



**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
apontamentos sobre a atuação jurisdicional, uma análise sob a ótica do estado
democrático de direito e o acesso à justiça**

Gustavo Rocha Martins¹
Natã Ferraz Carpanez²

RESUMO

Busca-se efetuar uma análise a cerca do crescente fenômeno denominado “Judicialização da Saúde”, demonstrando sua legitimidade à luz de um Estado Democrático de Direito e tendo em vista os impactos orçamentários gerados por sua efetivação (o que é demonstrado através de uma breve análise principiológica). Além disso, apresenta-se um estudo sucinto em relação à questão do acesso à justiça como método de exercício da busca pelo direito à saúde. Na investigação específica do fenômeno da judicialização da saúde, será feito um levantamento das diversas compreensões e elaborações teóricas em torno do tema, por meio de pesquisa bibliográfica e documental orientada pela metodologia jurídico-teórica. A hipótese que será examinada é a de que o cidadão é titular de direitos fundamentais exigíveis perante o Estado e, não obstante isso, é necessária a implementação de medidas que possibilitem o efetivo exercício desses direitos, assegurando a sua concretização.

¹Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Pós-graduado em Direito Processual Constitucional pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Professor de Direito Constitucionale de Hermenêutica e Direitos Fundamentais das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Email: gmartins07@hotmail.com

² natarpmg@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. ACESSO À JUSTIÇA. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca apontar digressões a cerca da efetividade do direito à saúde, tendo em vista um cenário onde se busca, através da tutela jurisdicional, o cumprimento de um direito fundamental positivado em nossa Constituição. Reconhece-se, na atualidade, que a Constituição deixou de ser meramente uma carta política com princípios e metas a serem cumpridos, mas tornou-se um documento capaz de se exigir sua efetividade e força normativa.

A partir de então, percebemos que o Poder Judiciário vem exercendo papel de grande relevância quanto à efetividade dos direitos sociais, em razão da falta prestações positivas que, a princípio, deveriam ser realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo (seja por meio de políticas públicas, seja por atos administrativos). Mas por outro lado, devemos analisar as situações em que os tribunais devem adotar uma posição de autocontenção quanto a determinados casos concretos, devido à ausência de conhecimento técnico acerca de determinadas questões. Também não devem retirar o poder de decisão de um órgão democrático sobre determinada matéria, salvo hipóteses excepcionais (como será analisado).

Busca-se aqui, demonstrar parâmetros que legitimem a atuação judicial no que se refere ao direito à saúde, bem como apresentar algumas possíveis colisões entre esse direito fundamental e outros princípios constitucionais, bem como analisar os impactos das decisões judiciais sobre a atividade administrativa e os escassos recursos públicos.

Inicialmente cumpre destacar que, no Brasil, houve uma extensa positivação de diversos direitos fundamentais, onde a Constituição assegurou não somente direitos individuais e liberdades políticas, mas também assegurou diversos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como direitos difusos e coletivos. Com isso,

vários direitos prestacionais, metas e programas foram implementados pelo Estado, que assumiu inegavelmente o modelo de constituição dirigente (LEITE, 2014). Por adotar tal modelo, percebemos que a forma de garantia e proteção dos direitos fundamentais não se efetua somente por abstenções e não fazer estatal, mas por uma atuação positiva do Estado na implementação e proteção destes direitos, de modo que o Estado não tem apenas o dever de se abster da prática de atos atentatórios à dignidade humana, mas também o dever de promover esta dignidade através de condutas positivas (SARMENTO, 2000). Assim, a Constituição passa a desempenhar um importante papel de determinação do plano de direção e de transformação da implementação de políticas públicas na ordem socioeconômica (FERNANDES, 2014).

Por último, busca-se efetuar uma análise sobre o direito de acesso à justiça, onde trataremos dos aspectos históricos, econômicos e sociais pertinentes, bem como proposições a serem observadas sobre o efetivo exercício deste direito.

