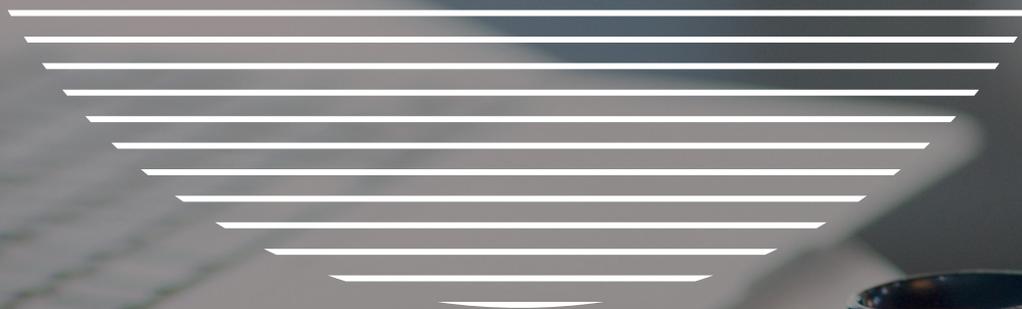




AASP
Editora

Revista do Advogado

Nº 146 | JUN | 2020



Direito da
Saúde

O conteúdo material do direito à saúde e as competências estatais para a sua efetivação.

Sebastião Tojal

Advogado. Doutor em Direito do Estado e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Felipe Spinardi

Advogado. Especialista em Direito Administrativo e mestrando em Direito Público pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Sumário

1. Introdução
 2. O tratamento constitucional conferido ao direito à saúde
 3. Os limites das restrições impostas a direitos individuais para a tutela do direito à saúde e a questão da excessiva judicialização
 4. A tripartição do poder, o Judiciário e o critério da legitimidade como instrumento para a solução de conflitos envolvendo o direito à saúde
 5. Conclusões
- Bibliografia

1 Introdução

De acordo com as disposições da Constituição Federal (CF) de 1988, a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Contudo, isto não significa dizer que se trata de um direito de fruição ilimitada, capaz de conferir ao indivíduo o direito subjetivo a toda e qualquer prestação pública. Ao contrário, conforme se pretende demonstrar ao longo deste artigo, o texto constitucional define os contornos e explicita a finitude do direito à saúde. Ademais, a Constituição preconiza as políticas públicas como o instrumento adequado para a concretização desse direito fundamental. Referidas constatações permitem definir o alcance da responsabilidade dos poderes estatais para a efetivação do direito em questão e, concomitantemente, proteger os cidadãos contra potenciais abusos e ilegalidades

das instituições e órgãos estatais no exercício de suas competências.

O presente trabalho busca, assim, primeiramente, apontar as consequências dos ténues – ou inexistentes – limites que usualmente são atribuídos a esse direito, especialmente: (i) o risco do cometimento de excessos nas restrições de direitos impostas pelo Poder Público sob o argumento de se estar tutelando o direito à saúde e (ii) o elevado número de demandas judiciais envolvendo a suposta obrigação estatal de prover todo e qualquer tratamento ou medicamento pleiteado pelo cidadão.

A seguir, sugere-se a utilização do critério da legitimidade/competência para a edição das políticas públicas na área da saúde como meio para solução de controvérsias concernentes a essa esfera de direitos.

Por fim, conclui-se (i) que é imperiosa a deferência às decisões políticas dos poderes Executivo e Legislativo na área da saúde, desde que respeitados os ditames constitucionais e infraconstitucionais, e (ii) que a deferência, se aliada à correta interpretação do conteúdo material do direito constitucional à saúde, pode servir de instrumento para a redução da litigiosidade envolvendo o tema.

2 O tratamento constitucional conferido ao direito à saúde

O texto da CF, em seu art. 196, afirma ser a saúde um

“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 ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Trata-se de direito intimamente relacionado à própria dignidade da pessoa humana e ao direito à igualdade (TAVARES, 2013, p. 718), sobretudo se considerada a indispensabilidade da sua universalização. Consoante o já consignado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o direito à saúde deve ser

visto como uma “consequência constitucional indissociável do direito à vida”,¹ razão pela qual cabem ao Estado (União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme art. 23, inciso II, da CF)² as providências para a concretização desse direito público subjetivo.

