of the Federal Constitution of 1988, labeled as citizen constitution and a landmark of the Democratic Rule of Law, forerunner of state intervention in order to promote the changes desired by the citizens and the promises of modernity contained therein. Legal and constitutional provisions which grant the right to health are here analyzed with doctrinal rigor and judicial decisions, especially the ones by the Supreme Court. This work also investigates the current controversies on the issue, the basic constitutional core which qualifies the minimum requirement and the reserve for contingencies which are conditions to endorse legitimacy to the judges in the intervention without undermining the principle of separation of powers provided for in Article 2 of the Constitution.

RESUMEN:

Este trabajo tiene como objetivo analizar la revisión judicial de las políticas públicas implementadas o no por la Administración Pública como mecanismo para lograr y realización del derecho a la salud previsto en los artículos 6 y 196 de la Constitución Federal de 1988, llamado constitución ciudadana y punto de partida de un ley preceituador intervención del Estado Democrático Estado para promover los cambios deseados por los ciudadanos y las promesas de la modernidad en el mismo. Disfruta con la doctrina y judiciales decisiones, en particular la Corte Suprema de Justicia, las disposiciones constitucionales y legales que garantizan el derecho a la salud, las actuales controversias existentes sobre el tema, el núcleo constitucional básico que califica el requisito mínimo y la reserva para contingencias cuales son las condiciones para dar legitimidad a los jueces en la intervención sin violar el principio de separación de poderes prevista en el artículo 2 de la Constitución.

PALAVRAS-CHAVE:

Saúde. Políticas públicas. Controle. Poder judiciário. Separação de poderes.

KEYWORDS:

Health. Public policies. Supervision. Judiciary. Separation of powers.

PALABRAS CLAVE:

Salud. Políticas públicas. Control. Poder judicial. Separación de poderes.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, aumentou consideravelmente o número de demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde no Brasil. Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, existiam 392.921 processos versando sobre o direito à saúde até junho de 2014, sendo 62.291 nos Tribunais Federais e 330.630 nos Tribunais Estaduais.³

A busca pelo Poder Judiciário para salvaguardar o direito à saúde demonstra a escassez e a fragilidade do sistema e dos órgãos públicos protetores desse direito previsto tanto no campo constitucional quanto nas legislações ordinárias.

A Constituição Federal, em seus artigos 6º e 196, estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado, com acesso universal e igualitário nas ações e serviços que visam sua proteção, promoção ou recuperação. Os preceitos constitucionais têm alta carga axiológica e interventiva em todos os setores da sociedade brasileira.

Com o atual modelo de Estado, deixamos o velho paradigma liberal que resguardava apenas os direitos do cidadão em face de algum ato lesivo praticado pelo poder soberano.

Com um Estado Democrático de Direito, vamos além: ao mesmo tempo em que se tutelam os direitos individuais, analisados sob uma ótica constitucional, faz-se necessário termos um Estado proativo para cumprir as cláusulas transformadoras prevista no texto constitucional, tal como é o seu artigo 3º.

A lei federal n.º 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS) e ressaltou a saúde como direito fundamental e o dever do Estado de garantir o seu pleno exercício. A lei n.º 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros, institui os Conselhos de Saúde e confe-

re legitimidade aos organismos de representação de governos estaduais (CONASS - Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde) e municipais (CONASEMS - Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde). O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constituiu um grupo de trabalho para traçar as diretrizes e auxiliam os juízes nas demandas cujo objeto é relacionado à saúde.

Conjugando a existência de um arcabouço legal que tutela a saúde dos cidadãos brasileiros com a baixa resolutividade da rede básica de serviços públicos nessa área, faz com que as pessoas procurem o Poder Judiciário com o objetivo de obter assistência farmacêutica, hospitalar, programas e políticas públicas que visem à proteção do direito à saúde. No entanto, até que ponto o judiciário pode interferir nessas políticas públicas sem ferir o princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Carta Magna? Eis que é o Executivo o poder competente para elaboração e execução das despesas públicas com autorização do legislativo, através da lei orçamentária anual.

