

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA E O DIREITO À SAÚDE: A CONSTRUÇÃO DE CRITÉRIOS JUDICIAIS E A CONTRIBUIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICY AND THE RIGHT TO HEALTH: THE CONSTRUCTION OF JUDICIAL STANDARDS AND THE CONTRIBUTION OF THE SUPREME COURT

Têmis Limberger*
Jânia Maria Lopes Saldanha**

Resumo: O direito à saúde é tema dos mais relevantes do cenário jurídico brasileiro com suas especificidades próprias, por isso é importante fixar os limites e critérios de atuação judicial. O tema se imbrica com a definição das funções de cada um dos Poderes. Permeia o tema das políticas públicas, cuja estatuição e execução compete aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. Para aclarar a discussão, o Supremo Tribunal Federal promoveu a Audiência Pública n. 4, denominada audiência da saúde. Na ocasião, foram ouvidos diversos setores da sociedade envolvidos com a questão da saúde. Foi um amplo debate democrático com diversos segmentos jurídicos e da área da saúde. Após, foram delineados alguns critérios para atuação judicial. O trabalho se propõe a refletir sobre estes e apontar a importância das ações coletivas que promovem discussões amplas sobre a matéria, principalmente quando se trata da inclusão ou exclusão de algum medicamento ou tratamento da lista oficial.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas públicas. Audiência pública. Critérios judiciais.

Abstract: The right to the health is subject of most excellent of the Brazilian legal scene with its proper specificities, therefore it is important to fix the limits and criteria of judicial performance. The imbricate subject if with the definition of the functions of each one Being able of them. Permeate the subject of the public politics, respectively. To make clear the quarrel, the Supreme Federal Court promoted the Audience n. 4, called hearing of the health. In the occasion, diverse involved sectors of the society with the question of the health had been heard. It was an ample democratic debate with diverse legal segments and of the area of the health. After, some criteria for judicial performance had been delineated. The work if considers to reflect on these and to point on the importance of the class actions that promote ample quarrels on the substance, mainly when the inclusion or exclusion of some medicine or treatment of the official list are about.

Keywords: Right to the health. Public politics. Public audience. Criteria judicial.

¹ Este trabalho é parte das pesquisas interdisciplinares realizadas pelas autoras no âmbito de dois projetos de pesquisa. Administração Pública e implementação de políticas públicas como forma de concretização dos direitos sociais: possibilidades e limites do controle judicial. Pela segunda, no projeto intitulado Entre o neoliberalismo e a democratização: Os relatórios do Banco Mundial e os (im)pactos para a reforma do Poder Judiciário brasileiro confrontados ao imperativo da desfuncionalidade estrutural, sob os auspícios do CNPq.

* Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona; Mestre em Direito pela UFRGS; Bacharel em Direito pela UFRGS; Professora do PPG em Direito UNISINOS, promotora de justiça/RS.

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

Introdução

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

Em nosso país, por uma distorção, a implementação das políticas públicas saiu da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrou para o Poder Judiciário. O número de demandas foi tal que fez com que o Supremo Tribunal Federal (STF) realizasse uma audiência pública. É a judicialização da política, que por um lado prestigia o Poder Judiciário com discussões vitais para o país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias. O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas, em razão da excessiva litigiosidade. A sociedade brasileira, por um lado, e os poderes públicos por outro, são pouco afetos ao cumprimento espontâneo do direito, e, por vezes, apostam no descumprimento, pois poucas pessoas reclamam.

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

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

Este texto está estruturado em duas seções. Primeiramente, analisa-se o contexto dos marcos normativos primários que asseguram o direito fundamental à saúde e as derivas para sua efetivação, considerando, de um lado, a ausência de políticas públicas eficientes, e, de outro, a existência de efetivação “atomizada” porque restrita às demandas individuais levadas ao Poder Judiciário Brasileiro (Seção 1). A segunda parte, estreitamente relacionada à anterior, à medida que reconhece a importância da atuação do Poder Judiciário para a efetivação do di-

reito à saúde, propõe a necessária superação do perfil individualista de processo para que ocorra a adoção de ações coletivas (Seção 2).