Neste artigo será adotada a linha crítico-metodológica, através da qual se trabalhará a judicialização da saúde. A vertente metodológica privilegiada será a jurídico-teórica, para que sejam explicitados os pressupostos filosóficos e jurídicos que influenciaram a formulação dos conceitos aqui repensados. No curso do texto serão utilizados raciocínios hipotéticos-dedutivos e dialéticos que possibilitarão a refutação de conceitos sedimentados em determinado paradigma e a construção de novos conceitos, a partir da oposição de visões paradigmáticas.

A investigação será do tipo jurídico-compreensiva e será feita sobre fontes diretas e indiretas, preferencialmente secundárias, como livros, artigos e trabalhos científicos.

1 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Entende-se por judicialização a atuação por parte do Poder Judiciário ao decidir questões que, a princípio, competiria aos Poderes Legislativo e Executivo emitir a palavra final, órgãos estes que possuem caráter democrático, vez que seus

membros representam a sociedade como um todo. Assim, segundo Luís Roberto Barroso (2009), “a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

O conceito de ativismo judicial, apesar de intimamente relacionado ao de judicialização, deste se distingue. Diz-se ativismo judicial, segundo Barroso (2009), “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Portanto, o ativismo dá-se ao momento de concretizar fins e valores constitucionais, que poderá, como ao exemplo do tema deste estudo, tratar de situações onde é imposta a prática de condutas ou abstenções ao Poder Público. O oposto de ativismo é a autocontenção judicial (*self restraint*), onde o Judiciário deve reduzir sua interferência nas ações dos demais Poderes, seja devido ao fato de que determinadas matérias não se encontram expressas constitucionalmente, aguardando a atuação legislativa, seja adotando critérios rígidos ao tratar assuntos de constitucionalidade ou se abstendo de interferir em assuntos que se refere a políticas públicas (BARROSO, 2009).

O debate acima exposto, acerca da oposição entre ativismo e autocontenção judicial, nos remonta às ideias do debate americano a cerca da interpretação constitucional, que poderia apresentar uma posição não interpretativista ou interpretativista. Aquela possui uma visão de caráter mais conservador ao momento da aplicação do direito, devendo o intérprete se ater ao sentido original do texto constitucional, aos sentidos históricos e sociais do momento de sua criação. Já a segunda corrente (não interpretativista) defende a possibilidade de o intérprete evoluir o sentido das palavras adaptando-as ao contexto atual, não devendo se atrelar às vontades dos criadores da Constituição.

Os movimentos não interpretativistas nos faz associarmos aos de ativismo judicial, que se caracterizam por conferir ao judiciário um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais aos já existentes, partindo do pressuposto que este poder, em geral, seria mais habilitado à

função de plasmar, em normas, os atuais valores da sociedade (NOVELINO, 2012, p. 170).

Os motivos que levaram ao crescimento cada vez maior da judicialização são três, conforme apontado por Luís Roberto Barroso: uma primeira causa seria a *redemocratização* do país, com a promulgação da Constituição de 1988, ocasião que reavivou a cidadania e deu maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar, através do Judiciário, a garantia de seus direitos. A segunda causa refere-se à constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição novas matérias, antes abrangidas somente por outros processos políticos. Por último, a terceira causa é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que permite que qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar determinada lei que entenda ser incompatível com o conteúdo da Constituição (característico do modelo americano), além disso, temos a possibilidade de exercer o controle através de ação direta, podendo ser levadas à apreciação imediata do Supremo Tribunal Federal (o que caracteriza, por sua vez, o modelo europeu), assim temos que várias questões políticas poderão ser objeto de análise pelo STF (BARROSO, 2009).

A Constituição brasileira, por ser analítica, abarca um extenso conteúdo normativo, não se preocupando tão somente com matérias tipicamente constitucionais (como a organização do Estado), mas regulamenta outros assuntos, estabelecendo princípios, regras e objetivos. A partir de então, a Constituição adquire um caráter programático, vez que parte considerável do que por ela é exposto necessita, em contrapartida, de uma atuação legislativa a fim de que regulamente e garanta a aplicabilidade do que nela se encontra. Em clássica classificação sobre o tema, aponta José Afonso da Silva, que se trata de normas constitucionais de princípio programático, tidas como normas constitucionais através das quais o constituinte, ao invés de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos por seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das



respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 1999, p. 138).