Nesse sentido, o controle de políticas públicas de saúde pelo judiciário não causa lesão à teoria de separação dos poderes porque atua em casos excepcionais em que os Poderes Executivos e Legislativos não cumpriram com suas atribuições ordinárias, acarretando prejuízos ou até uma possível aniquilação aos direitos fundamentais dos cidadãos e das promessas de modernidade até hoje não implementadas. Nessa linha raciocínio, são os dizeres do ministro no Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e /ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (MELLO, voto ADPF n.º 45-9)

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando o entendimento, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, no sentido que o Poder Judiciário deve intervir nas políticas públicas com vistas a concretizar o direito constitucional à saúde, com supedâneo nos princípios do mínimo exigível em consonância com a reserva do possível e os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o controle das políticas públicas voltadas para área da saúde é possível, mas exige uma série de parâmetros que devem ser observados. E a intenção desse trabalho é demonstrar e argumentar sobre essas condicionantes do núcleo básico constitucional que dá amparo ao mínimo existencial, reserva do possível e o atual paradigma de Estado Constitucional que, uma vez observadas, dão legitimidade a inserção do Poder Judiciário nos outros Poderes, principalmente, o Executivo, sem ferir o princípio da separação dos poderes.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PARADIGMAS DE ESTADO

De há muito a sociedade política é organizada na forma de Estado para promover e proteger os direitos das pessoas que a ela submetem. O Estado contemporâneo é formado por três elementos: território, povo e poder político soberano. No entanto, os adjetivos agregados ao conceito de Estado têm conotação com a evolução histórica e com o processo de interferência ou não da administração pública na sociedade.

Desde a civilização grega já havia a conscientização da existência de direitos inerentes aos indivíduos, de origem divina e que não poderiam ser transgredidos.

Na idade média, o Estado Absolutista manteve o respeito aos direitos naturais e o poder se concentrou nas mãos de uma pessoa, o rei. O excesso e abuso de poder por parte dos reis, levaram a classe burguesa a reivindicar a limitação do poder soberano através de várias revoluções.

Em decorrência das revoluções burguesas, surgiu o Estado Liberal avesso ao precedente, caracterizado pela limitação do poder do Estado, tutelando os direitos individuais dos cidadãos em face de algum ato abusivo estatal e da mínima interferência na sociedade, deixando ela se auto-organizar e regulamentar. Intervindo apenas em casos excepcionais, na existência de graves distúrbios sociais. Nesse modelo de Estado temos o

auge da dicotomia entre direito público e direito privado, e criação da separação de poderes por Montesquieu.

A Revolução Francesa de 1.789 contribuiu para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento histórico que marca características do Estado Moderno e concretiza os princípios da legalidade; divisão de poderes; liberdade e igualdade; soberania popular por meio de representantes no poder legislativo em virtude da Revolução Francesa.

Com a intervenção mínima do Estado Liberal na sociedade, os direitos dos cidadãos à liberdade e à igualdade eram apenas no aspecto formal. De forma alguma, as pessoas conseguiam substanciá-los, principalmente na relação trabalhista, onde a classe burguesa impunha sua vontade de forma soberana. Não demorou muito para o surgimento de novos movimentos, agora, por partes dos operários com o fito de tutelar os direitos sociais e de substanciar os direitos individuais.

No século XX, alguns países começaram a constitucionalizar os direitos sociais. A Constituição Mexicana de 1917 e Weimar foram as primeiras a abordar os direitos sociais em seus textos. A partir de agora, não busca apenas a proteção do indivíduo em face de algum ato lesivo do Estado, mas assegurá-lo o direito à saúde, educação, aposentadoria, greve, salário mínimo, dentre outros, contra o Estado que passa a não ser mais um mero expectador como no modelo precedente, mas agora um protagonista em todos os setores da sociedade.

Diante dessa sintética narrativa da evolução histórica e social das Constituições, chegamos ao novo paradigma de Estado, denominado de Constitucional porque está diretamente ligado ao atendimento de uma série de pretensões axiológicas, relacionadas à progressiva promoção e tutela dos direitos dos cidadãos, almejando o fim das desigualdades materiais existentes na sociedade, com a intenção de buscar a felicidade da sociedade, como previsto na declaração dos direitos do Homem e Cidadão.

É importante ressaltar que a Constituição Federal de 1.988 foi elaborada na vigência quase universal desse novo paradigma de Estado que o adjectiva como Constitucional e após um longo período histórico de ditadura política. Influenciado por esses dois acontecimentos, o constituinte de 1.988 quis proteger os cidadãos de todos os possíveis atos lesivos que o Estado possa lhe causar, garantido mecanismos constitucionais para se proteger e requerer direitos, de cunho não individuais, que estão previstos

na Carta Magna e são autoaplicáveis e, valendo para isso, o Estado de fórmula e sistema de garantir os direitos aos cidadãos.

2. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

Como dito em tópico anterior, a Constituição Federal foi constituída em um cenário sócio-jurídico em que a divisão entre direito público e privado foi atenuado, em decorrência não apenas das alternâncias de paradigmas estatais, mas também pela existência de relações complexas na sociedade atual e pela busca de diminuir o abismo social existente na sociedade brasileira. No entanto, não há fusão do direito público e do privado, tampouco uma publicização do direito privado. Contudo, ocorre à necessidade de fazermos uma releitura dos códigos privados à luz da carga axiológica existente na atual Constituição Federal, o chamado fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado. Em decorrência dessas transformações, podemos dizer que houve uma verdadeira revolução no campo jurídico, chamada por Jorge Miranda de Revolução Copernicana (MIRANDA, p. 125). O pensamento de Paulo Bonavides também traduz essa revolução: “Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição” (BONAVIDES, p. 362).

O constituinte, sob influência desse novo paradigma de Estado, elaborou nossa Constituição Federal com alta carga axiológica e interventiva em todos os setores da sociedade brasileira, levando a eficácia dos seus preceitos na linha verticalmente – relação entre Estado e cidadão - e horizontalmente – relação entre particulares -. Ou seja, deixamos o velho paradigma liberal que resguardava apenas os direitos do cidadão em face de algum ato lesivo praticado pelo poder soberano. Agora, com um Estado Democrático de Direito, vamos além. Ao mesmo tempo em que se tutelam os direitos individuais, analisados sob uma ótica constitucional, faz necessário ser o Estado proativo para cumprir as cláusulas transformadoras prevista no texto constitucional, tal como é o seu artigo 3º:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desi-

gualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O administrador deve ter em mente que essas cláusulas transformadoras sempre permearão os programas de governo, na busca incansável do bem estar da sociedade. Tal conscientização é necessária principalmente em nosso país, o qual está longe de cumprir todos os preceitos contidos em nossa Constituição Federal. Valemos do princípio da dignidade da pessoa humana para corroborar com essa assertiva. Todos os brasileiros vivem com dignidade neste país? O professor e doutor Luiz Streck nos ensina que devemos deixar o velho paradigma de Estado ir embora e permitir a entrada do novo “proteção e implementação dos Direitos Fundamentais-sociais até então (e no Brasil até hoje) sonogados pelo paradigma liberal-individualista-normativista”. (STRECK, p. 126). Este novel é o Estado Constitucional que não tem cunho meramente programático, mas dirigente.

A nossa Constituição Federal é dirigente, inúmeras passagens de seu texto impõem, um fazer do Estado, com intento de minimizar e erradicar as injustiças sociais, como previsto no artigo acima citado e os artigos 196 e 197. Nela, estão previstas as promessas de modernidades que não foram implantadas até hoje.

O cenário político e econômico do país está a passos lentos, quiçá em inércia. E diante dessa realidade pátria, mais do que nunca devemos nos valer do dirigismo constitucional para buscar e resgatar as promessas de modernidade pelo constituinte. A isso o professor Lênio Streck denomina:

Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissório mínimo a constar no texto Constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição Constitucional e de participação democrática (STRECK, P. 220)

A constituição dirigente com seu conteúdo programático e com me-

canismo que obrigam o Administrador Público a realizá-lo, não torna este um preso daquela, porém os seus atos praticados deverão ser permeados pelos objetivos constitucionais que não são estanques, eis que se modificam conforme a evolução da sociedade.

O Estado brasileiro deve ser forte, intervencionista e regulador para que sejam realizadas as promessas de desenvolvimento. Contudo, existem atitudes políticas que vão na contramão ao estabelecido no plano constitucional. Nesse ponto, recorreremos, novamente, as lições do professor Luiz Streck:

Há que ser ter claro, assim, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social (ainda) deve ser o Estado, isto porque não há maior dificuldade em compreender a equação exurgente do fato de que as políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua própria natureza. (STRECK, p. 195)

Assim, o Estado Democrático de Direito é um novo paradigma de Estado característico pela sua intervenção e impulsionador de transformações sociais almeçadas pela sociedade brasileira, podendo o administrador se valer dos mecanismos das políticas públicas para consecução desses objetivos.

3. CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Na atual conjuntura do ordenamento jurídico pátrio e de abismo social existente, as políticas públicas são mecanismos hábeis para concretização de direitos previstos no núcleo constitucional, promoção social e minimização das desigualdades existenciais.

Oswaldo Canela Júnir conceitua política pública como sendo:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder legislativo), atos (Poder Executivos) e decisões (Poder Judiciário que visam à realização dos fins primordiais do Estado.

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade (CANELA, pp.17-18).

Rogério Gesta Leal a define:

Por políticas públicas entendem-se as ações estratégicas (de instituições ou pessoas de direito público) que visam a atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública. Tais ações são marcadas por níveis elevados de racionalidade programática, caracterizados por medidas organizacionais e de planejamento (LEAL, p. 124).

Continua expondo quais os artigos constitucionais são merecedores de políticas públicas:

As políticas públicas constitucionais vinculantes são as ações que a Constituição atribui aos Poderes estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, tendo em vista os níveis compartilhados de responsabilidade pró-ativa e de imediata implementação por parte dos poderes instituídos entre os entes federativos e a cidadania que permeia a matéria. Tais como as disposições previstas no art. 5º, XXXIV, XLVIII, XLIX, L, LV; art. 23, 170, 194, 196 e 197, 201, da Constituição brasileira de 1.988, para todos esses casos existe a necessidade de produzir políticas públicas concretizadoras, operadas em níveis diferenciados de efetivação, como por exemplo: criação, constituição formal, execução e avaliação das ações indispensáveis, contando com a participação máxima da comunidade (LEAL, p. 132).

Desta forma, para o autor os setores previstos nos artigos supramencionados são necessitados de políticas públicas de forma imperativa, cuja

implementação e elaboração não ficam a cargo da discricionariedade do administrador.

Diante da precisão do conceito dado, também me valho da definição dada por Fernando Aith sobre política pública:

...é atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e proteção dos Direitos Humanos (AITH, p. 232).

Fernando Aith diferencia políticas públicas de Estado e de governo, dizendo que a primeira tem como objetivo a consolidação institucional da organização política do Estado, cuja execução não pode ser interrompida, dando como exemplo as políticas de estruturação do Sistema Único de Saúde. A segunda é voltada à promoção e proteção dos direitos humanos, valendo-se da estrutura já existente, cuja execução pode ser suspensa. Exemplificando: implementar programas à saúde da mulher dentro do SUS.

As políticas públicas podem ser realizadas exclusivamente pelo ente estatal bem como em parceria com a sociedade civil mediante fomento, promoção ou financiamento, com vistas ao bem estar sociedade brasileira.

Com efeito, políticas públicas são todos os atos praticados pelo Estado, elaboração, realização ou financiamento, isoladamente ou em conjunto com a sociedade, com o intuito de se estruturar para implementar e promover o núcleo constitucional que tutela e valoriza os direitos mínimos imprescindíveis para que uma pessoa viva com dignidade.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL

O governo federal destinará R\$ 109,2 bilhões para a saúde neste ano de 2015, sendo 8,8% a mais em relação ao previsto para 2014 (R\$ 100,3 bilhões).⁴ Esse valor fica muito aquém para operacionalização e financiamento do Sistema Único de Saúde, pois muitos Estados-membros e municípios não têm recursos financeiros para aplicar no SUS, haja vista que a maior parte dos valores arrecadados com os próprios tributos fica com a União.

Em 2006, o Sistema Único de Saúde criou o Pacto pela Saúde com

a finalidade de melhorar a saúde da população brasileira através do compromisso da União, Estados-membros e Municípios nas metas primordiais atualmente: Saúde do Idoso; Controle do Câncer do colo do útero e da mama; Redução da mortalidade infantil e materna; Fortalecimento da capacidade de resposta às doenças emergentes e endemias, com ênfase na dengue, hanseníase, tuberculose, malária e influenza; Promoção da Saúde; Fortalecimento da Atenção Básica.