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

Embora o modo de proteção social tenha sido inserido no Brasil a partir da década de 1930, a constitucionalização dos direitos sociais como direitos fundamentais é uma novidade da Constituição Federal de 1988 e encontra correspondência nos princípios do Estado Democrático de Direito que, refinado, expressa uma nova fase do constitucionalismo: o neoconstitucionalismo. Nessa nova forma de expressão do Estado contemporâneo, dizem os defensores do neoconstitucionalismo que este busca explicar a rematerialização² das Constituições com base na (re)incorporação de conteúdos substantivos de caráter moral com o fim de limitar a atuação das instituições públicas e privadas.

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

Em países periféricos do sistema capitalista mundial, como o Brasil, as reivindicações pela proteção e efetividade do direito humano à saúde são exasperadas. Uma visão complexa do “estado da questão” da saúde pública de uma determinada sociedade concluirá que ele depende, em muito, da efetivação de outros direitos sociais e da redução das desigualdades sociais.³ Por isso, impõe-se uma profunda responsabilidade prestacional aos poderes constituídos. Nesse sentido, no campo específico da efetivação do direito à saúde no Brasil, a responsabilidade recai sobre os três âmbitos do poder executivo: federal, estadual e municipal (1.1). Para que a efetivação do direito à saúde ocorra em âmbito global/coletivo, faz-se necessário considerar a real natureza de política pública (1.2). A ausência de políticas públicas efetivas tem redirecionado os reclamos por esse direito social ao Poder Judiciário, acarretando um desequilíbrio entre o exercício das competências na matéria pelos Poderes do Estado (1.3).

² Sanchis (2010, p. 280).

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

1.1 A responsabilidade dos três entes da federação

O neoconstitucionalismo ressignificou os princípios da solidariedade e justiça social. Paulatinamente, passou-se a edificar complexos públicos integrados com competências definidas para cada setor das políticas públicas.⁴ O campo da prestação da saúde, na década de 1980, foi o primeiro a experimentar tal transformação com o SUS. Este é um sistema composto de diversas partes que se relacionam entre si, com regras que visam a lhe conferir coerência. Não agir de acordo com tais regras inviabiliza todo o sistema. Esses dispositivos têm de ser interpretados de forma coerente com os objetivos fundamentais constantes no art. 3º da CF: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. A responsabilização dos três entes da federação com os investimentos que lhe são correspondentes, bem como o fornecimento dos medicamentos dentro de suas atribuições (aos municípios a farmácia básica, aos Estados os medicamentos excepcionais e à União os medicamentos estratégicos). Assim, é importante a busca de soluções para que o sistema se aperfeiçoe e não se estratifiquem problemas já existentes.

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

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

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

⁴ Pochmann (2009, p. 5).

planejamento e do orçamento, inclusive das transferências intergovernamentais de recursos financeiros.

A questão dos medicamentos, de responsabilidade do SUS, encontra previsão legal na Lei Federal n. 8.080/90, art. 6º, VI, sendo um dos pontos de difícil operacionalização quando se trata da política de Estado para a saúde pública. Desde 1975,⁵ a Organização Mundial da Saúde (OMS) aponta para a necessidade de os Estados formularem uma política que permita o acesso e favoreça o uso racional dos medicamentos por todas as pessoas, pois se verificou que o mercado mundial era composto por aproximadamente 70% de substâncias não essenciais, desnecessárias e até perigosas, e que 1/3 da população não tem acesso a medicamentos essenciais.⁶ Para a OMS, a formulação de uma política de medicamentos implica a definição de um conjunto de diretrizes com a finalidade de assegurar para toda a população uma utilização racional dos medicamentos. Isso significa diversos momentos que vão desde a produção até a prescrição dos remédios.⁷

No Brasil, foi editada a Portaria do Ministério da Saúde n. 3.916/98⁸ contendo a Política Nacional dos Medicamentos, baseada nas recomendações da OMS, visando a fornecer os medicamentos necessários à população mais desprovida de recursos econômicos. Importante passo para a acessibilidade dos genéricos foi conseguido por meio dos medicamentos genéricos, disciplinados pela Lei n. 9.787/99. A partir de então, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tem estabelecido, por meio de resoluções, como deve ser feito o registro, a fabricação, o controle de qualidade e a prescrição dos medicamentos genéricos.

