JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO HIPOSSUFICIENTE

Geraldo Kennedy Resende da Mata¹

Ciro Di Benatti Galvão²

Natália Elvira Sperandio³

Resumo: O presente trabalho de investigação tem o objetivo de entender o processo de judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil em confronto com os direitos fundamentais do cidadão. Para isso, opina-se sobre a dificuldade das pessoas necessitadas postularem judicialmente ações individuais e identifica-se o princípio do mínimo existencial versus o princípio da reserva do possível de forma a preservar a dignidade humana, assim como a respeitar o princípio da separação dos poderes, analisando dados sobre as políticas públicas definidas pelo poder Executivo com o propósito de disseminar o acesso a tratamentos e medicamentos. Através de pesquisa bibliográfica e análise qualitativa dos dados, autores como Pimenta (2011), Almeida (2014) e Limberger e Soares (2013) são unânimes em afirmar que, na atualidade, vem ocorrendo uma extrapolação dos limites entre as instâncias governamentais pelo poder judiciário que exerce sua autoridade para garantir direitos. Conclui-se e aguarda-se a partir de realização de audiência pública pelo STF, bem como das postulações para edição de súmulas vinculantes a respeito, que a Suprema Corte adote uma orientação uniforme para a atuação do Judiciário no enfrentamento do problema.

Palavras-chave: Judicialização das Políticas Públicas de Saúde; Direitos fundamentais; Cidadania.

1 Considerações iniciais

O tema do presente trabalho de investigação gira em torno da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil e os direitos fundamentais do cidadão, envolvidos nesse processo. Trata-se de tema controverso que tem gerado grandes discussões entre os acadêmicos do direito e os profissionais da saúde, pois choca-se com os princípios de direitos e garantias fundamentais e constitucionais do homem na questão da democratização do acesso à saúde garantido pela Constituição de 1988.

Nosso problema de estudo pode ser resumido na seguinte pergunta: Como pode ser entendido o processo de judicialização das políticas públicas de saúde no

---

¹Graduando do 9º período do Curso de Direito.

IPTAN – Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves.

²Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Constitucional, de Teoria do Estado e de Administrativo. Conselheiro Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora/MG. Membro da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas (ABCJ). Parecerista ad hoc de periódicos jurídicos. Autor de livros e artigos jurídicos na área do direito público. cirogalvão@iptan.edu.br.

³Doutora em Estudos Linguísticos (Linguística Aplicada, linha linguagem e tecnologia) pela Universidade Federal de Minas Gerais. Possui graduação em Letras (Licenciatura em língua portuguesa e suas respectivas literaturas) pela Universidade Federal de São João Del-Rei (2007), mestrado em Letras (Área de concentração: Teoria Literária e Crítica da Cultura - Linha de Pesquisa: Discurso e Representação Social) por essa mesma universidade (2010). Atualmente é professora do Instituto Presidente Tancredo Neves - IPTAN e revisora do periódico Saberes Interdisciplinares. thaiasperandio@yahoo.com.br.

Brasil em confronto com os direitos fundamentais do cidadão? Isto, baseados na inoperância ou omissão legislativa ou administrativa, na atuação/intervenção judiciária para fins de acesso à justiça e, ainda mais, no fato de que mesmo sendo admitida, ela gradativamente não seria uma solução possível de ocorrer apenas para aqueles que conseguem demandar judicialmente, tornando-se uma solução excludente.

Temos então o objetivo entender o processo de judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil em confronto com os direitos fundamentais do cidadão. Para isso, verifica-se qual a dificuldade das pessoas necessitadas poderem postular judicialmente em ações individuais, identifica-se o princípio do mínimo existencial versus o princípio da reserva do possível, de forma a preservar a dignidade humana, assim como a respeitar o princípio da separação dos poderes, e analisam-se dados sobre as políticas públicas definidas pelo poder Executivo com o propósito de disseminar o acesso à lista de medicamentos pela população.