O modelo constitucional de 1988 optou por adotar um conceito extremamente amplo de saúde.

Em consonância com os documentos internacionais que versam sobre o tema, o modelo constitucional de 1988 optou por adotar um conceito extremamente amplo de saúde (NUNES JUNIO; DALLARI, 2010, p. 20). É o que se dessume do seguinte excerto, extraído do relatório final da Oitava Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, cujas conclusões serviram de supedâneo para a redação constitucional:

“Em seu sentido mais abrangente, a saúde é resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. [...] Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional,

1. STF, 2ª T., RE nº 271.286 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/9/2000.

2. “Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]”

levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade”.

Ao abordar seu significado, José Afonso da Silva, valendo-se das lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira, assevera que o direito à saúde possui duas vertentes: a primeira, negativa – ou defensiva (COSTA; MOTTA; ARAÚJO, 2017, p. 854) –, consiste no direito de exigir do Estado ou de terceiros que se abstenham de quaisquer atos prejudiciais à saúde; a segunda, positiva – ou prestacional (COSTA; MOTTA; ARAÚJO, 2017, p. 854) –, diz respeito ao direito de todos a ações estatais que tenham por escopo a prevenção e o tratamento de doenças (SILVA, J., 2005, p. 767).

Cabe elucidar que, em que pese o STF entenda tratar-se de norma programática, a própria Corte reconhece seu caráter cogente e vinculante,³ não podendo o Poder Público transformar tais disposições em “promessa constitucional inconsequente”⁴ – a exemplo do ocorrido com a Constituição de Weimar, de 1919.⁵ Mas o que significa esse caráter cogente e vinculante do direito à saúde? Significa que todo cidadão terá direito a todo e qualquer medicamento e/ou tratamento? Infelizmente, não. Significa que o Estado poderá, livremente, restringir garantias e direitos individuais sob o argumento de estar tutelando o direito de todos à saúde? Felizmente, também não.

Para que se possa depreender a real extensão do direito fundamental à saúde, impende atentar para a dicção do texto constitucional. Uma leitura perfunctória do art. 196 poderia conduzir o operador do Direito às supracitadas conclusões. De fato, a partir do referido dispositivo, pode-se

facilmente inferir duas grandes preocupações do constituinte: garantir a toda a população o direito à saúde e conferir ao Estado papel fundamental na efetivação desse direito, caracterizado, pela própria Constituição, como um direito social (art. 6º). Contudo, o texto constitucional vai muito além: ele prevê os instrumentos por meio dos quais o Estado garantirá o direito à saúde, quais sejam, políticas sociais e econômicas, além de, expressamente, impor ao aparato estatal os encargos relativos à promoção, à proteção e à recuperação da saúde dos cidadãos. Destarte, pode-se depreender que o referido artigo preconiza não apenas (i) os destinatários do direito (“todos”) e (ii) o incumbido de efetivar tal direito (“Estado”), mas também (iii) os instrumentos por meio dos quais será tutelado o aludido direito (“políticas sociais e econômicas”) e, por fim, (iv) os objetivos a serem perseguidos pelas ações estatais (“redução do risco de doença e de outros agravos ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação”).

Assim, apesar da ausência de definição constitucional ou legal do termo “saúde” e da fluidez dos conceitos de “recuperação”, “prevenção” e “promoção” (MAPELLI JUNIOR, 2015, p. 81), a leitura integral do art. 196 enseja a conclusão de que o que há, na realidade, é um direito público subjetivo do cidadão a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (MENDES; BRANCO, 2015, p. 660). Não por outra razão o texto do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/1990, Lei Orgânica da Saúde, dispõe que

“o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

E é justamente essa finitude do chamado direito à saúde que permite que os contornos da atuação estatal sejam traçados, tanto para limitar a responsabilidade do Poder Público na busca pela

3. STF, Tribunal Pleno, STA nº 223 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/4/2008.

4. STF, 2ª T., RE nº 271.286 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000.

5. Exatamente por essa razão, a Carta Alemã de 1949, buscando conferir efetividade às suas disposições relacionadas ao direito à saúde, preocupou-se em prever uma maior vinculação material do Parlamento nessa área. Sobre o tema, ver: PEREIRA, 2006, p. 366-367.

sua concretização quanto para proteger o cidadão contra eventuais abusos e ilegalidades perpetrados pelos órgãos e entidades estatais na pretensão tutela desse direito.