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

Como enfrentar a questão dos medicamentos não previstos na lista do SUS? Deve ser entendida no contexto de integralidade, que é explicitado pelo art. 7º da Lei n. 8.080/90, que conceitua assistência como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. Integralidade refere-se a todo tipo de ação: a preventiva, que a CF diz que tem de ser aquela a que se dedique prioridade; a corretiva; a vigilância sanitária e a epidemiológica. Integralidade não significa totalidade. “A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento

⁵ Resolução WHA 28.66, da 28ª Assembleia Nacional da Saúde.

⁶ Sobravime (2001, p. 13).

⁷ Organização Mundial da Saúde (1988).

⁸ Publicada no DOU n. 215-E, seção I, de 10 de novembro de 1998, p. 18-22.

do custo com tratamento tornou essa posição insustentável.”⁹ Nenhum país do mundo, por mais rico, tem condições de suportar qualquer tratamento médico ou fornecimento de medicamento, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas. A totalidade das possibilidades é impagável, seu custo extrapola qualquer parâmetro do razoável, mesmo nos países mais ricos.

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

O conceito de política pública é um conceito que partiu da Ciência Política e da Administração Pública, mas que hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Assim, a definição apresentada na Ciência Política é a dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão.¹⁰ A questão da política pública apresenta um núcleo com intersecção na organização do sistema internacional, de organização na sociedade e do Estado. Não se apresenta como algo isolado, mas que deve dialogar considerando os três vértices: internacional, estatal e social.

Assim, já se percebe o motivo pelo qual o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica, nos últimos tempos. Da passagem do Estado Liberal com sua feição de abstenção,¹¹ chega-se ao Estado Social com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo,¹² que tem sua marca na Constituição mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919 e no Brasil, na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular no sentido de constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, em que a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Desse modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico. A política pública visa à implementação pelo poder executivo de um comando constitucional. Atinente ao direito à saúde, constata-se que com o constitucionalismo social inaugurado no Brasil em 1934, o direito à saúde aparece por primeira vez em sede constitucional. Os textos seguintes limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica sanitária.

No caso da saúde, o alerta que se instaura é no sentido de que o deslocamento do foro para a estatuição das políticas públicas deve ser o legislativo e a sua implementação pelo executivo. Na omissão ou implementação de novas políticas, o judiciário pode cumprir um papel importante com o processamento de ações coletivas. O direito à saúde, sendo um direito fundamental social, insere-se naquele grupo de inovações democráticas que reivindica, para sua efetivação,

⁹ Aaron e Schwartz (1981 apud AMARAL, 2001, p. 136).

¹⁰ Howlett e Ramesh (1995, p. 5).

¹¹ A propósito, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição francesa de 1791.

¹² Sigmann (1985).

quando houver falha dos poderes genuinamente responsáveis, como o legislativo e o executivo no Brasil, uma intervenção judiciária sob outras bases processuais e procedimentais. Para lembrar Owen Fiss, trata-se em verdade da necessidade de uma “reforma estrutural”¹³ na prestação das políticas públicas, e, para isso, o processo judicial de cariz liberal/individualista não é capaz de dar respostas em termos de efetivação da saúde pública, que, ao fim e ao cabo, insere-se no âmbito dos “valores públicos” que cabe ao Judiciário concretizar. As ações individuais, antes de se constituírem em solução para os problemas de saúde pública, devem servir como um instrumento de pressão, sob pena de se constituírem em casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração.

Um delineamento a respeito do tema das políticas públicas é trazido por Maria Paula Bucci, como programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organizações, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.¹⁴

As políticas públicas relativas à saúde com repercussão no tratamento médico a pacientes, procedimentos clínicos e medicamentos que não são fornecidos, conduzem à reflexão a respeito da blindagem que vamos fazendo, a ponto de tratarmos a dor de um ser humano como um número a mais de paciente que não foi atendido; parafraseando Hannah Arendt a “banalidade do mal”,¹⁵ à qual poderíamos dizer a banalidade em relação ao sofrimento alheio. Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento jurídico, mas não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade.

Estima-se que pelo menos 2/3¹⁶ das ações sobre medicamentos se referem a fármacos de uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc. Desse modo, na maioria das ações, o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Então, fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito à vida, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo. É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira “via-crúcis”, fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação quanto às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho.