Para fundamentar nossa discursividade, constituímos um universo limitado de princípios e conceitos para formar um conjunto coerente com nossa proposta de estudo, dentro do qual o trabalho pôde se fundamentar ou se desenvolver, como resultado de fichamentos, resumos, resenhas e análises de trabalhos de outros estudiosos do assunto relativo ao entendimento desta judicialização em confronto com os direitos fundamentais do cidadão. Começamos pela investigação bibliográfica em bases de dados *on line*, livros e repositórios científicos dos centros de pesquisa para adoção de conhecimentos que pudessem, de forma mais adequada, explicar a questão de estudo.

A seguir, enfrentaremos o trabalho de verificar quais conceitos estão imbuídos na investigação e quais poderiam ser úteis em nossa reflexão e chegamos a autores como Pimenta (2011), Almeida (2014) e Limberger e Soares (2013). Esses autores são unânimes em afirmar que na atualidade vem ocorrendo uma invasão das instâncias governamentais pelo poder judiciário que exerce sua autoridade para garantir direitos fundamentais do cidadão quando este é negado pelo executivo.

Já Bittar (2009) e Bontempo (2015) nos oferece o necessário entendimento da jurisprudência envolvida nesta situação com apoio da Constituição de 1988. Pela natureza e limitação do presente trabalho, nos concentramos nas conclusões

conceituais destes autores, evitando o demasiado aporte explicativo, o que tonaria nosso espaço menos aproveitável.

2 Desenvolvimento

2.1 Judicialização e ativismo judicial

Após a Segunda Guerra Mundial o Poder Judiciário, nos países ocidentais, passou a atuar de forma mais ativa em relação temas políticos, assim como os de implementação de políticas públicas ou escolhas morais, isto é, passou a estar mais presente nos temas de grande repercussão social. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, é o órgão do Poder Judiciário que exerce tal atividade (BARROSO, 2008).

Conforme aponta Cittadino (2001), a Constituição Federal de 1988 contribui para a ampliação do controle normativo exercido pelo Poder Judiciário, ao adotar “direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais” (CITTADINO, 2001, p. 135).

O referido processo de aproximação do Poder Judiciário das questões políticas, de implementação de políticas públicas, dentre outras, é denominado de judicialização.

Barroso (2008, p. 3), define a judicialização como as “questões de larga repercussão política ou social que estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]”.

Desta forma, por meio da judicialização, juízes e tribunais, recebem uma parcela de poder, o que implica em importantes alterações na linguagem, argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2008).

Ainda segundo Barroso (2008), a judicialização ocorre em virtude de múltiplos fatores, são eles: (i) a redemocratização do país em 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, do mesmo modo que aumentou a demanda judicial no Brasil; (ii) a constitucionalidade abrangente, em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 abarcou diversas matérias que antes eram tratadas por processo político majoritário e por legislação ordinária; (iii) e, por fim, o sistema brasileiro de

controle de constitucionalidade, tido como sistema híbrido ou eclético, que permite, por meio do controle difuso, que juízes e tribunais deixem de aplicar determinada lei, em um caso concreto, se a considerar inconstitucional. Lado outro, possibilita que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente à análise do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, no fenômeno da judicialização o Poder Judiciário é instado a manifestar-se, não lhe sendo permitido negar-se a julgar, uma vez que, nos termos do art. 5º. XXXV, da Constituição Federal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, isto é, estando preenchidos os requisitos de cabimento da ação, compete ao Judiciário analisar e, deste modo, cumprir com o papel que lhe é atribuído pela Carta Magna.

Por seu turno, o ativismo judicial é a atuação do Poder Judiciário de forma a suprir as faltas do Poder Legislativo, a fim de compor as demandas sociais.

Barroso (2008, p. 6) define o ativismo judicial como sendo:

Uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Nas palavras de Sunstein (2005) *apud* Vieira (2009, p. 48), o ativismo judicial é:

Medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo. [...] com que frequência os tribunais ‘retiram a decisão das mãos dos eleitores’. [...]. Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes.

Deste modo, de forma diversa da judicialização, o ativismo judicial parte da atuação do Poder Judiciário como uma forma de resposta à sociedade de maneira a sanar as faltas do Poder Legislativo, que muitas vezes não age ou age de forma inadequada ou incompleta.

2.2 A judicialização da saúde frente à dignidade humana e a separação dos poderes

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é utilizado como empecilho às deliberações democráticas majoritárias, de forma a proteger a liberdade das minorias e consolidar condições materiais mínimas de existência aos indivíduos (MAIA e COSTA, 2015).