Partindo dessa premissa, os tópicos seguintes versarão sobre os papéis e as limitações dos poderes estatais na efetivação do direito à saúde.

3 Os limites das restrições impostas a direitos individuais para a tutela do direito à saúde e a questão da excessiva judicialização

Como visto, o texto constitucional é límpido ao preconizar as políticas públicas (sociais e econômicas) como o instrumento adequado para a efetivação do direito à saúde. Vale sublinhar que as ações preventivas e assistenciais não estão circunscritas à intervenção direta do Estado na área da saúde; elas também abarcam políticas econômicas e sociais que, ainda que impactem de forma direta outras esferas de direitos dos administrados, têm por finalidade a proteção da saúde dos cidadãos (intervenção indireta). Trata-se de decorrência lógica da própria ideia de integralidade da atuação estatal no resguardo desse direito fundamental, diretriz prevista no art. 198, inciso II, da CF.⁶

Ocorre que tanto as intervenções indiretas quanto as diretas podem, em maior ou menor medida, conformar direitos dos cidadãos, sobretudo aqueles atinentes à sua liberdade individual. Nesse sentido, tem-se o recentíssimo exemplo do chamado “novo coronavírus” (Covid-19), vírus que teve os seus primeiros casos registrados em dezembro de 2019, na China, e que ganhou proporções mundiais, levando a Organização Mundial da Saúde (OMS) a reconhecer a situação emergencial

6. “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: [...] II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; [...]”

como pandêmica. No Brasil, foi sancionada a Lei nº 13.979/2020, responsável por dispor sobre “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”. Entre as providências passíveis de adoção pelo Poder Público, encontra-se a realização compulsória de testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e até de tratamentos médicos específicos. Correta ou não, trata-se de medida que visa à intervenção direta na área da saúde e que, irrefragavelmente, restringe liberdades individuais, uma vez que permite ao Estado suprimir a vontade individual do cidadão de submeter-se ou não aos aludidos procedimentos.

O texto constitucional previu a possibilidade de restrições à propaganda do tabaco.

Quanto à intervenção indireta, pode-se mencionar o “clássico” exemplo das imposições legais criadas com o fito de se reduzir o consumo do tabaco no país, bem como atenuar os prejuízos dele decorrentes (aos fumantes e aos não fumantes). Para tanto, foram impostas, mediante a edição da Lei Federal nº 9.294/1996, alterada pela Lei nº 12.546/2011, restrições relacionadas à sua propaganda e ao seu consumo em determinados locais, dentre outras.

Acerca do tema, vale citar que o próprio texto constitucional previu expressamente a possibilidade de restrições à propaganda do tabaco, assim como de outros produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente:

“Art. 220 - [...]”

§ 3º - Compete à lei federal: [...]”

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221,

bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. [...]”.

Entretanto, sob o pretexto de estar protegendo o meio ambiente, poderia o Poder Público proibir a comercialização de todo e qualquer combustível de origem fóssil? Poderia o Estado, visando à defesa do direito à saúde, proibir a venda de alimentos com alto teor de açúcares? Por mais extremos que sejam os exemplos, estes servem para explicitar um simples fato: não é toda e qualquer restrição de direitos que é razoável, tampouco legal ou constitucional, ainda que o seu embasamento seja a proteção de um direito fundamental.

Especificamente sobre o tema do tabaco, Tércio Sampaio Ferraz Junior, em artigo opinativo escrito para o jornal *Folha de S.Paulo*, denominado “Liberdade de fumar”, afirmou que “[o] problema está em como conciliar a compatibilização entre os direitos (do fumante e do não fumante) e a competência para tomar a decisão de compatibilizar”, contrapondo o direito à saúde do não fumante à liberdade daquele que deseja consumir o produto (FERRAZ JUNIOR, 2008).

Assim, Tércio toca no ponto fulcral de praticamente todas as discussões envolvendo restrições de direitos individuais em nome do direito à saúde: o conflito entre o direito assegurado e o(s) direito(s) restringido(s). E desse conflito deriva o seguinte questionamento, constantemente enfrentado pela doutrina e sintetizado pelas palavras de Gustavo Binbenjoni:

“Qual a justa medida da cedência recíproca que deve existir entre interesses individuais e interesses coletivos em um Estado Democrático de Direito?” (BINENBOJONI, 2014, p. 31).

Na incessante procura pela resposta, doutrina e jurisprudência parecem concordar: há uma inequívoca necessidade de se ponderarem os interesses em conflito, à luz da proporcionalidade, buscando o “ponto ótimo” para a realização de cada um dos direitos envolvidos, de forma a se garantir, ao máximo, tanto a efetividade do direito tutelado quanto a daquele que será objeto da conformação estatal. Valendo-se da denominada “Eficiência de Pareto”,⁷ pode-se asseverar que “[u]m ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, V., 2002, p. 38). Sobre o tema, Robert Alexy elucida que quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância do princípio colidente (ALEXY, 2006, p. 167-168).

Todavia, apesar do consenso teórico, a prática explicita ao menos dois grandes fatores causadores das dificuldades, enfrentadas tanto por responsáveis pela criação das políticas públicas como pelo Poder Judiciário, quando instado a se posicionar sobre a legalidade ou constitucionalidade de determinada restrição de direito imposta pelo Poder Público sob o argumento de defesa da saúde. O primeiro dos fatores consiste no fato de que o “interesse público”, tradicionalmente utilizado pelos tribunais, inclusive pelo STF (SUNDFELD, 2002, p. 97), para o deslinde desse tipo de controvérsia, não necessariamente coincide com o interesse da “coletividade” invocado pelo Estado e contraposto a um interesse individual, ainda que de caráter privado. Dito de outra forma: a prevalência do interesse de um particular, no caso concreto, poderá significar, em última análise, a verdadeira satisfação do interesse público.

7. A teoria, também chamada de “Ótimo de Pareto”, diz respeito à fórmula de otimização criada pelo italiano Vilfredo Pareto.

Referida ideia encontra respaldo na teoria moderna do Direito Administrativo, a qual reconhece que as relações público-privadas não podem mais ser regidas pelos binômios “autoridade-liberdade” e “autoridade-indivíduo” (MARQUES NETO, 2015, p. 326). Se, por um lado, a (quase) superação dessa dicotomia representa um grande avanço para as relações entre Estado e particulares, cada vez mais complexas e menos verticalizadas, por outro, exige do aplicador do Direito um maior esforço para a identificação do verdadeiro interesse público no caso concreto e, por conseguinte, para a calibragem da exata medida em que determinada restrição de um direito individual é justificada pela satisfação de outro direito.

O segundo – e talvez o maior – problema de ordem pragmática diz respeito às idiossincrasias que, naturalmente, influenciam os agentes estatais na sua tomada de decisão. Quando se trata de **ponderação, sopesamento**, não há como impedir que as convicções pessoais de cada indivíduo influenciem minimamente as suas escolhas, ocupe ele a posição de “editor” ou de “revisor” dos atos legiferantes ou administrativos do Poder Público. E há de se reconhecer que isso é perfeitamente natural. É totalmente aceitável e compreensível que, para uns, a inviolabilidade domiciliar, resguardada constitucionalmente, seja mais importante que para outros. Da mesma forma, a pessoa que entende ser a inviolabilidade domiciliar uma das mais importantes garantias individuais pode acreditar que a garantia ao sigilo fiscal e bancário tem um valor “menor” quando em conflito com outros direitos constitucionais, motivo pelo qual ela seria mais suscetível a tolerar um maior grau de conformação do seu direito ao sigilo dos documentos fiscais e bancários.

É exatamente por essa razão que, não obstante os inúmeros estudos e teses de altíssima qualidade desenvolvidos na área, não se conseguiu até hoje descobrir qual a “fórmula ideal” para a resolução desse tipo de controvérsia. Devido à subjetividade, inerente ao próprio exercício da função pública

(jurisdicional, administrativa ou legislativa), há uma enorme dificuldade em se criarem parâmetros objetivos para a aferição da exata medida para a imposição de restrições ao exercício de direitos individuais com o fim de se tutelar um direito fundamental.

Não há dúvidas de que o Estado é o incumbido de efetivar o direito à saúde.

Soma-se à problemática dos limites das restrições de direitos para a tutela do direito à saúde o problema do excesso de demandas levadas ao Poder Judiciário visando à obtenção de tratamentos e medicamentos gratuitos, sob o argumento de ser do Estado o dever de concretização do direito constitucionalmente previsto. Impende destacar que, apesar do emprego do termo “excesso”, o problema não está no aspecto quantitativo (SILVA, L., 2011, p. 193), mas sim na própria natureza de diversas demandas que, equivocadamente, são apresentadas (e muitas vezes atendidas) ao Judiciário.

Não há dúvidas de que o Estado é o incumbido de efetivar o direito à saúde. Porém, conforme apontado, ele não pode ser traduzido como o direito a todo e qualquer tratamento ou remédio, mas sim como o direito a políticas públicas que busquem, ao máximo,⁸ promover, proteger e recuperar a saúde dos cidadãos. Ainda assim, observa-se, na prática, um gigantesco número de decisões judiciais que, ao revés do texto constitucional, impõem a entidades estatais a obrigação de fornecer tratamentos e medicamentos, os quais são, muitas vezes, extremamente caros e carecedores de estudos que atestem a sua eficácia.⁹

8. Considerando a diretriz relativa à integralidade (art. 198, inciso II, da CF).

9. Cabe aqui mencionar que está pendente de apreciação, no STF, o Recurso Extraordinário nº 566.471, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que trata sobre o dever (ou não) do Estado de →

É inquestionável a necessidade de se preservarem as competências do Poder Judiciário para a tutela dos direitos dos cidadãos quando violados, inclusive na área da saúde, sobretudo em razão do próprio texto constitucional, segundo o qual a lei não excluirá da sua apreciação nenhuma lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV). Entretanto, isto não pode significar “carta branca” para que magistrados, ainda que dotados das melhores intenções, profiram decisões fundadas apenas em conceitos fluidos, desconsiderando o próprio conteúdo material do direito constitucional à saúde e as competências dos poderes Legislativo e Executivo para a edição das políticas públicas voltadas à concretização desse direito.¹⁰

Ademais, a excessiva judicialização desse tipo de questão, além da imposição de custos muitas vezes desarrazoados para o Estado¹¹ (seja para cumprimento do decidido pelos tribunais, seja para o custeio do trâmite processual), contribui para a tão conhecida e debatida sobrecarga do Judiciário, o qual julga, dando ou não provimento, diversas ações que sequer deveriam ser propostas.

Cabe mencionar que foram editados, nas “Jornadas de Direito da Saúde” promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vários enunciados visando à mitigação do problema do

→ fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não tem condições financeiras de adquiri-lo. O tema foi selecionado como questão de repercussão geral.

10. Cumpre aqui a menção à chamada *rule of rescue*, termo cunhado por Jonsen em 1986 com o fim de se designar a obrigação moral sentida pelas pessoas de resgatar indivíduos identificáveis que estão enfrentando risco de uma morte evitável, o que leva, muitas vezes, à desconsideração dos custos (MCKIE; RICHARDSON, 2003, p. 2.407).