Aponta ainda o autor que há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto (que vincula os programas ao princípio da legalidade, ficando dependentes da atividade do legislador e de sua discricionariedade), as que não indicam uma legislação futura (mas que vinculam todo o Poder Público, abrindo campo à discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição, nem sempre carecendo de lei para seu cumprimento) e, ainda, há as que postulam observância de toda ordem socioeconômica (de modo que aquele que age em sentido oposto ao princípio comporta-se inconstitucionalmente) (SILVA, 1999). O direito à saúde (art. 196, CF/88), objeto deste estudo, segundo o autor, enquadra-se nesta última classificação, mas afirma que se trata de uma norma que institui um dever correlato de um sujeito determinado: O Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer tal direito e que, se não satisfeito, não se tratará de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma. Cumpre observar que o fato de sua realização poder depender de providências positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição (imposições constitucionais), não lhe tira a natureza de um direito fundamental (SILVA, 1999).

Ainda sobre o caráter programático da Constituição, temos o seu caráter, cujo estudo foi elaborado pelo jurista J. J. Gomes Canotilho. Segundo o autor (1999), a Constituição desempenharia um papel de determinação do plano de direção e de transformação da implementação de políticas públicas na ordem socioeconômica. Assim, não seria a Constituição um mero documento estabelecedor da organização estatal, mas haverá nela um plano normativo-material global do Estado e da Sociedade, onde os Poderes Públicos estariam sujeitados à garantia das ambições populares (FERNANDES, 2014).

Atribuir à Constituição múltiplas questões, sobretudo as de caráter político, permite que a população busque obter, através do Poder Judiciário, a garantia dos

direitos fundamentais exposta neste documento, dada a omissão (total ou parcial) prolongada por parte do Poder Público em concretizar o que se encontra no texto constitucional.

A questão que surge é se a exigência por parte da população, através de ações judiciais, de direitos fundamentais como se fossem direitos subjetivos é legítima ou não. Instaura-se, nesta hipótese, uma colisão de princípios onde se tem por um lado o princípio da proporcionalidade, e de outro, o mínimo existencial. Esta questão será a seguir abordada.

2 APONTAMENTOS SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS

O estudo a cerca da teoria dos princípios, aplicada aos direitos fundamentais foi desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy, autor pelo qual buscaremos entender as principais perspectivas relacionadas ao tema em estudo. Buscar entender os ensinamentos difundidos por este autor é compreender o pensamento jurídico atual que atribui normatividade aos princípios, bem como observar as distinções existentes entre regras e princípios.

Em sua obra, Robert Alexy (2008) apresenta vários critérios que buscam estabelecer as diferenças entre regras e princípios como, por exemplo, o critério da generalidade, que é o mais amplamente utilizado. Segundo ele, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras possuem um grau relativamente baixo (ALEXY, 2008). Poderíamos citar como exemplo de norma de grau relativamente alto a norma que dispõe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (presente no artigo 1º, III da Constituição Federal), e como exemplo de norma com grau de generalidade relativamente baixo, a norma que garante a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (artigo 7º, IX da Constituição Federal). Portanto, segundo este critério, poderíamos classificar o primeiro exemplo como princípio, e o segundo como regra.

Outros critérios também são bastante discutidos, como a forma de surgimento (que diferencia entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas”), o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito, ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica ou ainda podem ser diferenciados os princípios das regras no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento (ALEXY, 2008, p. 88-89).

Estes critérios expostos foram alvos de grandes discussões, tendo surgido três teses contrárias à classificação apresentada. A primeira diz que qualquer tentativa que busque diferenciar as normas em somente duas classes distintas, resultaria em fracasso, tendo em vista a grande diversidade possível de classificação e que estas são extremamente heterogêneas. A segunda tese defende que a diferenciação entre regras e princípios é somente de grau, afirmando que é no grau de generalidade da norma que se encontra o critério decisivo para a distinção. Por último, a terceira tese entende que não há apenas uma diferença gradual em relação aos princípios e regras, mas uma diferença qualitativa (ALEXY, 2008). Tese esta, tida como a correta por Robert Alexy, mas que apresenta sua distinção por um critério de otimização, que será apresentado a seguir.

Segundo esta classificação, os princípios são tidos como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo assim, mandamentos de otimização, vez que podem ser satisfeitos em graus variados devido à observação das possibilidades descritas (ALEXY, 2008, p. 90). Entende-se também que os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim (BARROSO, 2008).

Em relação à esta classificação, temos que as regras, por sua vez, são satisfeitas ou não-satisfeitas, mas de forma integral. Assim, aplicam-se na modalidade “tudo ou nada”: ao observar um fato qualquer elas deverão incidir, produzindo seus respectivos efeitos. Caso não seja aplicada à sua hipótese de incidência, tem-se que a norma está sendo violada. Quanto ao momento da

aplicação, não haverá margem para valoração por parte do intérprete, que aplicará a regra mediante subsunção (BARROSO, 2008).

3 COLISÃO PRINCIPIOLÓGICA

A partir da promulgação da Constituição de 1988, temos uma constituição essencialmente principiológica, prevalecendo o paradigma dos princípios. Diante dessa realidade, o direito deixou de ser concebido como um sistema de normas (sistema de regras), convertendo-se em um sistema de princípios (GRAU, 2014, p. 97).

Por ser um sistema principiológico, eventuais conflitos entre princípios poderão vir a ocorrer e, nestes casos, um deverá ceder. Deste modo, um dos princípios terá precedência em face do outro sob determinadas condições, o que significa dizer que, em outras condições, a questão pode ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2008). A análise sobre tal situação se dará mediante a ponderação entre princípios, observando ainda que é possível a ocorrência de conflitos entre alguns princípios e regras.

Esta ponderação se dá no momento da formulação da norma de decisão. A ponderação entre princípios ocorre após a produção de normas jurídicas gerais (que se dá no momento da interpretação do direito), quando o intérprete decide o caso, definido uma solução que deverá ser a ele aplicada. Atribuir um peso maior ou menor a um ou outro princípio ou, como dito acima, escolher qual princípio deverá ceder, é opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, uma escolha subjetiva do intérprete, o que afasta o juízo de legalidade em uma decisão (GRAU, 2014).

No momento da ponderação, temos que será atribuída uma hierarquia axiológica móvel entre princípios em conflito, implicando na atribuição de uma importância ético-política maior, um peso maior, a um destes do que relação ao outro. Diz-se que esta hierarquia é móvel, pois, como dito anteriormente, não se

aplica a todos os casos, valendo para uma só controvérsia particular sendo, portanto, instável, mutável. A partir do exposto, temos que a ponderação entre princípios implicada em uma dupla discricionariedade pelo juiz, onde uma ocorrerá no momento inicial, ao criar a hierarquia axiológica entre os princípios e outra quando este juiz altera o valor comparativo (hierárquico) anteriormente adotado à luz de outra controvérsia a resolver (GUASTINI, 2008).

Críticas a este método de solução de conflitos entre princípios são existentes e uma destas, apontada pelo jurista Eros Grau, afirma que, quando se chega à conclusão de que determinado princípio terá prevalência sobre outro, supõe-se que de um destes foi extirpado o caráter de norma jurídica. Diz o jurista, que os princípios não podem ser ponderados entre si e que somente os valores podem ser submetidos a tal operação, pois realizar a ponderação entre princípios esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definiria como norma jurídica, vez que inexistente no sistema jurídico qualquer regra de orientação a cerca de qual princípio deveria ser privilegiado. Assim, esta operação vem sendo adotada por juízes à margem do sistema, subjetivamente e a partir das pré-compreensões de cada juiz, que ou adotam conscientemente uma posição jurídico-teórica (que poderá ser um problema, vez que a posição adotada pode não ser a nossa) ou atuam à mercê dos que detêm poder e espírito do seu tempo (neste caso, os juízes se transformam em instrumento dos detentores do poder) (GRAU, 2014).

No caso do direito à saúde, por se tratar de um direito fundamental constitucionalizado, reconhece-se seu caráter de direito subjetivo *prima facie*, o que fundamenta o direito a prestações positivas e implica em dizer que, conforme Canotilho (2004, p. 66), não é possível aplicá-lo na modalidade tudo ou nada, pois envolve variáveis múltiplas e complexas, tais como: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc.

Uma das dificuldades presentes quanto ao reconhecimento do direito à saúde como um direito subjetivo individual a prestações nesta área reside no fato de como tal direito foi consagrado constitucionalmente. É que tal direito tem sido considerado como dependente de intermediação legislativa, de modo que não são poucos os que lhe negam sua plenitude de eficácia (SARLET, 2015).

Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição (LEAL, 2010). Ainda sobre o caráter de direito subjetivo, nossos Tribunais já afirmaram que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais (REsp 836913/RS).

Um dos princípios que são, de forma mais frequente, citado como oposição à judicialização da saúde é intitulado de reserva do possível, que pode ser entendido como a possibilidade financeira do Estado em dispor de recursos materiais para o cumprimento de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica. Mas o argumento lançado no sentido de que o Estado não possui tais recursos para implementação e cumprimento da decisão judicial só deverá ser acolhido caso o Poder Público demonstre, suficientemente, que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação dos direitos fundamentais, o que, em última análise, implica em uma ponderação (GANDINI, 2008).

A intitulada reserva do possível pode ser observada diante de vários aspectos, tais como a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (relacionado a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, que reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil por se tratar de um sistema constitucional federativo); c) o problema da proporcionalidade da prestação e de sua razoabilidade.

Estes aspectos que se relacionam entre si e com outros princípios constitucionais exigem um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado para que possam servir não como uma barreira intransponível, mas como ferramenta para garantir os direitos sociais de cunho prestacional, na perspectiva da máxima efetividade dos direitos fundamentais (SARLET, 2015).

Para a concretização do direito à saúde, ponderações deverão de ser realizadas (como no citado conflito entre direito à saúde *versus* reserva do possível) a fim de que se chegue a uma determinada conclusão. Para tanto, comumente vem sendo aplicado o princípio da proporcionalidade que, segundo Robert Alexy, desdobra-se em três aspectos, qual seja: adequação (significa dizer que o intérprete deve identificar o meio adequado para a obtenção dos objetivos pretendidos), necessidade (significa que o meio escolhido não deve exceder os limites indispensáveis à conservação dos fins desejados) e proporcionalidade em sentido estrito (o meio escolhido, no caso específico, deve se mostrar como o mais vantajoso para a promoção do conjunto de valores, bens e interesses em jogo) (LEAL, 2010).

4 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A ATUAÇÃO JUDICIAL

Os membros do Poder Judiciário não são eleitos, mas são recrutados através de critérios técnicos (sistema meritório) e devem adotar posição de imparcialidade. Uma questão então surge: como atribuir aos juízes e tribunais a decisão sobre matérias que, segundo o próprio texto constitucional, caberiam aos outros Poderes? Para responder esta indagação, algumas observações merecem ser destacadas.

A Constituição brasileira consagra a ideia de Estado Democrático de Direito em seu art. 1º, o que implica em reconhecer a soberania popular e o governo da maioria. Paralelamente ao princípio democrático, temos o Constitucionalismo, que pode ser entendido como uma limitação do poder e a supremacia da lei e traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. É na atuação do Executivo e Legislativo que

se consolida a ideia de governo da maioria, Poderes aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas (BARROSO, 2008).

Por outro lado, uma Constituição rica em direitos individuais, sociais e coletivos e uma práxis política reiterada em negar a efetivação de tais direitos, exige uma instância julgadora capaz de assegurar a Constituição como norma diretiva fundamental realizadora dos valores substanciais presentes em seu texto (RIBEIRO, 2013). Assim, ao responder a indagação anteriormente formulada, temos que a resposta será sempre afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, de forma inequívoca, a fim de preservar um direito fundamental previsto no Constituição.

Quanto à legitimidade desta atuação jurisdicional, três são as categorias sugeridas que buscam compreender a ilegitimidade ou legitimidade de tal atuação, a saber: a) a primeira se refere às situações onde o comando constitucional sobre determinada política pública foi efetivamente cumprido pelo legislador e administrador público, hipótese em que se entende não haver espaço para atuação judicial, por não se verificar omissão ou ineficiência do Estado; b) a segunda refere-se àquelas situações onde o comando foi integralmente cumprido pelo legislador, mas parcialmente atendido pelo administrador público, seja por motivos de ordem orçamentária (reserva do possível), seja em razão da discricionariedade da administração pública (seletividade na oferta de determinado serviço público), hipótese onde se entende que, a princípio, não haveria legitimidade na atuação judicial, por já haver tido planejamento e análise da disponibilidade orçamentária e seletividade do público que mais necessita dos serviços estatais, de modo que a atuação judicial poderia implicar no redirecionamento de recursos estatais a indivíduos não contemplados pela iniciativa pública (resultando na substituição do mérito administrativo pela sentença judicial); c) a terceira hipótese seriam os casos em que não houve atendimento tanto por parte do legislador, como da administração pública, ou nas situações em que, apesar de formalmente atendido, materialmente nota-se a incompatibilidade. Neste caso, deve-se verificar se se trata de uma norma

constitucional de eficácia plena ou limitada (onde a primeira não necessitaria de uma atuação legislativa e a segunda demandaria tal atuação, no sentido de implementar o disposto constitucionalmente) (LOPES, 2014).

Na terceira hipótese acima descrita tem-se que, em se tratando de uma norma de eficácia limitada e verificada a omissão estatal em sua implementação, haverá legitimidade na atuação judicial nos casos em que se tratarem do mínimo existencial. Neste caso, por se tratar de norma de eficácia limitada, não seria cabível a atuação judicial nos casos em que se tratar de hipótese acima deste mínimo existencial, vez que o legislador constitucional, ao conferir o caráter limitado a uma norma, buscou apresentar um desenho institucional de competências, atribuições e poderes para que o legislador infraconstitucional providencie o preenchimento. Assim, estará a administração pública responsável pela eficácia positiva de tal norma, de modo que em não se tratando de hipótese de mínimo existencial, deverá o judiciário adotar uma posição de *self restraint* (autocontenção) (LOPES, 2014).

Em importante observação, sobre a possibilidade de se exigir o tratamento adequado em face de uma norma de caráter programático, sentencia o Ministro Celso de Mello:

o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política [...] não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (STA 175 AgR / CE – CEARÁ. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010. DJe – 076. Divulg. – 29/04/10. Public. – 30/04/10).

5 DA SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS QUANTO AO FORNECIMENTO DE TRATAMENTOS MÉDICOS

A jurisprudência brasileira, principalmente após a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada 175/2010, firmou-se no sentido de que poderá ser demandado o

fornecimento do tratamento médico em face de qualquer que seja o ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), desde que demonstrada a impossibilidade em custeá-lo. Neste sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.” (RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux. DJe – 050. Divulg. – 13/03/15. Public. – 16/03/15)

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, relator da STA 175/10, a solidariedade fundamenta-se no fato de que o art. 23, II da Constituição Federal dispõe que é competência comum dos entes da Federação cuidar da saúde tanto do indivíduo, quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nos casos em que o pedido de tratamento é negado pelo SUS. Afirma ainda que, o fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os serviços financeiros, com o objetivo de aumentar a qualidade e acesso ao serviço não afasta, mas apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária (STA 175 AgR / CE – CEARÁ. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010. DJe – 076. Divulg. – 29/04/10. Public. – 30/04/10).

6 O ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente, há que se apresentar o conceito de acesso à justiça, que é entendido como a prerrogativa de um indivíduo comparecer perante o Estado, através dos órgãos jurisdicionais, a fim de exercer o direito de ação e de defesa. Assim, o acesso à justiça se encontra intimamente relacionado à viabilidade que seja provocada a jurisdição pelo interessado em obter a prestação jurisdicional

havendo, ainda, a capacidade de a tutela prestada produzir efeitos no mundo fático (HALBRITTER, 2012). Neste sentido, leciona Teori Zavascki que, além de ser uma prerrogativa de provocar a atuação do Estado, o direito de acesso à justiça visa obter, em prazo adequado, não somente uma decisão justa, mas uma decisão capaz de atuar de modo eficaz no plano dos fatos (ZAVASCKI, 1997).