Nesse diapasão, a Dignidade da Pessoa Humana é entendida como uma proteção ao mínimo existencial, que preserva as minorias e tutela a liberdade dos indivíduos, a fim de lhes possibilitar a sobrevivência e a liberdade (MAIA e COSTA, 2015).

Desta forma, em síntese, o princípio da Dignidade Humana visa equilibrar a relação entre os indivíduos e a comunidade.

Nas palavras de Maia e Costa (2015), o referido princípio comporta mitigação, haja vista que a falta de recursos e as diversas formas de implementação de políticas sociais levam o legislador e o administrador a optar por qual direito fundamental deve ser tido como mais importante. Tratando-se, portanto, do respeito à democracia e a separação dos poderes.

Desse modo, a judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil configura uma resposta a insuficiência de recursos do Estado ou a sua ineficiência em atender todas as necessidades de sua população, de forma a tentar proporcionar dignidade humana às pessoas.

Em outras palavras, a partir do momento que a Constituição Federal de 1988 assegurou o direito à saúde como direito fundamental, a fim de proporcionar dignidade humana, esse direito passou a ser um direito subjetivo de todos os cidadãos, cuja aplicação deve ser direta e imediata. Desta forma, o indivíduo passou a ser dotado de pretensão, sendo certo que, uma vez preenchidos todos os requisitos da ação, não pode o Poder Judiciário omitir-se em relação à decisão das pretensões a ele submetidas (GALDINO, 2015, *apud* Maia e Costa, 2015, p. 7).

Dessarte, a judicialização do direito à saúde não deve ser entendida como uma violação ao Princípio da Separação dos Poderes, que possui como objetivo, no entendimento de Dimoulis (2008) *apud* Lenza (2014, p. 544), “preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas”. Mas sim,

como uma forma de colaboração entre os poderes, a fim de assegurar a efetividade das normas e a preservação da dignidade humana, conforme aponta Rios (2013).

2.3 Defesas do Direito à saúde

O objetivo macro, após os esclarecimentos supra mencionados, é entender o processo de judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil em confronto com os direitos fundamentais do cidadão. Para isso, opina-se sobre a dificuldade das pessoas necessitadas postularem judicialmente ações individuais e identifica-se o princípio do mínimo existencial versus o princípio da reserva do possível, analisando dados sobre as políticas públicas definidas pelo poder Executivo com o propósito de disseminar o acesso a tratamentos e medicamentos.

Para a elaboração da presente investigação, foi adotado o método qualitativo de pesquisa, utilizando-se, de referências bibliográficas, artigos científicos e jurisprudências da área da judicialização das políticas públicas de saúde.

Buscamos verificar, a princípio, qual a dificuldade enfrentada pelas pessoas necessitadas quando postulam ações judiciais individuais. Para tanto, recorreremos a Pimenta (2011), que afirma ser necessário entender, de forma definitiva, como deve agir o magistrado diante de ações em que o autor postula. Entende a referida autora que o magistrado deve agir de modo a garantir, na prática, um direito fundamental social assegurado constitucionalmente.

Nesse sentido, Pimenta (2011), afirma ainda, que a jurisdição é um dever do Estado, bem como compete ao Estado garantir a aplicação da norma Constitucional. Desta forma, O Estado deve assegurar a todos os “direitos sociais a educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência, a proteção à maternidade, à infância e à assistência”, na forma do disposto pelo art. 6º, da Constituição Federal de 1988.

O caso é que no art. 126 do Código de Processo Civil lê-se, “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Por essa responsabilidade determinada, quando se trata de interpretar a Constituição e estabelecer o que seria justo diante de um pedido dessa natureza, ou seja, o que asseguraria a dignidade da pessoa humana, o julgador se depara com

outros princípios constitucionais, igualmente erigidos à condição de objetivos do Estado, por força dos incisos I e III, do artigo 3º, da CF/88, a saber, construir uma sociedade livre, justa e solidária, e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (LIMBERGER e SOARES, 2013).

Desta forma, a fim de se evitar conclusões precipitadas, é de fundamental relevância firmar o entendimento de que cada caso é único e, como tal, deve ser enfrentado pelo magistrado. Tendemos a concordar com Barroso (2012) *apud* Almeida (2014), no sentido de que se deve dar preferência às ações coletivas, nas quais os legitimados ativos poderão discutir, efetivamente, a existência ou não de políticas públicas. Contudo, afirmar que nas ações individuais o magistrado deverá sempre decidir pela improcedência, a fim de privilegiar políticas públicas (em detrimento de beneficiar poucos), seria extremamente duvidoso.

Para Almeida (2014), essas questões não deixarão de surgir e o importante é discutirmos o tema, academicamente, a fim de solidificarmos as bases para futuras decisões, sem nos olvidarmos de que o papel do Direito, mormente do Direito Constitucional, é acompanhar a evolução da sociedade e fornecer subsídios para transformar - para melhor - a vida das pessoas, o que passa por distribuição de renda e efetividade de direitos fundamentais.

Nesse sentido, Carvalho (s.d, p. 7) informa que “a justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade”. O processo coletivo - que se difundiu após a Constituição Federal de 1988, sendo de se destacar a ação civil pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) - tem paradigma diferente: por mais importante que seja o acesso ao Poder Judiciário, ele, por si só, não é suficiente, pois também deve ser pleno e só o será se as demandas chegarem a uma solução definitiva, em prazo razoável. De nada adianta poder livremente ajuizar uma ação se dezenas de recursos, prazos, preclusões e outros tantos institutos processuais favorecerem a procrastinação da mesma por anos a fio.

Almeida (2013) nos informa ainda que a ação popular regulamentada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 já garantia a qualquer cidadão o direito de pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Antes disso havia também a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Esta última tratava

da ação civil pública que, como instrumento de uso, tornou-se mais difundido após 1988, não só em razão da referida Constituição da República veicular normas-princípio e normas-regra voltadas para efetivação dos direitos, mas em face das prerrogativas conferidas ao Ministério Público (artigos 127 e 129 da CF/88), que vem utilizando intensamente a referida ação. Além dos sindicatos, mencionados pelo Texto Constitucional em seu artigo 8º, III, o Ministério Público também possui legitimidade para defender em juízo, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por força dos artigos 127 e 129 da CF/88 (PIMENTA, 2011).

Em razão disso, a Defensoria Pública, em todo o país, por meio dos Núcleos de Atendimento de Petrópolis, iniciou trabalho coletivo em favor dos usuários do sistema de saúde pública, o que ocasionou inúmeras visitas de inspeção e de monitoramento nos hospitais públicos e conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS) e reuniões com o Poder Público, dando ensejo ao ajuizamento de ações civis públicas, além da celebração de termos de ajustamento de conduta ao longo desses anos. Pinto (2013) relata que durante as visitas realizadas aos hospitais, constatou-se a existência de pacientes aguardando vaga para internação nos setores de urgências, em sua maioria idosos, muitos deles desacompanhados de familiares, às vezes com necessidade de atendimento em unidade de tratamento intensivo. Verificou-se ainda que, em muitos destes casos, tendo em vista a inexistência de parentes/familiares (ou devido ao desconhecimento destes de que poderiam procurar a Justiça para compelir o Poder Público a prestar o tratamento devido) o direito constitucional à saúde do paciente deixava de ser efetivado, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Entre as ações civis públicas ajuizadas, há uma cujo objeto foi exatamente obrigar o Poder Público a aumentar o número de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo nos Municípios e encontra-se tramitando desde 2009. Embora leitos tenham sido criados, diariamente, há fila de espera de pacientes, o que demonstrou a necessidade de atuação proativa da Instituição (RAMOS, 2005). Este autor afirma ainda que no contexto acima descrito, constatou-se a imperiosa necessidade de uma atuação proativa dos Defensores Públicos em favor das pessoas vulneráveis, que, em razão do seu estado de saúde, não poderiam, por si mesmas, exigir do Poder Público o seu direito maior, ou seja, o Direito à saúde e, conseqüentemente, Direito à própria vida.