Além das políticas públicas acima citadas, temos também o programa Mais Médicos que atende 3.785 Municípios e 34 distritos sanitários indígenas, sendo que, aproximadamente, 1.800 localidades são consideradas prioritárias, pela sua grande vulnerabilidade. São 14.462 médicos (brasileiros e estrangeiros) atuando em todo o País. Com o intento de aprimorar a formação médica no País e proporcionar maior experiência no campo de prática médica durante o processo de formação, promoveu-se uma mudança nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a formação dos estudantes de Medicina. A partir de 1o janeiro de 2015, os alunos que ingressarem na graduação deverão atuar por um período de dois anos em unidades básicas e na urgência e emergência do Sistema Único de Saúde (SUS). No ano de 2015, o programa contará com uma receita de R\$ 3,16 bilhões⁵, inclusive abranger para bolsas na graduação e em programas de residência médica no campo da Saúde da Família.

Como dito, os valores destinados pela União para o Sistema Único de Saúde (SUS) são marcadamente insuficientes, a ponto de impedir não somente a implementação progressiva/incremental do sistema, como e principalmente de avançar na reestruturação do modelo e procedimentos de gestão em função do cumprimento dos princípios Constitucionais.

5. CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando o entendimento, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, no sentido que o Poder Judiciário deve intervir nas políticas públicas com vistas a concretizar o direito à saúde, com supedâneo nos artigos 6º e 196 da Carta Magna, no núcleo básico constitucional que qualifica o mínimo existencial e das legislações ordinárias em consonância com a reserva do possível.

O constituinte concedeu relevância pública à saúde da população

brasileira, dando azo ao Poder Judiciário de intervir nos órgãos públicos legitimados a proteger e fomentar a saúde no país, mas por questões de somenos importância não o fazem. Com esse pensamento, o ministro Celso de Mello inicia o seu voto no acórdão do Recurso Extraordinário com agravo n.º 745.745:

Com efeito, a discussão sobre 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), em ordem a legitimar a atuação do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

A Carta Magna garante e o Poder Judiciário tem o dever de intervir quando os órgãos públicos competentes não cumprirem com os seus encargos políticos-jurídicos que sobre eles recaem e em decorrência afetam os direitos individuais e sociais constitucionais.

Nas intervenções nas políticas públicas, o Poder Judiciário não substitui o Poder Executivo na prática do ato administrativo. Ele apenas determina o cumprimento de obrigação constitucional e legal, ou seja, impõe que se cumpra a lei. A efetividade dos direitos fundamentais impõe limitação à discricionariedade administrativa, como nos ensina doutrinadora Luiza Cristina Fonseca Frischeiden:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas

à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional. (FRISCHEIDEN, pp. 59,95 e 97, 2000)

O controle de políticas públicas na área da saúde pelo judiciário não causa lesão à teoria de separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal porque atua em casos excepcionais em que os Poderes Executivos e Legislativos não cumpriram com suas atribuições ordinárias, acarretando prejuízos ou até uma possível aniquilação aos direitos fundamentais dos cidadãos e das promessas de modernidade até hoje não implementadas. Nessa linha de raciocínio, são os dizeres do ministro no Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e /ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (MELLO, voto ADPF n.º 45)

O ministro Gilmar Mendes conclui seu artigo “Os novos desafios da Jurisdição Constitucional no século XXI: a perspectiva brasileira” neste enfoque:

O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há “judicialização da política” quando as “questões políticas” estão configuradas como verdadeiras “questões de direitos”. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República. A imanente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático, é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito, tornando possível o seu desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseado em princípios e valores fundamentais.

Não devemos, porém, cair na tentação da onipotência e da onipresença desta Corte em todas as questões de interesse da sociedade. À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cumprindo o Poder Judiciário, nessa seara, o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, como obstáculos intransponíveis à deliberação política.

Os juízes devem atentar e respeitar às possibilidades financeiras dos entes federados. As decisões judiciais devem estar em consonância com o poder econômico-financeiro do Estado. No entanto, este não pode se escusar da não realização das políticas públicas com vistas a implementar melhorias no Sistema Único de Saúde (SUS) ou dar assistência farmacêutica e médicas aos necessitados sob a alegação de não ter recursos financeiros para tal procedimento. A saúde e a vida são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Portanto, os recursos financeiros do Estado devem ser destinados primeiramente para obras ou serviços públicos que têm essa finalidade, para depois serem usados em construções de estádios de futebol, por exemplo. Contudo, em caso de escassez objetivamente comprovada de recurso financeiro pelo ente da federação, deve haver a reserva do possível para elaboração da política pública.