Em um primeiro momento histórico, o direito ao acesso à justiça correspondia, em essência, ao direito formal do indivíduo propor ou contestar uma demanda. Assim, embora o acesso à justiça fosse um “direito natural”, estes direitos não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção, de modo que sua preservação exigia que o Estado não permitisse que tal direito fosse infringido por outro. Como corolário, o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPPELETTI, 1998).

Progressivamente, o direito ao acesso à justiça tem sido reconhecido como de grande importância para os direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido se não houver mecanismos que garantam, de fato, o exercício de suas reivindicações. Por isso, houve a necessidade de prestações positivas por parte do Estado, e não mais somente de prestações negativas (no sentido de somente garantir o acesso). Sem sombra de dúvida, o acesso à justiça pode ser visto como requisito fundamental em um sistema jurídico moderno que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos (CAPPELETTI, 1998).

Quanto à efetividade do acesso à justiça, há que se reconhecer que, para haver pleno exercício deste direito deverão ser eliminados certos obstáculos que obstam um amplo acesso à justiça. Tais obstáculos são classificados por José Wellington Bezerra da Costa Neto como de caráter exógeno e endógeno (COSTA NETO, 2012).

Assim, ao se falar em acesso à justiça são fatores exógenos que implicam em óbice ao exercício deste direito, aqueles que ocorrem de forma antecedente ao processo judicial. A natureza poderá ser: cultural (falta de informação), econômica

(pobreza) e social (descrença no Poder Judiciário como mecanismo institucionalizado em promover a solução da demanda). Já os fatores exógenos são os que se referem à técnica processual, como a estreiteza no conceito de legitimação no interesse de agir (sobretudo em se tratando de interesses metaindividuais), inexistência de procedimentos simples e céleres (relacionados ao direito material em discussão) e a limitação das espécies de provimentos jurisdicional (COSTA NETO, 2012).

Mauro Cappelletti e Brayant Garth(1998) apontam, ainda, outros obstáculos a serem vencidos, quais sejam: as custas judiciais, as possibilidades das partes e os problemas especiais relativos aos interesses difusos.

Em relação às custas judiciais há que se destacar os pontos aos quais o obstáculo se refere: custo dos honorários advocatícios, causas de valores ínfimos (onde os custos processuais poderão consumir a pretensão do direito da parte ou boa parte do eventual direito à esta reconhecido) e a delonga do processo (que pode implicar na desistência da ação ou na realização de acordos desvantajosos). No que diz respeito à possibilidade das partes, há os casos em que estas não suportam economicamente uma demora na obtenção de uma resposta judicial (COSTA NETO, 2012). Por fim, no que tange aos direitos difusos, é conclusiva a afirmação: “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”(CAPPELETTI e GARTH, 1998, p. 26).

Felizmente em nosso ordenamento jurídico brasileiro atual, mais especificamente em relação ao tema em estudo (direito à saúde) há que se reconhecer, de plano, a superação de diversos obstáculos até então levantados. Neste sentido, pode-se destacar a possibilidade de concessão da gratuidade de justiça aos que necessitarem (art. 5º, LXXIV da Constituição Federal e art. 98 e ss do Novo Código de Processo Civil), a atuação do Ministério Público na defesa de interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal e art. 176 do Novo Código de Processo Civil), a criação da Defensoria

Pública (art. 134 da Constituição Federal), além da possibilidade de nomeação de defensores dativos onde não há disponibilidade de Defensores Públicos. Por outro lado, não obstante a implementação da duração razoável do processo como um direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 45/04 (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), há que se reconhecer que o acúmulo cada vez mais crescente de demandas judiciais vem implicando, em muitos casos, na ausência de efetividade deste direito.