Ventura *et al* (2010) aponta o que pode ser efeito disso. É o fato de que no decorrer dos anos, muitos familiares de pacientes com indicação de internação em UTI somente procuravam a Defensoria dias após a chegada daqueles às urgências, conforme demonstra a documentação anexada (por amostragem), atribuindo-se a demora ao desconhecimento do direito fundamental e a esperança de resolver os casos extrajudicialmente. Para garantir o direito fundamental à saúde das pessoas em situação de vulnerabilidade, muitas vezes sem familiares, sem representação e sem condições de exercerem seus direitos constitucionais pessoalmente, por meio da Defensoria Pública ou de advogado constituído, pareceu imprescindível a atuação proativa da Instituição na efetivação de tais direitos.

Esse raciocínio abre assim para a hipótese descrita no art. 4º da Lei Complementar nº 80/94 (com a redação dada pela LC nº 132/2009), em cujo elenco de atribuições conferidas à Defensoria Pública está aquela constante do inciso XI, que dispõe ser função institucional, qual seja:

[...] exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (VENTURA *et al*, 2010, p. 9).

O dispositivo em questão trouxe solução para hipótese colocada, uma vez que instituiu verdadeira Legitimidade Extraordinária da Defensoria Pública em favor de pessoas em situação de hipervulnerabilidade, permitindo que os Defensores Públicos, na busca pela efetivação do Direito à Saúde. Na prática, porém, é que mesmo com a alteração da legislação, a atuação proativa institucional encontrava-se limitada, já que era imprescindível ter acesso às informações que pudessem fundamentar ações judiciais, que constavam da lista de espera de pacientes, negada pelo Poder Público. Do contrário, as informações somente poderiam ser verificadas *in loco*, com o deslocamento diário de pessoal às 5 (cinco) unidades de saúde pública que possuem setor de **urgência** no município de Petrópolis, o que era inviável (WOLKMER, 2009). Diante desses fatos, analisando as dificuldades acima descritas sob dois prismas – social e institucional - e buscando a melhor forma de atender aos anseios da população usuária da Defensoria Pública, chegou-se à conclusão de que a atuação da Instituição deveria ser mais abrangente, que ultrapassasse a defesa individual e coletiva.

Outro ponto na busca pelo entendimento da judicialização da saúde no Brasil em confronto com os direitos fundamentais do cidadão foi tentar identificar o princípio do mínimo existencial versus o princípio da reserva do possível. Nessa questão, e à luz de todos os estudos consultados para esse trabalho, podemos dizer que importa informar que a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja à aplicação dos correspondentes recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas pública vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários. “Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe” (BIGOLIN, 2004, s. p).

Nesse contexto, Limberger e Soares (2013) propõem que mesmo reconhecida situação tópica que pudesse estar indubitavelmente enquadrada dentro de um padrão mínimo, a entrega da prestação também estará sujeita à presença dos recursos materiais.

Bigolin (2004, s.p), por sua vez, afirma que:

[...] constatando-se a existência de meios econômicos (limitados e escassos), a discussão centra-se na sua repartição e na possibilidade de se argumentar, perante o poder judiciário, a problemática da reserva do possível para se negar a entrega da prestação social contenciosamente postulada. Tal questão conecta-se ao reconhecimento ou não de uma reserva de competência parlamentar e, por consequência, à afronta ao princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, conforme afirma Bigolin (2004, s.p):

Uma decisão sobre a aplicação dos recursos públicos, por sua direta implicação orçamentária incumbe precipuamente ao legislador em questão. Isso não implica em desqualificar os direitos sociais como fundamentais, nem lhes conferir caráter meramente programático.

Caso bastante exemplar, no Brasil, é o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, sendo que, na qualidade de normas princípio, não podem ser aplicadas como tudo ou nada, conquanto presume-se sua plena eficácia, a qual também não é absoluta (BONTEMPO, 2015).

Existe assim, a possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações, tutelados pelo poder judiciário, independentemente ou além da concretização do legislador. Essa constatação nos obriga a concordar com Bontempo (2015, p. 17) no ponto em que diz:

[...] apenas quando a garantia do material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária, estando presente uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo à determinada prestação social. Tem-se que admitir que é possível existir um limite à liberdade de conformação do legislador em se tratando de condições existenciais mínimas. Além disso, para a definição do patamar mínimo a permitir a superação da limitação imposta pela reserva do possível, ressalvado o limite real de escassez, recolhe-se esse posicionamento, o qual aponta como parâmetro demarcatório o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo eventuais abusos que pudessem levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão.