A cláusula da reserva do possível deve estar em consonância com o

binômio que compreende de um lado razoabilidade de intenção do autor em face do Poder Público e de outro a existência de recursos financeiro da Administração Pública para elaboração das políticas públicas solicitadas. O princípio da razoabilidade norteará sempre as decisões judiciais, sobretudo as contra o Estado, cujo recurso financeiro vem da população e para ela são destinados.

Está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário sob o n.º 566471, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo objeto é se situação individual pode, sob ângulo do custo, comprometer assistência global.

SAÚDE. ASSISTÊNCIA. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Além da discussão sobre a possibilidade ou não de fornecimento de medicamentos de alto custo para os necessitados, o Supremo Tribunal Federal enfrenta outra celeuma que tange sobre o fornecimento de medicamentos não cadastrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) no Recurso Extraordinário de n.º 657.718, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Contudo, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo ente federativo com o intuito de escusar-se da feitura de política pública mediante utilização de artifícios que dão a ele escassez de verbas para consecução da ação política visadora da concretização do direito

fundamental individual ou coletivo, tal como vemos nas palavras do Ministro Celso de Mello no voto da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF) de n.º 45:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Apesar de já ter concedido o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos no AI 553.712-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 4.6.2009; AI 597.182-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 6.11.2006; RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.3.2008; AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.12.2009; RE 562.528, de minha relatoria, DJ 6.10.2005; AI 640.652, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.11.2007; e AI 724.824, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.9.2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral sobre esse tema no Recurso Extraordinário n.º 607.582, de relatoria da ministra Ellen Gracie e está pendente de julgamento:

DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. BLOQUEIO DE VALORES NA CONTA CORRENTE DO ENTE PÚBLICO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. CABIMENTO.

Com efeito, as decisões do Supremo Tribunal Federal vêm consolidando no sentido da possibilidade do Judiciário em controlar e obrigar a Administração Pública em implementar as políticas públicas necessárias para tutelar e promover a saúde das pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário, principalmente através do Supremo Tribunal Federal, deve impor os compromissos de fazer prevalecer os direitos fundamentais das pessoas, dentre as quais avulta, por sua inegável precedência, o direito à saúde.

O artigo 196 da Carta Magna vincula todos os entes federados e órgãos públicos à proteção, promoção e recuperação da saúde das pessoas, limitando a discricionariedade política-administrativa do Poder Público, cuja conveniência ou oportunidade, compromete a eficácia do direito à saúde. Os direitos não devem estar apenas declarados no direito constitucional ou em legislações ordinárias, mas integralmente respeitados e plenamente garantidos.

Como dito, os valores destinados pela União para o Sistema Único de Saúde (SUS) são insuficientes, a ponto de impedir não somente a implementação progressiva/incremental do sistema, não permitindo que as pessoas têm assistência médica, farmacêutica e hospitalar digna e adequada que tutela o seu direito à saúde, prejudicando e lesionando, em decorrência, o direito à vida.

No entanto, o controle das políticas públicas na saúde pelo judiciário deve ocorrer em caso excepcionais em que os Poderes Executivo e Legislativo não cumpriram os encargos constitucionais que recaem sobre eles por questões que sopesadas levam os juízes a efetivarem os direitos fundamentais das pessoas, sem com isso, transgredir competências impostas na separação dos poderes.

Notas

1 Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp).

2 Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp).

3 <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnos-tribunais.forumSaude.pdf> Acesso em 14/07/2015

4 <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/17/congresso-nacional-aprova-orcamento-de-2015>. Acesso em 14/07/2015

5 http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/PLOA2015/Orcamento_Cidadao_%202015.pdf

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. p. 232. Livro *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Editora Saraiva.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Leituras Complementares de *Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. Juspodium, 2007; incluir no texto alguma citação desse autor.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*. Editora e Livraria do Advogado, 2009.

DALLARI, Maria Paula Bucci. Organizadora. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Editora Saraiva, 2006.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. Max Limonad, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Direito e Justiça*. Vol. XIII, 1.999, Tomo II, Separata.

CANELA, Oswaldo Júnior. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. p. 17-19. Trabalho apresentado à USP para qualificação de doutorado.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado.