

HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE QUE NÃO VIOLAM A CONSTITUIÇÃO

Ivan Moizés Ilkiu¹

Nara Mariano Pereira Xavier Rego²

Alessandro Aoki³

Caroline Alves Salvador⁴

RESUMO: O presente artigo científico tem o objetivo de demonstrar as hipóteses em que a intervenção do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas de saúde não viola a Constituição, mas especificamente, o princípio da separação de poderes. A metodologia utilizada foi pesquisa baseada no repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal agregada à análise de conceitos formulados pela doutrina no intuito de se buscar a base de sustentação hermenêutico-jurídica de sustentação dos fenômenos concebidos como judicialização da política ou ativismo judicial. Como principal conclusão tem-se que a intervenção do Judiciário, de forma direta, somente pode ocorrer em razão de políticas públicas previamente estabelecidas, seja no plano constitucional ou mesmo no planejamento de políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo.

Palavras-chave: políticas públicas, ativismo judicial, direitos fundamentais, garantia à saúde, separação de poderes.

HYPOTHESES OF INTERVENTION OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN PUBLIC HEALTH POLICIES THAT DO NOT VIOLATE THE CONSTITUTION

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the hypotheses in which the intervention of the control of constitutional jurisdiction of public health policies does not violate the Constitution, but specifically, the principle of separation of powers. The methodology used was a research based on the jurisprudential repertoire of the Federal Supreme Court added to the analysis of concepts formulated by the doctrine in order to seek the basis of hermeneutic-legal support to support the phenomena conceived as judicialization

¹Professor das disciplinas de Teoria Geral do Estado e de Teoria da Constituição do Curso de Direito da UNISEPE-FVR, mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, procurador jurídico efetivo do Legislativo de Pariqueira-Açu/SP, advogado militante na área de Direito Público, autor de livro, capítulos de livros e artigos científicos publicados em revistas qualificadas pela CAPES-CNPq.

² Advogada, Graduada em Direito pela Faculdade Educacional Araucária - Facear, Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professora e Coordenadora do Núcleo de Atividades Complementares e do Núcleo de Monografias do Curso de Direito, na UNISEPE - União Das Instituições De Serviços, Ensino E Pesquisa Ltda. Faculdades Integradas do Vale do Ribeira - FVR.

³ Docente da disciplina de Sociologia no curso de Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ribeira – UNISEPE.

⁴ Professora no curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ribeira - FVR. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos, é especialista em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito – EPD, Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Universidade de Lisboa (Portugal). Advogada e procuradora jurídica da APAE de Cajati/SP.

of politics or judicial activism. The main conclusion is that the intervention of the Judiciary, directly, can only occur because of public policies previously established, either in the constitutional plan or even in the planning of public policies elaborated by the Executive Branch.

Keywords: public policies, judicial activism, fundamental rights, health guarantees, separation of powers.

1. INTRODUÇÃO

O referencial teórico do tema “judicialização da saúde pública no Brasil” permeia várias áreas do saber. A multiplicidade de conceitos envolvidos engloba a análise semântica de termos como direitos fundamentais, separação dos poderes precípuos do Estado, do argumento da reserva do possível e seu contraponto denominado de mínimo existencial e, principalmente, dos limites de atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas, fenômeno este denominado pela doutrina de ativismo judicial ou judicialização da política.

Como instrumento de análise tem-se a hermenêutica constitucional. Tal método ultrapassa a utilização de elementos tradicionais de interpretação jurídica – a exemplo da gramatical, histórica, sistemática e teleológica – atuando para a conformação do texto da Constituição, concebida como um todo unitário, razão de se observar, além dos postulados básicos da razoabilidade e da proporcionalidade das medidas jurídicas, à efetividade dos valores e ideologias agregados em seu bojo (BARROSO, Luís Roberto, 2018, p. 338-346).

No que tange ao objeto cognoscível, tem-se como base os litígios concernentes às políticas públicas de saúde levadas ao conhecimento do Judiciário. Neste ponto, cabe mencionar que a esfera utilizada para a extração de dados estatísticos que embasam a pesquisa está restrita a pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.

Estas são, portanto, as premissas deste artigo que pretende demonstrar uma síntese do entendimento firmado pelo STF em relação à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no campo de políticas públicas de saúde, o que se demonstrará com base em referencial teórico e levantamento estatístico das principais decisões proferidas pela Suprema Corte em questões envolvendo esta temática.

2. DO REFERENCIAL TEÓRICO

O principal desafio enfrentado pelo pesquisador nesta área é definir, com objetividade científica, o objeto de análise compreendido no conceito “políticas públicas”. Isso porque os termos utilizados podem se referir tanto às instituições políticas, como também à ordem do sistema político delineada pelo sistema jurídico. Inclui-se neste campo semântico à estrutura institucional do sistema político-administrativo, o

processo político, o grau de influência das estruturas [*polity*], bem como dos processos de negociação política [*politics*] sobre o resultado material concreto [*policy*] de todas as ações de governo (FREY, 2000, p. 216).

Ao se transportar as definições advindas da língua inglesa – concebida como a mais próxima o padrão da Ciência, pelo sentido unívoco da maior parte de suas palavras - para o nosso vernáculo, ainda permanecem as ambiguidades, por exemplo: o adjetivo “pública” igualmente é alvo de sentidos múltiplos, pois às vezes é usado como equivalente de estatal - do Estado - e outras vezes daquilo que é de todos (MASSA-ARZABE, 2006, p. 60).

Por sua vez, no que concerne ao termo “direitos fundamentais” – razão da ocorrência de importantes políticas públicas na área da saúde - a própria Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) apresenta diversidade terminológica na abordagem destes, utilizando expressões como “direitos humanos” (artigo 4º, inciso II), “direitos e garantias fundamentais” (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), “direitos e liberdades constitucionais” (artigo 5º, inciso LXXI) e “direitos e garantias individuais” (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Ademais, no tocante ao nosso ordenamento jurídico, o alcance da expressão “direitos fundamentais” não está restrito à Norma Fundamental, haja vista a disposição constante no parágrafo 2º do artigo 5º que preconiza: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Para fins deste estudo, é importante ressaltar o qualificativo “fundamental”, como bem explica José Afonso da Silva (2009, p. 178), que indica tratar de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, interpretação perfeitamente compatível com o direito aqui estudado.

Não se pode negar que o direito à saúde, analisada sob o prisma de interpretação de José Afonso da Silva, está amplamente agregado ao conceito de um direito fundamental que não pode ser delegado a uma mera expectativa de norma programática. Neste sentido, não se pode deixar de observar o constante no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição da República, que assim dispõe: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Nesse ponto, cogita-se até que ponto o Poder Judiciário pode se imiscuir no âmbito de políticas públicas de saúde com fins de confirmar direitos aos cidadãos sem interferir na concepção de separação de poderes. Tal conceito - que decorre da obra de Montesquieu – Do Espírito das Leis, Livro XI, Cap. VI e se incorporou ao movimento teórico-filosófico denominado de constitucionalismo - foi concebido, segundo DALLARI (2016, p.213), para assegurar a liberdade dos indivíduos, pretendendo-se, mais tarde,

que tal prescrição tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado. Para o referido autor, o termo não indica uma divisão estanque das funções públicas precípua do Estado, pois o Poder do Estado é uno e indivisível.

A partir desta perspectiva doutrinária pode se extrair uma abertura interpretativa para que o Judiciário possa interferir no campo das políticas públicas de saúde, apesar de tal atividade ser típica do Poder Executivo. Aliás, o fundamento desta interpretação está ligado ao conceito de soberania, instituto delegado à Constituição – sob o paradigma normativo – a cujas normas e princípios estão submetidos todos os Poderes do Estado.

Por oportuno, é possível dizer que a Constituição, ao ser elevada ao patamar de norma central do ordenamento, possibilitou a concepção de um importante princípio, tido como basilar para a aplicação de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana. Por meio desta diretriz axiológica podemos observar a evocação de vários direitos, embora não haja recursos financeiros para concretização de todos os anseios da população, pelo que o principal limite de toda ação governamental acaba sendo a reserva do possível.

Entretanto, não se pode invocar a teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Outrossim, não se podem importar preceitos do direito comparado sem se atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como “mínimo existencial”. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político (CAVALCANTE, 2014).

Com base nesse entendimento, chega-se à conclusão de que o momento ideal para a atuação do Poder Judiciário é na fase de execução das políticas públicas de saúde. Não obstante pode ser verificado que, de forma indireta, haja a intromissão daquele em sede de políticas públicas durante o período de elaboração dos planos de governo, ou mesmo antes disso, obrigando direcionamento de verba orçamentária para determinada ação decorrente de insucesso em reiteradas ações ajuizadas em face do

Estado, a exemplo de questões previdenciárias quando não se reconhecia alguns direitos neste âmbito, oriundos da união homoafetiva (ILKIU, 2013, p. 143-151).

No que concerne à intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas (ativismo judicial), há que se observar alguns limites. O primeiro e principal deles é, sem dúvida, a própria Constituição, que determina critérios de validade das leis e de qualquer outra espécie normativa, impondo-se globalmente às funções do Estado. Outra limitação - assente com a resolução de conflitos principiológicos, os *hard cases* - está nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (CAMBI e ILKIU, 2014, p. 139-141), os quais dão equilíbrio para interferências de um poder em outro.

Em face do exposto, questiona-se: qual seria a melhor interpretação da norma contida no artigo 5º, § 1º da CRFB em relação aos direitos à saúde? A resposta pode ser extraída do seguinte ensinamento:

A melhor exegese da norma contida no art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...] [sendo certo, por isto, que] seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta (SARLET, 2011, p. 270 – 271) (grifamos).

Portanto, é com base no caso em concreto, ou seja, em razão dos casos já decididos pelo Poder Judiciário, que se poderá extrair a melhor interpretação para intervenção em políticas públicas de saúde sem violação da Constituição.

3 DO LEVANTAMENTO ESTATÍSTICO

Em pesquisa realizada por COSTA (2017, p. 139-152) observa-se que no período compreendido entre 2009 e 2015, os casos analisados pelo STF em sede de políticas públicas da área da saúde envolvem os seguintes temas: a) assistência farmacêutica e insumos; b) assistência médico-hospitalar; c) qualidade dos serviços de saúde pública ofertados ou implementados.

Todas as amostras estudadas trataram de ações originárias ajuizadas contra o Estado (União, Estados e Municípios), que, diante dos julgamentos desfavoráveis das instâncias inferiores, acabaram por chegar ao Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento da ocorrência grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas e a violação do princípio da separação dos poderes.

Nas demandas decorrentes de assistência farmacêutica e insumos, tem-se como principal fundamento a responsabilidade solidária, atribuída pela Constituição da República, aos entes da federação em matéria de saúde. Neste ponto, a pesquisa demonstra que 100% dos recursos apresentados tiveram o

provimento negado, entretanto, com a manutenção da decisão condenatória atribuída pelas instâncias inferiores.

Quanto aos recursos interpostos contras as decisões que visaram à garantia da qualidade dos serviços de saúde pública ofertados ou a implantação de política pública, o STF não identificou a ocorrência de violação ou grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública que justificassem a reforma da decisão que condenou os Estados de Pernambuco, Santa Catarina e Amapá a adotarem as medidas necessárias para a regularização e melhoria das ações e serviços de saúde.

Nas amostras que trataram da assistência médico-hospitalar, na qual figuraram com recorrentes a União (em duas 2 demandas) e os Estados (em 3), o não provimento dos recursos apresentados pelos entes da Federação foi unânime, visto que prevaleceu o entendimento cristalizado do STF quanto à inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes quando se trata de ações de pleiteiam a concessão de assistência médico-hospitalar, diante da ineficácia ou omissão do poder público em garantir o acesso integral e irrestrito de todos os meios necessários para a redução de risco do agravo para a recuperação, proteção e promoção da saúde.

No que diz respeito à fundamentação jurídica das decisões, a base para a grande maioria desta está na SL (suspensão de liminar) 47-AgR, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes (publicado no DJ de 30.4.2010) o qual definiu parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde, entre os quais estão: a) responsabilidade solidária entre os entes da federação em matéria de saúde; b) ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público; c) não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública; d) possibilidade de ocorrência de dano inverso. Cabe, a despeito dos itens assinalados, transcrever parte da decisão para melhor elucidação da questão:

[...] Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. [...] Assim, também como base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é 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 e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.[...] A decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cito: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos. [...] Conforme relatado na decisão objeto da presente suspensão, a

ordem liminar determina, apenas, que os réus tomem providências inseridas no âmbito das suas competências. [...] Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC. Ex positis, nego provimento ao agravo regimental. É como voto. Min. Gilmar Mendes. [grifamos].

Verifica-se, portanto, que o entendimento do STF é o de que não cabe ao Judiciário criar políticas públicas, mas determinar o seu cumprimento, seja com base em políticas públicas já elaboradas ou mesmo em razão das condicionantes existentes na própria Constituição da República, que dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196), sendo que os serviços do SUS (Sistema Único de Saúde), bem como suas ações fazem parte integrante de um sistema hierarquizado que tem como diretrizes a descentralização e o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, vislumbra-se possível, com fundamento no arcabouço teórico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas com o fim de assegurar o direito à saúde - requisito mínimo necessário à existência digna abarcada pelo conceito de direito fundamental – sem que tal conduta consubstancie violação à Constituição da República Federativa do Brasil.

Entretanto, alguns limites à atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas de saúde devem ser observados: o primeiro e principal condicionante é decorrente das disposições circunscritas na própria Constituição da República e, em seguida, a observação dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade das medidas judiciais.

Como terceiro limite, ou hipótese permissiva de intervenção da jurisdição constitucional, tem-se o pressuposto da existência de políticas já estabelecidas ou em execução, posto que o STF não cogita – pelo menos de forma direta - a interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Diante disso, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), cuja diretriz já se encontra no corpo da Constituição da República, o Judiciário não estará criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Vade Mecum JusPodivm*. 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CAMBI, Eduardo; ILKIU, Ivan Moizés. *Jurisdição constitucional e política pública*. In: *Acesso à Justiça e concretização de direitos*. Dirceu Pereira Siqueira, Flávio Luis de Oliveira (org.) 1.ed. Birigui – SP: Boreal Editora, 2014.

COSTA, TS. *A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes*. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6 (1) :139-152.

CAVALCANTE. Márcio André Lopes. *Ação civil pública determinando que o Estado construa novo presídio*. In: *Dizer o Direito*. Informativo publicado em 18.8.214. Disponível em <www.dizerodireito.com.br> Acesso em: 13 ago. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. IPEA, n. 21, jun. 2000. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em 25 abr. 2010.

ILKIU, Ivan Moizés. *Limites do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas*. 1.ed. Florianópolis/SC: Bookess, 2013.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In: *políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (org.) São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32^a ed. Rev. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.