

TEORIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTROLE JUDICIAL NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS*

Rafael Meireles Saldanha**

RESUMO: A questão do controle judicial das políticas públicas tem sido tema de vários debates, analisando-se a possibilidade e os limites desse controle. Buscar-se-á no presente estudo, primeiramente, demonstrar a possibilidade de subjetivação dos direitos à prestação. O Poder Executivo possui discricionariedade para definir a implementação e a execução das políticas públicas; no entanto, entre os meios possíveis, ao menos um deve ser adotado. Portanto, a ausência de uma prestação gera um direito subjetivo ao seu titular. Entretanto, ressalta-se que o modelo de intervenções judiciais para esses casos tem sido predominantemente ações individuais. Argumentar-se-á que estas ações não são o meio mais adequado para a análise do problema, já que os direitos sociais devem abranger toda a sociedade, e as demandas individuais atingem somente os indivíduos que nelas figuram. Além disso, ressaltam-se os instrumentos de diálogo institucional, pois se entende que seja valioso o envolvimento de todos no processo de formulação e execução de políticas públicas, inclusive o papel do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Políticas públicas. Controle judicial.

Introdução

A Constituição de 1988 trouxe importantes avanços no campo dos direitos sociais. Destacaremos, neste trabalho, o direito à saúde. Apesar de as constituições anteriores já tratarem do assunto, pela primeira vez esse direito foi tratado verdadeiramente como direito fundamental. Vale lembrar que as declarações internacionais tiveram grande importância na consagração dos direitos sociais, iniciando-se em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com o surgimento do neoconstitucionalismo (BARROSO, 2007), após a 2ª Guerra Mundial, as constituições passaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo. A concepção jurídica da Constituição adotada atualmente recebeu grande influência na teoria formulada por Konrad Hesse em *A Força Normativa da Constituição*.¹

A Constituição brasileira tem o caráter de vinculação dos direitos fundamentais por meio da força normativa dos princípios constitucionais. Nesse contexto, ao garantir que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196), reconhece o direito à saúde como um direito social e impõe aos poderes públicos a implementação de políticas públicas capazes de satisfazer esse direito.

Cumpra salientar que o conceito de políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci:

* Enviado em 15/10/2013, aprovado em 15/1, aceito em 7/4/2014.

** Mestrando em Direito - UNIRIO; Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania - UFRJ. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

É o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p. 39)

A Constituição de 1988 (CF88), nos artigos 198 a 200, inovou ao estruturar a realização da prestação ao direito de saúde, criando o Sistema Único de Saúde (SUS), objetivando a máxima efetividade desse direito social.

A problemática dos direitos sociais está permeada pela questão da efetividade. Quanto mais direitos sociais são consagrados, mais difícil é efetivar sua prestação. Isso se deve ao fato de os direitos à prestação implicarem uma ação positiva do Estado que gera um custo, uma parcela do seu orçamento. Somando-se a isso, podem-se destacar as dificuldades orçamentárias inerentes aos países em desenvolvimento - no qual o Brasil está inserido -, e o resultado é a ineficiência sistemática das políticas públicas. Na área da saúde, não é diferente. Os direitos sociais são dirigidos aos hipossuficientes que - não tendo meios para obter a prestação por conta própria e estando carentes de políticas públicas capazes de satisfazer a prestação - acabam por recorrer ao Poder Judiciário.

A questão do controle judicial das políticas públicas tem sido tema de vários debates, buscando analisar a possibilidade e os limites desse controle. Dentre os argumentos contrários à intervenção judicial, pode-se ressaltar que alguns direitos sociais estão previstos em normas de eficácia limitada; e essas normas teriam apenas uma eficácia negativa, ou seja, podem apenas invalidar a legislação infraconstitucional contrária, mas não poderiam ser aplicadas diretamente ao caso concreto, não sendo, portanto, capazes de direitos subjetivos (LOPES, 1998).

Além disso, outro argumento nesse sentido seria que a intervenção do Judiciário nas políticas públicas é contrária à democracia, já que os poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo periodicamente para definir as prioridades na implementação dos direitos sociais, pois estes requerem um custo, e o orçamento público é limitado. A intervenção judicial seria, então, uma afronta ao princípio da separação dos poderes (BARCELLOS, 2006).

Dentre os argumentos favoráveis, cabe ressaltar que apesar de o Judiciário não ter a função de definir as prioridades na implementação das políticas públicas, também não pode escusar-se de apreciar qualquer lesão a um direito. Quando os poderes públicos são omissos ou ineficientes na prestação do direito garantido constitucionalmente, torna-se necessária a intervenção judicial. Assiste-se, então, a uma situação de déficit democrático, no qual as instituições que são eleitas pelo povo vêm perdendo legitimidade. O princípio da separação dos poderes não é estático: conforme um poder perde força, outro acaba por suprir sua falta, e é essa questão que está intimamente ligada ao ativismo judicial atual.