¹³ Fiss (2004, p. 27).

¹⁴ Bucci (2006).

¹⁵ Arendt (1999, p. 274).

¹⁶ Mascarenhas (2009).

Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade, enfrentar todos esses percalços, fazer movimentar toda essa estrutura burocrática, é algo penoso.

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

Por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou a omissão na sua realização, e isso envolve posições distintas na prestação jurisdicional. A problemática do direito à saúde expõe a necessidade de definir as funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

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

Os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito público subjetivo¹⁷ para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas. Essas são posições extremas e se busca a construção de uma solução mais equilibrada contemplando as diversidades e o pluralismo existente em nossa sociedade. O que já foi apregoado por Aristóteles “*in médio virtus*”.¹⁸ Na maioria das vezes, existe a política pública, mas não está sendo cumprida a contento. A omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas.

O conceito de direito público subjetivo foi cunhado por Jellinek¹⁹ no princípio do século XX, quando a doutrina liberal e o individualismo eram dominantes, por isso, quando se trata de direitos sociais, merece um repensar, pois sua teoria para estes não estava voltada. Apesar de prever o *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem o direito de exigir prestação concreta do Estado, seus escritos são antes do constitucionalismo social que começa em 1917 com a Constituição mexicana, no que é seguido, dois anos mais tarde, em 1919 pela Constituição de Weimar.

O desafio é a conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas.²⁰ Na suspensão de liminar n. 228-7, o STF afirmou essa dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

¹⁷ Sarlet (2009).

¹⁸ Aristóteles (1998, p. 160-180).

¹⁹ Jellinek (1919, p. 86 e ss). Assim, denominam-se: a) *status* negativo, *status libertatis*, em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem de intervenção do Estado; b) *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem direito a exigir prestações concretas do Estado; c) *status* ativo, *status activo civitatis*, em que o indivíduo é detentor do poder político, e, como tal, tem direito a participar no exercício do poder.

²⁰ Sarlet (2009).

O direito à saúde é um direito de cada pessoa, visto que diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade humana. Trata-se,²¹ pois, na especial análise de Ingo Sarlet,²² da eficácia ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O direito à saúde, enquanto direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas, e, aqui, assume a eficácia ou dimensão objetiva que transcende a subjetiva. Portanto, não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. O Ministro Celso de Mello, na ADPF n. 45/DF,²³ estabeleceu que: “[...] considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa. Em outras palavras, com relação à reserva do possível o ônus da prova da falta do recurso é do poder público e o ônus da necessidade do pedido é do particular.”²⁴ Deve-se cuidar para não cair no descrédito jurídico. Krell²⁵ adverte para o risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a “frustração constitucional” (*verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como um todo.²⁶ Assim, interpretações desvinculadas da realidade causam o descrédito e acabam tornando-se dispositivos destituídos de efetividade.

Uma fina percepção do estado da questão da judicialização da política em matéria de efetivação do direito à saúde permite compreender o quanto novas metodologias – como as que advêm da audiência pública – e novos institutos processuais – como o processo coletivo – podem aproximar a jurisdição do ideal de concretização democrática desse direito fundamental. É o que se segue.

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

A crítica à judicialização da política praticada pelo Poder Judiciário existe no marco das competências atribuídas pela Constituição aos poderes do Estado. Não se trata de buscar a absolutização das searas de competência, mas de demarcar certo equilíbrio das ações de cada poder. Não seria mesmo possível pretensão diversa, uma vez ser problemática, na atualidade, a própria expressão “separação de poderes a dizer, de certo modo, da corruptela de que foi vítima a teoria montesquiana, no sentido de que haveria uma radical separação entre os poderes. O

²¹ Sarlet e Figueiredo (2008, p. 152).

²² Sarlet (2007, p. 155).

²³ DJU 4 de maio de 2004.

²⁴ Sarlet (2009).

²⁵ Krell (2002, p. 46).