Mesmo em se tratando de escolhas disjuntivas, em que está em conflito o mesmo bem jurídico a ser tutelado, como é o caso de uma fila de pacientes aguardando o órgão a ser transplantada, a escassez natural de recursos não inibe a intervenção do poder judiciário sob o argumento da chamada “reserva do possível” (PIMENTA, 2011). Para esse autor:

[...] a situação de ameaça à vida dos interessados enquadra-se no parâmetro existencial mínimo, permitindo a tutela imediata do Juiz que poderá reconhecer, acaso devidamente demonstrada, que o critério adotado pela administração pode ser topicamente superado, em face da comprovada urgência de atendimento de um paciente, mesmo em detrimento de outro que esteja em situação estável no aguardo da transferência do órgão, por exemplo (PIMENTA, 2011, p. 32).

Neste viés, ao Juiz incumbe a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais. Ainda que não seja exclusiva, deve preservar sempre os princípios da unidade da Constituição, sob o postulado da proporcionalidade. Desta forma, o Poder Judicial estará atuando de forma ativa e complementando a atuação dos demais poderes, sem violar o princípio da separação dos poderes, haja vista que, apenas, estará suprindo uma falta ou negligência do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo.

Por outro lado, para àqueles que argumentam no sentido em que em tempos de crise até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a necessária estabilidade econômica, impondo-se o “embalsamento” do Poder

Judiciário. Há que se salientar que justamente em tais circunstâncias uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, revela-se indispensável, a manutenção da dignidade humana.

Atentando para o procedimento administrativo para assegurar o acesso à “lista de espera”, por exemplo, de uma central de regulação de leitos do município, Pimenta (2011), nos informa que se pode apelar para uma assinatura de termo de ajustamento de conduta. Como já dito acima, em caso de não se ter acesso à lista de espera da Central de Regulação de Leitos, é necessária a instauração de procedimento instrutório, através de Portaria específica, recomenda-se endereçar ao Poder Público, visando obter as ditas informações através de acesso às listas de espera, bem como de outras informações relativas ao diagnóstico e às condições de saúde de pacientes.

Neste ponto, pode-se destacar que a Constituição da República, além de prever o direito ao acesso à informação, que já foi regulamentado pela Lei Federal nº 12.527/11, também prevê como direitos fundamentais à vida e à saúde. Por sua vez, passa-se a ter legitimidade extraordinária para atuar em prol de idosos e de pessoas que estejam em situação de vulnerabilidade e, também, para atuar na proteção de direitos humanos, na forma da Lei Complementar Federal nº 80/94, com as alterações da Lei Complementar 132/2009, adequando-se à hipótese do art. 31, inciso IV da Lei nº 12.527/11.

Outra saída é propor uma composição com o Poder Público, Administração Pública Municipal, ou outra instância, visando também efetividade do direito dos usuários do SUS – o que poderia demorar anos caso uma ação civil pública fosse ajuizada. Ao realizar reunião com o Prefeito Municipal, existe a possibilidade de culminar com a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta para que as obrigações sejam integralmente cumpridas, tendo sido acordado em tal termo. Usando de tal expediente, Bittar (2009, p. 71) sintetiza o seguinte:

a) A Administração Pública Municipal compromete-se a efetivar o acesso diário do juriconsulto às informações constantes da lista de espera para internações diversas pelo SUS no âmbito do Município, devendo, além das informações médicas, constar nome completo do paciente, sua idade e seu domicílio, a fim de que tais informações pudessem ser utilizadas na efetivação do acesso à justiça dos munícipes hipossuficientes usuários do SUS, quando tal medida se mostrasse necessária. b) O acesso às informações se daria por meio do envio da lista de espera aos Defensores Públicos cadastrados, por meio de ofício ou e-mail, ou por meio da liberação do acesso ao sistema da central de vagas do Município aos mesmos Defensores.