11. “[...] uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde, que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público, sem observância da reserva do possível” (GRINOVER, 2010, p. 25).

excesso de judicialização, de modo a se conferirem, aos magistrados, parâmetros e diretrizes para a apreciação de casos dessa espécie. Ademais, o CNJ editou as Recomendações nº 31/2010 e nº 36/2011, as quais recomendam aos tribunais “a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. No entanto, a prática demonstra que o Judiciário muitas vezes parece desconhecer tais orientações e recomendações, as quais certamente auxiliariam na redução do problema do excesso de judicialização e contribuiriam para o aumento da segurança jurídica dos jurisdicionados, reduzindo a margem para a subjetividade do julgador.

Considerando a problemática concernente ao direito à saúde aqui exposta, vale dizer, a questão dos limites do Estado para a restrição de direitos individuais com o fim de se tutelar a saúde dos cidadãos, bem como o excesso de demandas judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos e tratamentos, o próximo tópico discorrerá sobre a legitimidade dos poderes estatais no âmbito da saúde pública e a possibilidade de sua utilização como recurso para a atenuação dos efeitos dos supracitados problemas e questões controversas.

4 A tripartição do poder, o Judiciário e o critério da legitimidade como instrumento para a solução de conflitos envolvendo o direito à saúde

Como visto, o texto constitucional é límpido ao preconizar as políticas públicas (sociais e econômicas) como o instrumento adequado para a efetivação do direito à saúde. De acordo com Maria Paula Dallari Bucci:

“[p]olítica pública 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).

Conforme se extrai do excerto acima colacionado, as políticas públicas visam à consecução de objetivos socialmente importantes, importância essa que é atribuída mediante escolhas políticas, desde que observados os ditames constitucionais e infraconstitucionais.

Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, as decisões políticas são de incumbência dos agentes estatais eleitos pelo povo, os únicos dotados de legitimidade para tanto (art. 1º, parágrafo único, da CF¹²). Ou seja: a definição dos objetivos socialmente importantes, os quais servirão de norte para as políticas públicas, desde que em consonância com o texto constitucional e com a legislação em vigor, deve ser realizada pelos poderes Executivo e Legislativo.

Devido à tripartição do poder,¹³ o Judiciário não pode imiscuir-se em assuntos que são de competência exclusiva dos atores democraticamente escolhidos para tanto (MAPELLI JUNIOR, 2015, p. 276), não obstante manifesta a possibilidade – e o dever constitucional (art. 5º, inciso XXXV) – de os órgãos jurisdicionais atuarem em casos de ilegalidade ou inconstitucionalidade, ainda que decorrentes de uma política pública.

Trata-se de questão semelhante à impossibilidade de revisão judicial do mérito dos atos administrativos, entendimento já sedimentado pela jurisprudência nacional, o qual visa à proteção da

12. “Art. 1º - [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

13. Aqui, optou-se pela adoção da expressão “do poder”, e não “dos poderes”, em razão do fato de o poder ser uno, havendo, na prática, uma repartição de funções pela Constituição, atribuídas típica ou atípicamente a cada um dos três “poderes”.

discricionariedade conferida legalmente ao administrador público. Desta forma, em que pese mandatória a revisão judicial dos atos da Administração Pública eivados de vícios de legalidade, ela jamais alcançará as opções do agente estatal arrimadas exclusivamente em seu juízo de conveniência e oportunidade. Sobre os riscos da interferência judicial indevida, o STF apontou que

“[a] intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. [...] a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos”.¹⁴

A definição dos objetivos socialmente importantes deve ser realizada pelos poderes Executivo e Legislativo.

Em conhecido estudo a respeito do tema do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, Luís Roberto Barroso aduz as seguintes considerações, apontando a necessidade de autocontenção do Poder Judiciário:

“Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados,

14. STF, 1ª T., AgRRE nº 1.083.955, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/5/2019.

eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção” (BARROSO, 2008, p. 26).

A teoria da autocontenção, autolimitação ou, ainda, autorrestricção (*self-restraint*) consiste na decisão de os próprios magistrados se limitarem à decisão de questões jurisdicionais, negando a justiciabilidade de questões políticas (CANOTILHO, 2000, p. 1.224). Trata-se de teoria contrária àquilo que se popularizou com a nomenclatura de “ativismo judicial”, expressão que faz referência à atuação dos órgãos judiciais como verdadeiros editores de políticas públicas, na tentativa de suprir supostas omissões ou até mesmo ineficiências administrativas e/ou legislativas.