²⁶ Saraiva (1983, p. 63 e ss).

certo é que a rigidez da separação advinda do modelo liberal de Estado não tem pertinência no Estado Democrático de Direito.²⁷ Trata-se da necessidade de adaptação da referida separação dos poderes aos novos tempos para a realização não somente dos direitos subjetivos, mas também dos coletivos pertencentes a toda a comunidade, a reivindicar um novo modelo de judiciário. Então mais aproximada à integração e coordenação entre os poderes do que separação absoluta, como referiu Paulo Bonavides.²⁸ A audiência pública da saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal expressou momento não somente magno quanto ainda raro de diálogo da Corte Suprema com segmentos da sociedade (2.1). Momento de diálogo e também de estabelecimento de critérios a serem seguidos pelos próprios juízes (2.2). Quiçá se possa pensar que as ações de feição coletiva possam consistir no motor de equilíbrio entre a judicialização da política por parte dos juízes e o estabelecimento de marcos regulatórios e efetivação destas pelos outros poderes (2.3).

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

As audiências públicas são um marco democrático importante de aproximação do Poder Judiciário com a sociedade, que se constituem em exemplos de participação da sociedade na Corte Interamericana dos Direitos Humanos e na Corte Internacional de Justiça da Haya. A interpretação constitucional não se restringe aos juízes, mas às forças plurais da sociedade que se fazem presentes. No dizer de Häberle “O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto.”²⁹ O Processo Constitucional foi estruturado classicamente como uma discussão jurídica, em que não mais se pode perquirir a respeito da matéria fática. A Lei n. 9.868/99, em seu artigo 9º, § 1º, inovou ao permitir a audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal, fazendo com que haja um diálogo dos aspectos fáticos com os preceitos jurídicos, permitindo uma apreciação conjunta de ambos, com complementaridade e não de forma dissociada, rompendo, assim, com o perfil racionalista de processo que separou fato e direito.

A audiência pública n. 4, conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das outras vezes.³⁰ Seu objeto é muito mais amplo, seu enfo-

²⁷ Bonavides (2006, p. 554).

²⁸ Bonavides (2004, p. 73-74).

²⁹ Häberle (1997, p. 42). “O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são participantes fundamentais no processo de *‘trial and error’*, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade [...], as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.”

³⁰ As audiências anteriores foram realizadas com fundamento na Lei n. 9.868/99 (ADIn e ADC) e Lei n. 9.882/99 (ADPF). Houve necessidade de que as audiências públicas se estendessem para

que é interdisciplinar, extrapola a seara jurídica, necessitando um debate com os profissionais da saúde e da sociedade, destinatária dessas prestações. Os recursos públicos são escassos, a expectativa de vida dos brasileiros, nos últimos anos, passou de 67 para 72,7³¹ anos. A indústria farmacêutica possui uma enormidade de medicamentos. Nesse contexto, a eficácia do direito social à saúde é posta à prova.

Foram o estopim para a convocação da audiência dois casos,³² que questionam a eficácia do art. 196 da CF e os §§ 2º e 3º do art. 198, da CF, que sofreram alterados pela EC n. 29/2000. O direito à saúde estabelecido no art. 196 da CF contém seis diretrizes:

- a) direito de todos;
- b) dever do Estado;
- c) garantido por políticas sociais e econômicas;
- d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos;
- e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário;
- f) às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Essas escolhas difíceis passaram a fazer parte do cotidiano de muitos juizes que, em processos de cognição sumária, têm de decidir se concedem ou não

outros processos e procedimentos; por isso a Emenda Regimental n. 29, revisou competências e deu nova redação ao art. 13, XVII, possibilitando a convocação de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. Até a presente data, o STF, além da “audiência da saúde”, realizou cinco audiências públicas relacionadas a processos de controle difuso ou concentrado da constitucionalidade, conhecidas como: audiência da “anencefalia”; da utilização de “embriões congelados”; dos “pneus remoldados importados” e das “ações afirmativas” nas universidades públicas.

³¹ A população brasileira ganhou 5,57 anos entre 1991 e 2007. Se considerarmos o decênio de 1997 a 2007, as mulheres aumentaram 3,3 anos a expectativa no período de 73,2 para 76,5 anos, enquanto os homens tiveram avanço de 3,5 anos, de 65,5 para 69 anos. Com isso, a população idosa com idade superior a 70 anos chegou a 8,9 milhões de pessoas, o equivalente a 4,7% da população total. A esperança de vida muda significativamente de acordo com a região em que ocorre o nascimento. A maior expectativa é no Sul, onde a média é de 74,7 anos, sendo 71,4 anos para homens e 78,2 anos para mulheres. Outra mudança é em relação à taxa de mortalidade infantil, que declinou de 45,19:1000, para 24,32:1000 em 2007, representando uma diminuição percentual acima de 46% em 16 anos. Segundo técnicos do IBGE, o Brasil como signatário da Cúpula do Milênio, tem como meta alcançar até 2015 uma taxa de mortalidade infantil próxima de 15:1000, e a projeção sinaliza uma taxa de 18,2:1000. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

³² Primeiramente, a proposta de súmula vinculante n. 4, requerida pela Defensoria Pública Geral da União com o objetivo de tornar solidária a responsabilidade dos entes federativos, no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamento, visando a afastar a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, “caput” e o § 2º, da CF (precatórios). Por segundo, o Recurso Extraordinário n. 566.471, em que foi reconhecida a repercussão geral que questiona se a situação individual pode, em razão do alto custo, colocar em risco as prestações da saúde como um todo. Tratava-se de remédio de elevado dispêndio patrimonial, para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente. Os demais casos, que se constituem em questões diversas e afitivas envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim, toda a casuística com a complexidade nesta área em que a vida da pessoa está em jogo. Veja-se a propósito a suspensão de tutela n. 223, suspensão de liminar n. 228/CE e a suspensão de tutela antecipada n. 198/PR, a suspensão de tutela n. 268/RS.

um medicamento, um leito hospitalar. Causas complexas e que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponham de todos esses elementos e de forma extremamente rápida. Essa resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas que trará consequências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.

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

2.2 Os critérios judiciais formulados a partir da audiência pública

Depois de ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela Presidência do STF para redimensionar a judicialização do direito à saúde no Brasil, o Ministro Gilmar Mendes³³ destacou alguns pontos importantes. Deve ser considerada a existência ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

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

Relativo ao tratamento, deve ser privilegiado aquele fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida à determi-

³³ Mendes (2009). Os dados foram utilizados na análise de Suspensão de Tutela Antecipada (STAs) 175, 178 e 244, em 21 de setembro de 2009. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2009.

nada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

Essa atitude do Supremo Tribunal Federal destaca o comprometimento da jurisdição com a guarda dos direitos fundamentais sociais após ter ouvido inúmeros representantes da sociedade em pleno exercício da oralidade. Esta cresce em importância no processo civil brasileiro em correspondência aos fins a que se destina. Nesse caso, permitir que o julgador escute a sociedade, perceba sua posição, importe-se com questões estruturais para somente depois decidir, ainda que a causa seja complexa, a dizer, ao contrário do que sugere Micheli Taruffo,³⁴ que não combina apenas com “casos pequenos”. Entretanto, tal reflexão não afasta a tensão entre a busca social pela efetivação da Constituição e o ativismo judiciário, este entendido muito mais como expressão das opiniões pessoais ou do exacerbamento de competências do que propriamente resultado de uma atitude criadora adequada à Constituição. No caso específico das postulações judiciais por efetivação do direito à saúde, a questão crucial é superar o perfil individualista de processo, que alimenta a denominada microlitigação e favorece a atomização dos litígios, em favor da sua perspectiva coletiva, mais apta a enfrentar o referido direito na sua dimensão coletiva, então, molecularizada.

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

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

Primeiramente, a formulação de políticas públicas cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que essas opções se constituem em uma decorrência da democracia representativa, e, por vezes, participativa. Nos casos de ineficiência ou omissão na execução de políticas públicas, cabe à intervenção judicial. Aí se apresentam algumas situações. O judiciário está autorizado a intervir, quando o poder público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art. 198, § 2º, CF.