O ativismo judicial está relacionado com uma postura mais participativa do Judiciário na implementação de direitos. Isso tem acontecido hoje no Brasil devido à

grande omissão ou à ineficiência dos poderes públicos na concretização dos direitos fundamentais. Os poderes Legislativo e Executivo vêm perdendo legitimidade, apesar de serem eleitos pelo povo, já que se afastam do socialmente aceitável. A vontade da maioria nem sempre significa democracia (ELY, 2010): o voto só é verdadeiramente livre quando os direitos sociais mínimos são garantidos.

Por outro lado, a judicialização da saúde, especificamente na concessão de medicamentos - ou seja, a utilização da justiça como meio para a efetivação da assistência farmacêutica -, acabou ocasionando concessões desordenadas de medicamentos. Os direitos sociais implicam, inevitavelmente, escolhas trágicas. O Judiciário, ao alocar um recurso para a concessão da prestação devida, necessariamente retira de outros a possibilidade de receberem um direito que já estava previsto anteriormente no orçamento.

A questão central é reconhecer que a concessão sem critérios da prestação pode inviabilizar a máquina estatal. Portanto, necessário se faz estabelecer critérios para a concessão de medicamentos quando requeridos judicialmente, racionalizando-se os recursos estatais de modo a propiciarem uma isonômica distribuição para todos os indivíduos em situação similar.

1 A subjetivação do direito à prestação

Em termos de conteúdo, os direitos fundamentais buscam a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são ligados, sobretudo, aos valores da liberdade e da igualdade. Para Robert Alexy (2008, p. 433), os direitos fundamentais, no primeiro momento, buscam proteger o indivíduo do Estado, sendo direitos de defesa do cidadão. Exigem, portanto, uma ação negativa do Estado (abstenções), ou seja, limitam o poder do Estado. Já no segundo momento, os direitos fundamentais passam a exigir do Estado uma ação positiva para que haja a promoção da dignidade da pessoa humana. O referido autor então classifica essa faceta dos direitos fundamentais como direito a prestação estatal:

Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem aos *status* positivo, mais precisamente ao *status* positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação. (ALEXY, 2008, p. 433)

O lema da Revolução Francesa - *liberdade, igualdade e fraternidade* -, apesar de ser anterior ao surgimento das gerações,² acertou o conteúdo e sequência dos próprios direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais ditos de 1ª geração (ou 1ª dimensão) são aqueles que os indivíduos conquistaram por meio da luta social, tendo como fator histórico a origem das chamadas revoluções liberais, ocorridas no final do século XVIII, que buscavam o fim do Absolutismo. O principal objetivo da burguesia na Revolução Francesa era limitar o poder estatal, exigindo um limite na atuação do Estado para que se garantisse, precipuamente, a liberdade dos indivíduos. É, portanto, na classificação de Robert Alexy um direito de defesa, que objetiva a abstenção do Estado.

A 2ª geração dos direitos fundamentais está ligada à igualdade material, pois a igualdade formal - que garante a igualdade de tratamento - já havia sido conquistada na 1ª geração. Essa igualdade material busca uma atuação estatal que promova a igualdade, de forma a reduzir as desigualdades sociais existentes. São chamados, portanto, de direitos sociais. Seu fator histórico preponderante foi a Revolução Industrial, com a luta do proletariado por direitos sociais, já que a liberdade sem igualdade não tem serventia. Para Alexy, essa geração consagra os direitos a prestações, que exigem uma ação positiva do Estado.

Os direitos fundamentais de 3ª geração estão ligados à fraternidade, ou à solidariedade. São direitos transindividuais - alguns coletivos, outros difusos -, sendo uma categoria heterogênea. São marcados pelas mudanças na conjuntura mundial nas relações econômicas e sociais, como a noção do direito das gerações futuras a um meio ambiente preservado.

Essa ideia está intimamente ligada aos direitos sociais, direitos a prestações estatais, que efetivem a liberdade dos indivíduos. O homem, ao aceitar o contrato social, espera, ao menos, que o mínimo existencial lhe seja garantido. Se a dignidade da pessoa humana, que é o núcleo central dos direitos fundamentais, lhe é negada - como o direito à vida -, nada impede esse indivíduo de buscar racionalmente, utilizando-se de todos os meios, essa prestação que deveria ter sido promovida pelo Estado. Nessa esteira, Alexy:

Sua fundamentação no âmbito do modelo de Estado clássico contratualista, que nos últimos tempos tem experimentado um vigoroso renascimento, é praticamente inevitável. A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa ideia tem "assento na realidade" não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais. (ALEXY, 2008, p. 455)

A problemática gira em torno de a Constituição ter estabelecido aos poderes Legislativo e Executivo a competência para estabelecer as prioridades nas prestações, já que são eleitos para esse fim. O Poder Judiciário não poderia entrar no mérito do ato, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Contudo, o referido autor argumenta que a ausência da prestação prevista na constituição gera um direito subjetivo ao indivíduo de exigi-la. Mesmo quando um direito

à prestação é assegurado em nível de princípio e não em uma norma de eficácia plena, existe a possibilidade de, no caso concreto, gerar-se a obrigatoriedade da prestação:

Se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização - que ocorre por meio de sopesamentos -, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações. (ALEXY, 2008, p. 446)

Ainda que nem todo direito social seja um direito subjetivo, o artigo 5º, § 1º, da CF88 consagrou princípio da máxima efetividade: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Esse artigo torna todos os direitos sociais candidatos a se tornarem um direito subjetivo, analisando-se o caso concreto:

Não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivação. Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação a a*, o dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. Isso é assim em razão do direito constitucional positivo, por força do art. 19, § 4º, 1, da Constituição alemã. Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como “perfeita”, é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um *caráter prima facie*, ou seja, natureza de princípios. [...] Se se deixa de lado, em um primeiro momento, a cláusula “em princípio”, que sugere uma vinculação mais ampla, então, no que diz respeito à vinculação do legislador, dessas duas citações decorrem duas proposições: (1) o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva; e (2) caso há apenas uma medida efetiva, o Estado tem que adotá-la. [...] (ALEXY, 2008, p. 445-446)

Dessa maneira, se seguirmos a teoria de Alexy, fica claro que o indivíduo pode recorrer, em determinadas situações, ao Judiciário para exigir do Estado um direito a prestação consagrado na Constituição. Em que pese a discricionariedade do Poder Executivo e do Poder Legislativo em implementar a prestação mais adequada para o caso concreto, o Estado deverá ao menos adotar uma das medidas efetivas possíveis.

2 A reserva do possível e o mínimo existencial

A concretização dos direitos sociais depende necessariamente de uma ação governamental. Nesse entendimento, está o posicionamento de Comparato (1997, p. 17) de que as políticas públicas são programas de ação governamental. O autor segue a

orientação doutrinária de Dworkin (1989, p. 158) de que a política (*policy*), diferentemente da ideia de princípio, delimita uma espécie de conduta (*standard*) que orienta um objetivo a ser alcançado.

Por outro lado, os direitos a prestações devem ser analisados observando-se as limitações orçamentárias que o Estado possui. A reserva do possível tem sido utilizada com muita frequência pelo Estado para se escusar da responsabilidade das prestações. De fato, nos países em desenvolvimento como o Brasil, as limitações orçamentárias são muito grandes. Portanto, a análise da disponibilidade fática deve ser considerada para que todos possam usufruir igualmente daqueles direitos que o Estado deve promover.

A reserva do possível, expressão que surgiu em 1972 na Alemanha em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, apresenta três dimensões (SARLET; TIMM, 2010). A possibilidade fática consiste na disponibilidade de recursos para que seja possível a implementação do direito prestacional. Portanto, essa possibilidade não pode ser analisada somente em relação a um único indivíduo: deve-se observar a universalidade da prestação, já que todos os indivíduos em igual situação terão também o direito subjetivo a exigir a mesma prestação do Estado. Uma boa solução para a questão da universalização é a adoção de ações coletivas para que o Judiciário faça a análise de macrojustiça.

A segunda dimensão da reserva do possível é a possibilidade jurídica do pedido. Essa análise consiste em verificar a existência de autorização orçamentária e definir a competência, ou seja, qual ente da Federação deverá realizar a prestação.

A última dimensão consiste em observar se é razoável e proporcional exigir do Estado a prestação, e em que medida deve ser exigida. Na prática, o Estado sempre alega não ter meios para promover a prestação, mas cabe a ele demonstrar a impossibilidade. O ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, fixa como parâmetro: “O Estado deve demonstrar a existência de justo motivo objetivamente aferível” (BRASIL, 2004). Além disso, o poder público pode escolher, entre as opções possíveis, a prestação que menos onere os cofres públicos, desde que eficaz.

Assim como a reserva do possível está intimamente ligada às restrições orçamentárias estatais, o princípio do mínimo existencial está ligado aos direitos sociais. A expressão “mínimo existencial” surgiu pela primeira vez no Direito alemão, em 1953, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal. Esse princípio é a conjugação da dignidade da pessoa humana, liberdade material e o princípio do Estado Social. O ponto central é a questão da efetividade. Assim, quanto mais se garantem direitos sociais, maior é a dificuldade de assegurar sua implementação. Dessa forma, a fixação de um parâmetro mínimo impõe ao Estado a obrigação de assegurar tais direitos, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa humana - valor núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais.

Para Sarlet (2009), o Estado não poderia alegar a reserva do possível quando a prestação estatal fosse derivada de direitos sociais pautados no princípio do mínimo existencial: ou seja, com relação ao mínimo existencial não se poderia alegar reserva do possível. Dessa forma, o Estado teria a obrigação de atender a esses direitos,

independentemente de qualquer argumento. Já para Daniel Sarmento (2009), quando se trata de mínimo existencial, exige-se do Estado um ônus argumentativo maior para justificar a não implementação, cabendo demonstrar, de modo muito mais amplo e profundo, que, de forma alguma, terá como arcar com a prestação devida.

Nessa esteira, Bucci salienta a peculiaridade do estudo das políticas públicas sobre a ótica do Direito:

Evidencia-se que para o estudioso do Direito é extremamente difícil sintetizar em um conceito a realidade multiforme das políticas públicas. Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação. O jurista deve saber percebê-los, reconhecê-los e traduzi-los para o universo conceitual do Direito, o que caberia no espaço epistemológico da teoria geral do Direito. Essa, contudo, tradicionalmente trabalha o fenômeno jurídico a partir da norma posta, não antes. Daí que a direção de seu desenvolvimento são métodos de interpretação, aplicação e, quando muito, construção do direito, a partir do Direito positivo. (BUCCI, 2006, p. 46-47)

Fica evidenciada a dificuldade de se estabelecerem critérios definidores do limite desejável para intervenção judicial nas políticas públicas. Isso se deve ao fato de que o Direito não se apresenta como a única ciência adequada para elucidar a questão da judicialização das políticas públicas. Deve-se buscar outras soluções, ainda que não próprias das ciências jurídicas tradicionais. Contudo, antes de abordar o ponto central deste estudo, faz-se necessário salientar algumas considerações acerca do constitucionalismo contemporâneo sob a ótica do direito à saúde.

3 O constitucionalismo contemporâneo e o direito à saúde

O constitucionalismo contemporâneo é chamado por parte da doutrina de neoconstitucionalismo (BARROSO, 2007). Este surgiu no fim da 2ª Guerra Mundial após o positivismo jurídico ser criticado por desvincular o Direito, a moral e a política. Com isso, assiste-se ao avanço do argumento de que o Direito não é apenas norma jurídica: a lei, para ser válida, precisa possuir um conteúdo moral, como defendem Ronald Dworkin e Robert Alexy.

As constituições que surgiram após o fim da 2ª Guerra passaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como um valor constitucional supremo, de forma que o Estado existe para o cidadão, e não o oposto. Com o surgimento da dignidade da pessoa humana como núcleo, ocorre uma rematerialização da Constituição, sendo os direitos fundamentais os protetores da dignidade da pessoa humana.

Necessário se faz destacar que a obediência às normas que garantem os direitos fundamentais prescritos na Constituição depende de seu potencial motriz e de sua eficácia. Portanto, é importante que a Constituição tenha a força capaz de impor obediência. A declaração de direitos estabelecida com a Revolução Francesa de nada serve se não tiver eficácia. O neoconstitucionalismo traz a ideia da força normativa da Constituição consagrada em *A Força Normativa da Constituição*, de Konrad Hesse.

A concepção jurídica da Constituição que prevalece hoje teve grande influência da obra de Hesse: a dignidade da pessoa humana como valor supremo, a rematerialização com os direitos fundamentais protetivos e a força normativa da Constituição. Para o referido autor, ainda que, em certos casos, aquilo que esteja escrito não seja capaz de modificar a realidade, para que a Constituição tenha essa força normativa, basta que aqueles que sejam encarregados de aplicá-la tenham vontade de Constituição e não vontade de poder.

A realidade é que os direitos a prestações apresentam uma carga de eficácia menor que os direitos de defesa. A maioria dos direitos de defesa está consagrada em normas constitucionais de eficácia plena ou contida, o que acarreta aplicabilidade imediata, direta e integral. Já os direitos prestacionais estão consagrados em normas de eficácia limitada, que dependem de regulamentação. Além disso, o custo de implementar os direitos a prestação é muito maior do que para garantir os direitos de defesa, justamente porque este exige uma ação negativa do Estado, enquanto que, para aquela ser concretizada, é necessária uma ação positiva do Estado.

A Constituição de 1988 legitima o Poder Executivo - com objetivos definidos pelo poder Legislativo por meio legal - a definir as prioridades na concretização dos direitos sociais. Para tanto, utilizam-se as políticas públicas, que segundo Bucci (2006, p. 39), “devem visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.

No que tange ao direito à saúde, a Constituição dá garantia máxima a implementação desse direito social, já estruturando essa prestação por meio do SUS. Como explica Bucci, o direito à saúde se insere no conceito de políticas públicas de forma inequívoca:

Mais importante que essa definição é a própria estruturação das prestações estatais em matéria de saúde, que a Constituição Federal ordenou, de forma inédita, no Sistema Único de Saúde. Resultante de um aprimoramento de modelos anteriores à Constituição de 1988, a partir da evolução das primeiras propostas técnicas, mais importantes, agregando a mobilização política e social do movimento pela democratização da saúde, o SUS é inscrito nos arts. 198 a 200 da Constituição, com vistas a alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico. (BUCCI, 2006, p. 17-18)

Os direitos sociais são direcionados aos indivíduos pertencentes às classes sociais menos abastadas. A principal finalidade é a proteção dos hipossuficientes. No entanto, apesar de o fator custo não ser algo exclusivo dos direitos a prestações, é um aspecto especialmente considerado, sobretudo dada a possibilidade de esses direitos a prestações serem individualizados, ou seja, a possibilidade de se recorrer diretamente ao Judiciário para exigir uma prestação fundada em um direito social.

No Brasil, após a Constituição de 1988, no primeiro momento que perdurou até meados dos anos 1990, os direitos sociais não poderiam ser exigidos judicialmente. Não se podia exigir do Estado prestações fundadas em normas programáticas: o indivíduo detentor de direito subjetivo à prestação deveria aguardar a vontade intermediária do legislador.

Atualmente, existem diversas decisões judiciais que determinam a entrega de prestações materiais com base nos direitos sociais. Na área da saúde, assiste-se ao grande aumento de demandas judiciais objetivando a concessão de medicamentos. Ocorre que a natureza processual é comutativa - relação autor e réu -, ao contrário dos direitos sociais, que têm uma natureza de justiça distributiva, pois o direito individual a um medicamento gera o direito de todos que tenham a mesma doença a receber o medicamento do Estado. O foco, portanto, não pode ser unilateral, sobretudo pelas questões orçamentárias.

Todavia, a problemática não se resume somente à questão da escassez de recursos. A lógica processual comum não oferece meios adequados para lides desse tipo, pois o Poder Judiciário, ao se deparar com uma demanda individual e analisando o caso isoladamente, em que se pese a proteção à vida, pode vir a acarretar o choque do direito do titular da ação com o de outros indivíduos que não estão na lide. Daniela Costa bem exemplifica esses casos:

A pretexto de realizarem verdadeira justiça, os juízes do caso concreto passaram a ditar as regras relativamente à aplicação dos recursos o públicos em questão de direitos sociais (particularmente no caso do direito à saúde), cada qual conforme sua própria ideologia e convicção e, no mais das vezes, de modo absolutamente conflitante. Via de regra, o enfoque é desviado para a proteção do direito à vida, como modo de justificar a utilização do regime próprio dos direitos de liberdade aos direitos sociais. Excelente retrato desta situação foi apresentado na reportagem “Saúde na mão de Juízes”, publicada no jornal Zero Hora de 17 de agosto de 2008, na qual é relatada a dificuldade enfrentada por uma médica do sistema estadual de saúde que, tendo um fígado disponível para transplante, se via diante de duas liminares garantindo a dois pacientes a preferência pelo mesmo órgão. Mais adiante é relatada a situação do Coordenador do Centro de Dependência Química do Hospital Parque Belém, em Porto Alegre/RS, que convive com a constante ameaça de prisão em razão das cerca de cinco liminares diárias de internação que chegam à instituição, ocasionando ao médico, também, um dilema ético decorrente da superlotação e colocando em risco a integridade física do próprio autor da ação, assim como a dos demais internados. (COSTA, 2008, p. 58)

Marina Costa Ferreira alerta para a característica de o modelo brasileiro de judicialização das políticas públicas na área da saúde estar voltado predominantemente para demandas individuais (98%) e para o fato de que essas demandas ainda tenham grande índice de amparo, o que pode vir a ocasionar uma desestruturação de todo o sistema:

O modelo brasileiro de litigância seria caracterizado, em síntese, pela prevalência das demandas individuais acerca de tratamentos curativos - apontaram 98% de demandas individuais - e de alto grau de acolhimento de seus pleitos (FERRAZ, 2010; PEPE et al., 2010). Ferraz sustenta que a extrema litigância em matéria de saúde nos moldes brasileiros agrava o estado já precário do Sistema de Saúde nacional, elencando duas razões: (i) uma interpretação do direito a saúde que ignore limites orçamentários só pode ser sustentada em detrimento da universalidade do sistema, isto é, apenas parcela da população tem acesso a recursos ilimitados e (ii) a minoria que tem acesso as cortes não é a que carece dos bens de saúde mais básicos. (FERREIRA, 2011, 251-252)

Dessa maneira, resta claro que as peculiaridades das judicializações das políticas públicas, sobretudo nas especificidades do direito à saúde, exigem abordagens inovadoras que permitam alcançar o limite adequado para a atuação do Poder Judiciário.

4 A importância do diálogo e a necessidade de deferência aos critérios técnicos

Daniel Sarmento (2009) destaca que há atualmente uma elevada produção acadêmica, especialmente de origem anglo-saxônica, sobre modelos teóricos que estimulam o diálogo entre instituições. Privilegiaram-se aqui algumas das ideias formuladas por Rosalind Dixon (2006), principalmente acerca das vantagens de decisões coparticipadas.