Como uma busca em afastar o máximo dos obstáculos anteriormente citados, as novas proposições para a ampliação do acesso à justiça sugerem uma melhor adequação da tutela (procedimento) ao objeto da prestação jurisdicional, ou seja, há uma necessidade de conformação do processo ao direito substancial. Assim, para que o processo seja instrumento efetivo da garantia de acesso à justiça, não basta assegurar o ingresso em juízo, é preciso buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos de modo tempestivo e seguro, através de tutelas aptas a afastar a crise do direito material (a técnica processual deve ser vista como meios destinados a alcançar escopos, e não vista como fim em si mesmo, de modo que se critica o dogmatismo ouso e exagerado) (COSTA NETO, 2012).

CONCLUSÃO

Com o estudo realizado, buscamos demonstrar a legitimidade de qualquer indivíduo pleitear o tratamento médico indispensável à garantia de seu direito à saúde e à vida, desde que demonstrada sua impossibilidade em custeá-lo. Buscou-se, confirmando a importante decisão da Suprema Corte brasileira, através da STA 175/10, entender a possibilidade de buscar o tratamento em relação a qualquer ente federativo, bem como analisar a possibilidade de exercer esse direito através de uma norma cuja eficácia é de caráter programático e que, aparentemente, deveria o Judiciário demonstrar uma posição de autocontenção, mas tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais, encontra-se legitimado a determinar a realização do

tratamento médico pelo Poder Público. Por outro lado, é necessária a ocorrência de balizas conforme o grau de implementação pelo Estado, de modo que quanto menor for o grau de implementação por parte do Poder Público, mais legítima será a atuação judicial com fim de se resguardar direitos fundamentais, sendo certo, ainda, que quanto mais abstrato for o comando legal, haverá maior ocorrência da omissão estatal e haverá, na prática, maior atuação judicial na busca por oferecer melhores soluções.

Por fim, em relação ao acesso à justiça, demonstramos que não basta tão somente que o Estado garanta a possibilidade de um indivíduo poder ajuizar uma ação judicial em busca da realização de um direito, mas deverá haver meios materiais para que seja levado à este mesmo indivíduo o pleno exercício deste direito, de modo que se busque procedimentos em que sejam mais céleres e melhor adaptados ao direito em discussão, além da imperiosa necessidade de fornecer, àqueles que necessitem, uma plena assistência judiciária.

ABSTRACT

The aim is to make a analysis about the growing phenomenon called "Health Judicialization ", demonstrating its legitimacy the light of a democratic rule of law and considering the budgetary impact occasioned (which is demonstrated by a short principled analysis). In addition, we present a short study on the issue of access to justice as a method of exercise of the search for the right to health.

KEYWORDS: HEALTH JUDICIALIZATION. ACCESS TO JUSTICE. DEMOCRATICLEGITIMACY.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf/>>. 2008. Acesso em 12 de maio de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas**. 4.ed. 2009. Conselho Federal da OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html/>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1998.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Acesso à justiça e carência econômica**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/>>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador. Editora JusPodivm, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador. Editora JusPodivm, 2014.



GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. Academia Brasileira de Direito, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário>. Acesso em 24 de janeiro de 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

GUASTINI, Ricardo. **Teoría e ideología de la interpretación jurídica**. Trad. de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. 2008. Madrid: Editorial Trotta.

HALBRITTER, Luciana de Oliveira Leal. **O acesso à justiça e a celeridade na tutela jurisdicional**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-acesso-justi%C3%A7a-e-celeridade-na-tutela-jurisdicional/>>. 2012. Acesso em 18 de abril de 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Porto Alegre: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2010.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Disponível em <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/428/>>. Edição nº 45. 2014. Acesso em 1º de dezembro de 2015.

LOPES, Bráulio Lisboa. **A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas: análise de sua legitimidade**. Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais. 2014. Disponível em <<http://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1227/>>. Acesso em 04 de março de 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Método, 2012.



RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde. **Revista Amagis Jurídica**. Ano V, número 9. Belo Horizonte, MG: 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12.ed. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2015

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, SP: Malheiros, 1999, p. 138.

STF. **REsp 836913/RS**. 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2007, publicado no Diário de Justiça de 31.05.2007

STF. **STA 175 AgR / CE – CEARÁ**. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010. DJe – 076. Divulg. – 29/04/10. Public. – 30/04/10.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. In: **Inovações do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.