Pode-se então perguntar: quais as ações mais adequadas para conduzir à implementação das políticas públicas? Considerando-se as demandas de cunho individual e coletivo, estas últimas não suscitam dúvidas. A indagação diz respeito às ações individuais, prestam-se estas para estatuir políticas públicas? É sabido que o art. 5º, XXXV, CF consagra o acesso à justiça de forma ampla e irrestrita. Desse modo, não se pode impedir o acesso, mas a concessão de medicamentos não previstos como essenciais, demanda uma atenção para a sua decisão. Canotilho,³⁵ embora cioso da importância da responsabilidade constitucional do Poder Judiciário, é reticente em relação ao ativismo expresso nas ações individuais em que, segundo ele,

³⁴ Taruffo (2009, p. 254).

³⁵ Canotilho (2009, p. 57).

esse poder assumiria a *accountability* ao proferir sentenças de inequívoca conformação político-social. A reticência derivaria, segundo o autor, da ausência de legitimidade para a apreciação político-judicial das “desconformidades constitucionais” das políticas públicas, dando especial destaque às políticas de saúde.

O art. 196 da CF conjuga o direito à saúde a políticas sociais e econômicas, para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a autonomia dos cidadãos, independente do seu acesso maior ou menor do Poder Judiciário. “Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, [...]”³⁶ Por serem precedidas de amplo debate, é que se faz essa presunção, que não é absoluta, mas pode ser relativizada considerando o fato de que não esteja atualizada ou que as circunstâncias do caso autorizem o sopesar de circunstâncias particulares.

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

O foro mais propício para discutir a inclusão ou exclusão de algum medicamento é por via das ações coletivas, com legitimados ativos representativos do grupo, categoria ou classe e que permitem um amplo debate a respeito das prioridades, que são estabelecidas considerando as peculiaridades de cada país e implementadas pelo Ministério da Saúde. Por isso, importante a decisão proferida pela Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie na SS 3073/RN³⁷ em que considerou inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A Ministra enfatizou que o Estado do RN não estava se negando à prestação dos serviços à saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo as políticas de saúde ainda incipientes.

O caráter de importância nas ações individuais somente se vislumbra quando se torna mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu nos casos dos portadores do vírus HIV,³⁸ em que o Brasil se constituiu em um país com tratamento que é uma referência. Nas primeiras demandas,

³⁶ Barroso (2008, p. 28).

³⁷ STF, DJU 14/2/2007, SS 3073/RN, Rel. Ministra Ellen Gracie.

³⁸ disponível em: <http://www.fiocruz.br/aids_20_anos/linha_do_tempo.html>. Acesso em: 1 set. 2008.

a contestação do Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que se o demandante havia contraído a enfermidade era porque tinha causado isso, em uma atitude nitidamente preconceituosa.

Outra crítica que se pode formular à judicialização das políticas públicas,³⁹ em ações individuais, atinente à área da saúde, é a quebra de igualdade, ou seja, aqueles que dispõem de condições de demandar, seja por advocacia privada seja por defensoria pública, têm vantagem em relação aos que não têm acessibilidade ao Poder Judiciário, ou por falta de informação ou instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).

As ações coletivas permitem a discussão ampla do arrolamento de algum outro remédio ou tratamento na lista dos essenciais. Veja-se a questão atinente à mudança de sexo.⁴⁰ Houve ajuizamento de ação civil pública pedindo a inclusão na tabela do SUS da transgenitalização, julgada procedente. Tal redundou em alteração da posição administrativa, ocasionando a portaria do Ministério da Saúde de n. 1.707/2008, que incorpora a alteração de sexo, como procedimento oferecido pela rede pública. Três ponderações para que a discussão se trave em âmbito coletivo são apresentadas por Barroso.⁴¹ Por primeiro, a discussão no âmbito coletivo exigirá a análise do contexto em que se situam as políticas públicas; por segundo, evita-se a questão da microjustiça, ou seja, a preocupação do juiz com o deslinde daquela ação esquecendo-se da macrojustiça, atendimento com recursos limitados a demandas ilimitadas; por terceiro, a decisão proferida em decisão coletiva terá efeitos “*erga omnes*”, preservando a igualdade e a universalidade do atendimento à população.

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

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

³⁹ Vianna (1999).