O diálogo institucional procura maximizar o alcance das deliberações constitucionais. Para o presente estudo, traz-se a ideia de que não se deve afastar a intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas. Pelo contrário: estimula-se também a participação deste poder no processo de tomada de decisões. Segundo Dixon (2006, p. 39), os tribunais devem servir de palco para o diálogo, por vezes intervindo para comunicar falhas neste diálogo, abrindo os canais e, nos casos extremos, agindo coercitivamente. O que se ressalta da teoria do diálogo é que a atuação do Poder Judiciário não deva ser somente dotada de uma postura repressiva, ou seja, de máxima intensidade (*strong form*).

Esse tipo de abordagem favorece também a participação da comunidade para que sejam alcançadas as melhores decisões. As audiências públicas são notadamente um mecanismo de participação conjunta que favorece o diálogo. O Supremo Tribunal Federal convocou, em março de 2009, audiência pública com o objetivo de promover o diálogo entre diversos representantes envolvidos no processo de definição de políticas públicas na área da saúde. O resultado foram recomendações aos magistrados para que observassem a dimensão do problema pelo aspecto coletivo. Sugeriu-se também a criação de núcleos de assistência técnica compostos de médicos e farmacêuticos que possam auxiliar os juízes nas análises de ordem técnica.

Especificamente nesse ponto, ressalta-se a necessidade de os magistrados prestarem deferência aos critérios técnicos estabelecidos pelos órgãos competentes. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas são regulamentos determinados pelo Ministério da Saúde para o fornecimento de medicamentos de forma segura, visando à melhor utilização dos recursos disponíveis. Esses protocolos e diretrizes são elaboradas após criteriosos estudos científicos, sendo reconhecida a sua importância até mesmo pela Organização Mundial de Saúde.

Assim, frisa-se que esses regulamentos têm como fim justamente a universalização dos medicamentos à população:

Ao mesmo tempo em que o medicamento é um importante insumo no processo de atenção a saúde, pode também se constituir em fator de risco quanto utilizado de maneira inadequada. Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento ou de qualquer forma mas, sim, de promover o uso racional e seguro desses produtos. O escopo da ação estatal abrange medidas que assegurem oferta

adequada de medicamentos em termos de quantidade, qualidade e eficácia. Assim, em plena conformidade com a Política Nacional de Medicamentos, a necessidade de gerenciar adequadamente o Programa de Medicamentos Excepcionais e de promover o uso racional de medicamentos, é que o Ministério da Saúde lançou-se ao desafio de formular, para os medicamentos de alto custo, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Esses Protocolos têm o objetivo de, ao estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os Protocolos têm, também, o objetivo de criar mecanismo à garantia da prescrição segura e eficaz. Ao desenvolver o trabalho de construção dos Protocolos, o Ministério da Saúde incorpora-se ao movimento internacional da Medicina Baseada em Evidências e passa a disseminar o conhecimento, assume responsabilidades antes não expressas, dispõe-se ao debate, chama os agentes deste processo à discussão, conta com o auxílio da comunidade científica e constrói uma nova dimensão de gestão em medicamentos, fazendo jus, com certeza, ao reconhecimento e respeito de toda a sociedade brasileira. (COSTA, 2011, p. 85)

Entretanto, pelas questões levantadas neste trabalho, as violações aos critérios técnicos já preestabelecidos pelas instituições competentes em ações individuais podem ocasionar injustiças a outros indivíduos que não figuram na lide. Percebe-se, então, que o questionamento dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas deve ser feito em ações coletivas, por serem seus efeitos de natureza *erga omnes*, envolvendo assim todos os titulares de direitos envolvidos na questão discutida.

A Constituição de 1988 também trouxe outro mecanismo de diálogo institucional para as políticas públicas na área da saúde: os conselhos municipais de saúde, que têm como objetivo permitir a participação da comunidade no planejamento, execução e fiscalização destas políticas. Claramente o art. 198, III, da CF88 tem como finalidade a “publicização do Estado”:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera do governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

A Lei nº 8.142/90 regulamenta os conselhos de saúde, sendo o Conselho Municipal de Saúde do Rio de Janeiro disposto pela a Lei Municipal nº 5.104/2009 (que revogou a Lei nº 1.746/1991). Esses conselhos são compostos por 50% de entidades de usuários, 25% de entidades dos trabalhadores de saúde e 25% de representação de governo. São órgãos colegiados deliberativos permanentes do SUS, tendo uma visão privilegiada na discussão, organização e fiscalização das políticas de saúde.

Todavia, infelizmente os conselhos de saúde encontram diversas dificuldades para seu efetivo funcionamento. Priscila de Santana adverte sobre essas adversidades:

Um cidadão que tivesse o interesse de saber mais sobre a atuação do CMSRJ provavelmente encontraria alguma dificuldade em obter estas informações. O Conselho não possui uma página própria na internet, tendo apenas um espaço (link) na página da Secretaria Municipal de Saúde. [...] Estes problemas são gerados, principalmente, pela falta de uma Secretaria Executiva adequada às necessidades do CMSRJ e dos Conselhos Distritais; apesar de a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro dispor no seu art. 127, § 2º que: “os Conselhos terão dotação orçamentária específica e infraestrutura adequada à realização de seus objetivos [...]”. As principais reclamações dos conselheiros se referem: 1) à falta de uma sede própria; uma vez que costumam funcionar dentro da própria Secretaria de Saúde, não tendo ali um lugar adequado destinado aos Conselheiros; 2) à falta de uma dotação orçamentária, que dificulta a sua independência frente à Secretaria de Saúde e 3) à existência de uma Secretaria Executiva adequada às necessidades do Conselho. (SANTANA, 2011, p. 43-44)