É bem verdade que, em alguns casos, a omissão legislativa pode ensejar violação à legalidade – entendida, em sua acepção mais moderna, como violação ao ordenamento jurídico como um todo, e não à lei em sentido estrito –, e exatamente por essa razão o próprio texto constitucional traz mecanismos judiciais capazes de permitir a revisão judicial nesses casos. Todavia, isto não pode, em nenhuma hipótese, legitimar a substituição da titularidade constitucionalmente atribuída à Administração Pública e ao Poder Legislativo para a edição de políticas públicas.

Aqui, defende-se que a deferência às escolhas políticas feitas pelos poderes legitimados para tanto não deve ser entendida apenas como obrigatória. Sobretudo no campo da saúde, ela pode e deve ser vista como um importante instrumento para a solução de conflitos envolvendo tema extremamente controvertido.

Especificamente quanto à problemática da extensão dos limites impostos ao exercício de outros direitos para a tutela do direito à saúde, mencionada no tópico anterior, viu-se que grande parte dos problemas deriva da subjetividade, elemento indissociável do exercício de ponderação/sopesamento exigido para a aferição da adequação de ações estatais que conformam (mas não obstam) o exercício de determinados direitos em prol de

outros. Dessa maneira, faz-se indispensável máxima atenção para que não se confunda a mera discordância das escolhas feitas pelo agente público com a ilegalidade dessas opções administrativas ou legislativas. A simples discordância não caracteriza – e nem poderia – violação à legalidade.

Atentando-se para a opção constitucional pela tripartição do poder, tendo cada um dos três poderes a sua função típica, eventuais revisões de políticas públicas estarão adstritas aos juízos de legalidade e constitucionalidade, abstenendo-se de analisar as opções políticas dos agentes competentes para a tomada das decisões. Por essa razão, deve-se buscar a máxima deferência às escolhas dos legitimados para a edição e condução das políticas públicas.

No que toca à judicialização das questões envolvendo o fornecimento de medicamentos e tratamentos, a situação não é diversa. Considerando (i) que o direito à saúde é efetivado mediante a edição de políticas públicas e (ii) que os legitimados para a edição de políticas públicas são aqueles eleitos democraticamente pelo povo, cabe ao Judiciário intervir, se provocado, tão somente naqueles casos em que constatada a ilegalidade ou inconstitucionalidade pelo Poder Público, não sendo sua, repise-se, a competência para a tomada de decisões de natureza política, sob pena de violação da própria ordem constitucional.

Ainda quanto ao tema da judicialização, relevante aqui destacar a já mencionada pretensão de integralidade dos atendimentos preventivo e assistencial na área da saúde:

“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: [...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; [...]”.

É possível depreender, pela própria literalidade da norma, que a integralidade consiste em uma

diretriz. Portanto, a CF esclarece que a totalidade tem que ser entendida como uma orientação, não como uma obrigação estatal dotada de caráter cogente e vinculante.

Ora, não há como se interpretar isoladamente os dispositivos constitucionais. Não há como se dissociar a leitura do já pormenorizado art. 196 da CF do conteúdo do art. 198, inciso II. A interpretação sistemática pressupõe que o operador do Direito considerará a unidade de sentido do texto constitucional, o qual se apresenta de modo coordenado, em feixes orgânicos, mantendo um vínculo de inter-relação e interdependência (BULOS, 1996, p. 44).

Dessa maneira, não existe, na CF de 1988, a imposição ao Estado do dever de prover todo e qualquer tratamento àqueles que necessitem. A integralidade, enquanto diretriz, ou seja, guia para a efetivação do direito à saúde, deverá servir de norte para a orientação das políticas públicas, instrumento adequado para a concretização do aludido direito (art. 196 da CF e art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/1990), cuja competência é exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo.

Portanto, considerando a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, a qual evidencia o real conteúdo material do direito à saúde, bem como o critério da legitimidade e competência para a edição das políticas públicas, percebe-se que o próprio ordenamento jurídico oferece mecanismos para a redução da litigiosidade no âmbito do direito à saúde.