Determina-se o efetivo exercício da legitimidade extraordinária da defensoria pública em favor de pessoas em estado de vulnerabilidade, que aguardam internação em unidade de tratamento intensivo, Pinto (2013) afirma que cabe a defensoria pública tomar frente dessa empreitada. Para isso, apoia-se na Lei Complementar n.º 80/1994, que prescreve normas gerais para a organização da Defensoria Pública, qualifica a instituição como permanente, conceituando-a como essencial à função jurisdicional do Estado na promoção dos direitos humanos e na defesa (judicial e extrajudicial) dos direitos individuais e coletivos dos necessitados de forma integral.

Em complemento a esse pensamento, Wolkmer (2009) afirma que a Lei Complementar citada elege, como objetivo da instituição, em seu art. 3º, a primazia da dignidade da pessoa humana, bem como a prevalência e efetividade dos direitos humanos.

Já o art. 4º, inciso VII da Lei elenca, entre as suas atribuições institucionais: “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes” (WOLKMER, 2009, p. 21).

Pode-se dizer que essa atribuição encontra-se reforçada no texto dos incisos X e XI, do mesmo artigo, que expressamente prevê que a Defensoria deve:

[...] promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Neste viés, o inciso LXXIV do art. 5º da supramencionada Lei Complementar indique a insuficiência de recursos como critério básico para definição do conceito

de necessitados. Essa qualificação não deve ser abordada de forma simplista, exigindo interpretação mais ampla para que não se restrinja apenas às pessoas economicamente hipossuficientes, que não possuem recursos para litigar em juízo sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, mas sim a todos os socialmente vulneráveis.

Deste modo, não se pode negar à Defensoria legitimidade para a defesa de interesses individuais de pessoa, seja ela hipossuficiente econômica ou não, que se encontre em sala de urgência de hospital público, aguardando vaga em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) de forma a salvaguardar sua vida, uma vez que momentaneamente encontra-se incapaz de gerir os atos de sua vida civil.

2. 4 Discussão pertinentes

Assim, das ações judiciais que podem ser propostas e têm colhido resultados exitosos, segundo Ordacgy (2010). Em razão dos fundamentos acima, pode-se ajuizar ações individuais de obrigação de fazer em face do Município, em favor de pessoas em situação de hipervulnerabilidade, que aguardam internação em Unidade de Tratamento Intensivo. Tais ações são baseadas em informações obtidas em consulta diária à lista de espera da Central de Regulação de Leitos do Município, cujo acesso ao sistema somente é possível em razão de um Termo de Ajustamento de Conduta, assinado com a Administração Pública Municipal. É possível ainda acessar o sistema da Central de Regulação de Leitos para obter informações sobre os pacientes que lá constam como aguardando por internação em UTI, e, aferir o tempo de espera, ingressar com a ação necessária, invocando, para tanto, a legitimação extraordinária. Caso algum familiar já tenha procurado a Instituição pelo mesmo motivo, a ação é proposta, observando-se os critérios legais da legitimação ordinária.

O *modus Operandi* desta operação consiste em preparar a instrução das ações, com a impressão da lista de espera em que figura o nome da(s) pessoa(s) em situação de hipervulnerabilidade, o diagnóstico e o tempo de espera na fila. No mesmo dia, estas petições são distribuídas, com remessa de informações ao Defensor Público Titular da Vara Cível (com atribuição para as causas de Fazenda Pública) para acompanhamento dos respectivos processos (ORDACGY, 2010). Este autor relata sua experiência em que:

Nos primeiros 30 (trinta) dias desde a implementação da prática, foram propostas 17 (dezesete) ações de obrigação de fazer em face do Poder Público Municipal, objetivando internação em UTI, e, em todas elas, a legitimidade extraordinária da Defensoria Pública foi reconhecida pelo Juiz titular da 4ª Vara Cível do município (Fazenda Pública). As ações foram despachadas no mesmo dia de sua distribuição, tendo sido concedida antecipação de tutela, determinando-se a imediata intimação dos réus (Município e Fundação Municipal de Saúde) para cumprimento da obrigação (ORDACGY, 2010, p. 61).