Segue a autora, citando Mário Fuks:

Embora os conselhos gestores de políticas sociais tenham como um de seus principais objetivos promoverem a participação da sociedade civil na condução da “coisa pública”, essa participação não segue como decorrência natural do funcionamento dos conselhos. A mera institucionalização dessas arenas, embora tenha valor em si, não é condição suficiente para que a participação política ocorra em “sintonia fina” com o espírito da Constituição Federal de 1988. (FUKS, 2005, p. 47 apud SANTANA, 2011, p. 46)

Na cidade do Rio de Janeiro, o Ministério Público trabalha ao lado dos conselhos de saúde, por meio da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde, principalmente pelo programa de intervenção extrajudicial *Fala Conselho*.

A CF88 legitimou o Ministério Público para atuar na tutela da saúde. Portanto, é seu dever fiscalizar políticas públicas nessa área, realizando as medidas necessárias para assegurar sua garantia. E ainda cabe ao Parquet propor a ação civil pública para a proteção dos interesses coletivos.³

Santana (2011) chama atenção para a importância de articulação entre os conselhos de saúde e os membros do Ministério Público, sendo essa articulação, inclusive, uma das determinações da 10ª Conferência Nacional de Saúde:

10.2 defender que o Ministério Público seja o tutor da legislação em saúde, da Assistência Social e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fiscalizando sua implantação e sua execução nos setores públicos e privados, e tomando as providências cabíveis no caso de descumprimento do texto legal;

10.4 responsabilizar os Conselhos de Saúde por encaminhar a todos os membros do Ministério Público Federal e Estadual, as Resoluções das Conferências Nacionais de Saúde (3ª, 8ª, 9ª, 10ª CNS), Normas Operacionais Básicas, Portarias, Instruções e Leis Complementares relativas ao SUS, bem como as resoluções dos Conselhos de Saúde, para que o Ministério Público fiscalize seu cumprimento;

14.5 Os Conselhos de Saúde, os Legislativos e o Ministério Público devem cobrar dos Gestores de Saúde e dos seus respectivos Governos o cumprimento da Legislação do SUS sobre financiamento, como por exemplo, a apresentação por todos os Secretários Estaduais ou Municipais de Saúde de Planos de Aplicação e Prestação de Contas, com as fontes de recursos aplicados, no mínimo trimestralmente aos Conselhos de Saúde em audiências pública no respectivo Poder Legislativo conforme o Artigo 12, Lei Federal nº 8.689/93.

20.1 O Ministério Público deve fiscalizar a União, Estados e os Municípios no que se refere a Saúde, fortalecendo os Conselhos de Saúde, a instituição e viabilização do funcionamento dos Fundos de Saúde, para que exista a devida transparência tanto no repasse como na utilização dos recursos financeiros. (BRASIL, 1997)

Além disso, o Ministério Público tem instrumentos adequados para questionar critérios de ordem técnica emitidos pelos órgãos competentes. Como visto, entende-se que ações individuais não são o melhor meio para este fim. O Parquet, por meio da ação civil pública, pode discutir amplamente os peculiares problemas da judicialização de políticas públicas, de forma a propiciar uma distribuição mais eficiente e isonômica para a população.

Do mesmo modo, a aproximação com os conselhos municipais de saúde possibilita também a resolução de conflitos pela via extrajudicial, por meio do termo de ajustamento de conduta. Para tanto, é imprescindível que seja estimulada esta parceria entre estes órgãos. Salienta-se a necessidade de oferecer melhor estrutura aos conselhos e a disponibilização de mais recursos e a consequente criação de mais promotorias de justiça de tutela coletiva.

Conclusão

Neste estudo, buscou-se, no primeiro momento, demonstrar a possibilidade de subjetivação dos direitos à prestação. Segundo a doutrina de Robert Alexy, a ausência de uma prestação gera um direito subjetivo ao titular do direito. O Estado possui discricionariedade para escolher as melhores formas de implementá-la. No entanto, dentre os possíveis meios, ao menos um deve ser adotado.

Dessa forma, ainda que seja alegado o princípio da reserva do possível, é admissível a judicialização das políticas públicas. Atualmente, a doutrina entende que cumpre ao Estado a demonstração objetivamente aferível da impossibilidade da prestação, e com um ônus argumentativo ainda maior quando essa prestação seja decorrida de direitos sociais assentados no princípio do mínimo existencial.