5 Conclusões

A partir das considerações aqui tecidas, pode-se inferir que não são raras as vezes que os operadores do Direito conferem interpretações equivocadas ao direito constitucional à saúde, as quais tendem a afastá-lo do seu verdadeiro conteúdo material, traduzido no direito subjetivo de todo e qualquer cidadão a políticas econômicas e sociais, editadas pelo Estado, visando à proteção, recuperação e promoção da saúde.

Referidas interpretações acabam por gerar um cenário de manifesta insegurança jurídica, uma vez

que (i) dificultam a definição da real dimensão das responsabilidades estatais na concretização desse direito, deixando o Poder Público e administrados à mercê da subjetividade do intérprete do texto constitucional no caso concreto, e (ii) potencializam o risco da ocorrência de situações em que há restrição indevida de direitos individuais pelo Estado sob a alegação de se estar tutelando o direito à saúde. Acrescente-se, ainda, o crescimento do número de ações judiciais para a resolução das controvérsias atinentes ao tema, as quais sobrecarregam o Judiciário, ensejando o aumento dos custos estatais e a maior demora no julgamento das demandas.

Não há como se interpretar isoladamente os dispositivos constitucionais.

Todavia, viu-se que a própria CF é capaz de solucionar boa parte dos problemas aqui apontados. Primeiramente, porque traz uma definição completa do chamado direito à saúde, explicitando os seus beneficiários (todos os indivíduos), o responsável pela sua efetivação (Estado), o instrumento para a sua concretização (políticas públicas) e, ainda, os objetivos que devem ser perseguidos na edição das citadas políticas (promoção, prevenção e recuperação da saúde). Vale reiterar que tal interpretação é corroborada pelas disposições da Lei Orgânica da Saúde, a Lei nº 8.080/1990, a qual evidencia que o dever do Estado está adstrito à formulação e execução das mencionadas políticas sociais e econômicas na área da saúde, não podendo ser confundido, em hipótese nenhuma, com uma “garantia universal” aos indivíduos, capaz de assegurar toda e qualquer prestação pública que envolva cura, tratamento, medicamentos e afins.

Além disso, ao definir as políticas públicas como o mecanismo para a concretização do direito à saúde, o texto constitucional esclarece quem são as autoridades competentes para tanto, ou seja:

membros dos poderes Executivo e Legislativo, representantes eleitos por meio de processo democrático. Destarte, resta evidente que o Poder Judiciário, enquanto não dotado de legitimidade democrática para a livre intervenção nas políticas estatais, somente poderá revisar esses atos quando maculados por vícios de legalidade ou constitucionalidade, sendo vedada, contudo, a revisão das escolhas políticas feitas pelos administradores ou legisladores.

Assim, pode-se concluir que a adoção do critério da legitimidade, à luz das competências

atribuídas pela CF para a edição das políticas públicas, aliada à correta interpretação do conteúdo material do direito constitucional à saúde, impõe a deferência das outras entidades e órgãos estatais às opções feitas pelos responsáveis pela criação das respectivas políticas públicas, vez que estas são o instrumento previsto constitucionalmente para a concretização desse direito fundamental. A deferência, por sua vez, contribui para o aumento da segurança jurídica e reduz tanto a interferência indevida em decisões exaradas pelas autoridades competentes como a própria litigiosidade. ■

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Minas Gerais, v. 15, p. 13-38, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. Ministério da Saúde. 8ª Conferência Nacional em Saúde. *Relatório Final*, 1986.
- 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.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Teoria da interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 205, p. 23-64, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 844-874, 2017.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Liberdade de fumar. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 3 set. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0309200808.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, p. 9-37, 2010.
- MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*. 2015. Tese (Doutorado em Radiologia) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MCKIE, John; RICHARDSON, Jeff. The Rule of Rescue. *Social Science & Medicine*, v. 56, n. 12, p. 2.407-2.419, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Leandro José da. Controle judicial das políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 191-218, jan./jun. 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. *Revista de Direito Sanitário*, p. 90-106, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.