⁴⁰ O início foi uma ação civil pública proposta pelo MPF/RS, que ocasionou a decisão de 2007 do TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) em que obrigava o SUS a fazer esse tipo de cirurgia. A decisão do TRF determinava que o Governo Federal tomasse todas as medidas que possibilitem aos transexuais a realização da cirurgia de mudança de sexo pelo SUS. “Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na tabela do SUS. Procedimentos médicos de transgenitalização. Princípio da proibição de discriminação por motivo de sexo. Discriminação de gênero. Direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade e à dignidade humana e direito à saúde. Força normativa da Constituição.” Rel. Roger Raupp Rios, Processo n. 2001.71.00.026279-9, D.E. 22/08/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.phd>. Acesso em: 6 set. 2008.

⁴¹ Barroso (2008, p. 31).

Nos casos de demanda individual, compreende-se a agonia do cidadão que requer o remédio, da família que passa por uma situação difícil e do magistrado que muitas vezes se encontra em uma decisão entre a vida e a morte, iminente, mas trava-se um embate entre as deliberações públicas e privadas e situações de risco em curto e médio prazos. Por exemplo, às vezes se gasta mais na parte curativa do que preventiva. Vejam-se os números investidos em saneamento básico e construção de redes potáveis, comparativamente à saúde.⁴² Os primeiros são muito tímidos se comparados aos segundos, e a ausência de investimento em saneamento básico é um foco para disseminar doenças, posteriormente. Então, na premência do momento, descuida-se de uma perspectiva de futuro.

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

Conclusão

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

O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente a partir dos objetivos da administração, e foi substituído pelo interesse coletivo, aberto à participação popular. Voltando ao pensamento de Hannah Arendt, percebe-se que o direito à saúde está sendo construído por meio das políticas públicas de implementação de tratamentos e de medicamentos ditos essenciais, constituindo-se o Poder Judiciário um instrumento de realização dos direitos dos cidadãos, desde que se apliquem critérios adequados com os preceitos da Constituição, deixando-se o casuísmo e o subjetivismo, nesta seara. Outro importante aspecto a ser considerado é a atenção dos direitos sociais aos dispositivos orçamentários. Os 20 últimos anos de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram essa busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para se adequar às transformações e mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal, considerando, especialmente, o direito à saúde

⁴² No estado do Rio de Janeiro foram gastos com os programas de assistência farmacêutica R\$ 240.621.568,00, enquanto que com o saneamento básico R\$ 102.960.276,00. Comparando-se as duas quantias, o gasto com saneamento é menos da metade. Disponível em: <http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

no Brasil. Somente assim poderemos acenar com a construção de um país com população mais saudável nas próximas gerações.

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

Passados 200 anos de política histórica brasileira e 20 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas pela sua efetividade, por uma leitura madura que otimize os recursos orçamentários existentes, dos direitos sociais, em geral e do direito à saúde, em particular. O que torna o direito à saúde de maior complexidade para sua efetividade é a sua dependência com outras políticas públicas. A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionado à educação e informação, ambos situam-se na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação utilizado de uma maneira preventiva propicia o exercício do direito à saúde e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária.

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

ca proporciona se afina à demanda por uma jurisdição mais próxima da sociedade e mais distante da burocratização e do puro tecnicismo.

Referências

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981. In: AMARAL, Gustavo (Org.). *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. 1. ed. 4. reimp. Madrid: Gredos, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Gomes. O ativismo judiciário: Entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: MOURA, Lenice Moreira (Org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positiva*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Come studiare le poliche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995. Tradução de: *Studying Public Policy: Policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905*. Tübingen: [s.n.], 1919.

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

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 8 jul. 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Pautas para estabelecer políticas farmacêuticas nacionais*. Genebra: OMS, 1988.

POCHMANN, Márcio. Assegurar o bem-estar coletivo. *Le monde diplomatique*, ano 3, n. 28, nov. 2009.

RELATÓRIO do PNUD para a América Latina e o Caribe. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/>. Acesso em: 8 jul. 2009.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Orçamento consolidado 2007*. Disponível em: <http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

SANCHIS, Luis Prieto. Principia iuris: uma teoria del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, v. 67, jul./set. 2008.

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

SIGMANN, Jean. *1848: Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. 3. ed. Madrid: Siglo veintiuno editorial, 1985.

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

Têmis Limberger, Jânia Maria Lopes Saldanha

TARUFFO, Micheli. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009.

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

Recebido em 18 de agosto de 2011

Aceito em 9 de novembro de 2011