No entanto, ressalta-se que o modelo de intervenções judiciais para esses casos têm sido predominantemente em ações individuais. Essas ações não são o meio mais adequado, pois os direitos sociais devem abranger toda a sociedade, enquanto as demandas individuais apenas atingem os indivíduos que nela figuram.

Devem-se privilegiar os instrumentos de diálogo institucional. Entende-se que seja valioso o envolvimento de todos os setores no processo de definições de políticas públicas na área de saúde, inclusive o Poder Judiciário. Entretanto, a atuação desse poder não deve ser pautada apenas pela típica característica coercitiva: sua missão também deve abarcar a abertura dos canais de comunicação, servindo como palco para o debate.

Observa-se ser fundamental a deferência aos protocolos e diretrizes terapêuticas estabelecidos pelos órgãos técnicos competentes. O questionamento dos procedimentos do Estado na área de saúde só deveria ser realizado via ações coletivas, sob pena de se ocasionar um tratamento desigual a outros titulares de direitos não presentes em ações individuais.

A Constituição de 1988 determina a participação da comunidade no planejamento, execução e fiscalização das políticas públicas. Com esse fim, foram criados os conselhos municipais de saúde, instrumento popular de controle da saúde que se mostra como um importante aliado para a promoção do diálogo institucional. Por isso, recomenda-se a ampliação da estrutura desses conselhos, permitindo-se, assim, melhores condições de funcionamento.

Por fim, identifica-se o Ministério Público como tutor da legislação da saúde, fiscal da implementação e execução das políticas públicas nessa área, sendo seu dever até mesmo a fiscalização dos entes políticos. O questionamento dos critérios técnicos (protocolos e diretrizes terapêuticas) das políticas públicas deve ser realizado em ações de natureza *erga omnes*. Para tanto, o Parquet federal é legitimado a propor ação civil pública. Além disso, incentiva-se a solução extrajudicial por meio de termo de ajustamento de conduta que, com uma atuação em parceria com os conselhos municipais de saúde, poderá propiciar a diminuição de ações judiciais. Por isso, sugere-se a ampliação das promotorias de justiça de tutela coletiva.

THEORY AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: JUDICIAL CONTROL IN THE PROVISION OF MEDICINES

ABSTRACT: The question of judicial public policy has been the subject of several debates that analyzes the possibility and limits of this control. This study will search to demonstrate the possibility of subjective prestational rights. The Executive has discretion to define the implementation and execution of public policies. However, within the means available, at least one should be adopted. Therefore, the absence of a provision creates a subjective right to its holder. It is emphasized that the model of judicial intervention in these cases has been predominantly individual actions. This paper will demonstrate that these action are not the most suitable way for the analysis of the problem, since social rights should cover the whole society, while the individual demands affect only individuals who features in it. Furthermore, are emphasized the instruments of institutional dialogue, because it is understood that it is valuable to involve everyone in the process of formulation and implementation of public policies, including the role of the judiciary.

KEYWORDS: Fundamental rights. Public policies. Judicial control.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, Renovar, n. 3, jul./set., p. 17-54, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF*. Rel.: Min. Celso de Mello. J.: 29 abr. 2004. DJ: 4 maio 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. *10ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília, 1997. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_10.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2013.

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.

CAVALCANTI, Hylda. Demandas de saúde passam de 112 mil em todo o país. *Conselho Nacional de Justiça*, [2010?] Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, n. 737, p. 18-54, março 1997.

COSTA, Daniela Fernanda. *Os direitos fundamentais sociais como expressão do bem comum: em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: uma abordagem a partir dos contornos do Estado constitucional de direito. *Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 18, p. 47-75, 2011.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited. *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper*. New York University, n. 3, p. 11-52, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Marina Costa. Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade. *Revista de Estudos Jurídicos*. São Paulo, Unesp, a. 15, n. 22, p. 11-22, 2011.

SOUZA, André; GANDIN, João Agnaldo; BARIONE, Samantha. *A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências*, 2011. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32344>>. Acesso em: 10 junho de 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTANA, Priscila de. *Implementação do direito à saúde no município do Rio de Janeiro: Conselho Municipal de Saúde e Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. (Org.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo; Coimbra: RT; Coimbra, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 31-68.

Notas

- ¹ *A Força Normativa da Constituição* (1959) é um marco no Direito Constitucional. Seu objetivo era combater as ideias de Ferdinand Lassale de que a Constituição escrita não passava de uma folha de papel. A teoria de Konrad Hesse é aquela que contribui precipuamente para a concepção jurídica da Constituição adotada na atualidade.
- ² O termo “geração” é mais conhecido e usual. Contudo, a doutrina tem caminhado para o entendimento que a nomenclatura mais correta seria “dimensão”. A teoria das gerações está ligada ao surgimento dos direitos fundamentais, de forma que cada geração não substitui a anterior e sim a complementa. Por isso, a ideia de dimensão seria mais adequada. Alguns doutrinadores já falam em direitos fundamentais de 4ª e até 5ª gerações. Para um estudo mais detalhado, v. Lenza (2010).
- ³ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”; “Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.