Dessa forma, é possível relatar experiências e benefícios institucionais alcançados com o processo de judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil em confronto com os direitos fundamentais do cidadão. É o caso de Pinto (2013), no projeto Trilhando Novos Caminhos. Este projeto tem demonstrado ser eficiente para o atendimento de pessoas em situação de hipervulnerabilidade, especialmente ao optar-se pela Legitimidade e apoio da Defensoria Pública, visando pleitear em nome próprio direito de terceiro necessitado, em situação de extrema urgência e vulnerabilidade, como é o caso das pessoas aguardando vaga de internação em leito de Unidade de Tratamento Intensivo, em salas de urgência de hospitais públicos.

Em virtude da prática desse projeto, com notória repercussão social, há um fortalecimento do direito do cidadão, que sedimenta no campo jurídico, além da sua legitimidade para ação civil pública, uma outra vertente de atuação no desempenho do papel de instituição garantidora de direitos e de promoção dos direitos humanos. Deve ser destacado, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (acima transcrito) que dá base para a fundamentação da legitimidade extraordinária da Defensoria Pública, relatada na peça processual padrão elaborada pela Defensoria para deflagrar os processos judiciais em favor das pessoas vulneráveis: “ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade” (PINTO, 2013, p. 49).

Pode-se esperar em fim que projetos dessa tipologia tenham efeito multiplicador e seja adotado por outros defensores públicos no Brasil, contribuindo, assim, para a melhoria da saúde pública nacional e aperfeiçoamento do processo de judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil em confronto com os direitos fundamentais do cidadão.

Ressalte-se, por último, que a judicialização da saúde pública visa conferir dignidade humana, principalmente, aos cidadãos hipervulneráveis. De igual modo, o

referido fenômeno não viola a separação dos poderes, mas sim, evidencia a colaboração entre eles, uma vez que, conforme aponta Dimoulis (2008) *apud* Lenza (2014, p. 544) a separação dos poderes, em primeiro lugar, visa alcançar o seu objetivo “impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de duas decisões”.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho perseguimos resposta à questão do modo como pode ser entendido o processo de judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil em confronto com os direitos fundamentais do cidadão. Podemos dizer que, nessa hipótese de trabalho, atualmente ganha relevo no direito pátrio e no direito comparado, o exame da possibilidade de que o Judiciário, ao acolher pretensões individuais ou coletivas concretas, possa intervir nas políticas públicas de saúde, em instância que seria de competência precípua do Legislativo e do Executivo, para obter a realização concreta dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, inclusive dos chamados direitos prestacionais.

Essa hipótese de trabalho foi confirmada na medida em que tal invasão de competência de atendimento pelo Judiciário de tais preceitos entra em conflitualidade com outros princípios e valores igualmente assegurados pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional. Podemos citar, por exemplo, o princípio da legalidade orçamentária e o princípio da independência entre os Poderes da República. Isto porque as políticas públicas são, na previsão constitucional, definidas e estruturadas pelo Poder Legislativo, executadas pelo Poder Executivo e instrumentalizadas através do orçamento público.

Pensando na realidade de que, no mundo atual, são cada vez mais crescentes as necessidades de interesse público e igualmente crescente a insuficiência de recursos para o atendimento adequado e que a todas essas necessidades, põe-se frequentemente a questão de que a concretização, por decisões judiciais, dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, há que ser relativizada pela chamada reserva do “Financeiramente possível”.

Entretanto, é possível que o Poder Judiciário atue de forma a auxiliar e colaborar com o Poder Legislativo e o Poder Executivo, o que, por si só, não implica em violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a judicialização ou

o ativismo judicial em relação ao direito à saúde representa uma forma de garantia a dignidade humana.

Com base em tudo que aqui se discutiu, é acertado dizer que o mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Tal entendimento, objetivo de nossa investigação, mostra sua importância em nosso país, pois o número de ações judiciais que se baseiam na defesa do direito à saúde, na medida em que afeta o próprio direito à vida, concretizado no exame de casos extremos e urgentes.

Por outro lado, cumpre mencionar que esse ativismo judicial no deferimento de pretensões individuais nesse setor, não estritamente alicerçadas na comprovação da necessidade e da urgência de atendimento excepcional, pode ser até mesmo fruto de fraudes. A ocorrência cada vez mais frequente de tais postulações nem sempre procedentes, conduz à necessidade de que se redobrem as cautelas das autoridades judiciárias no seu exame, à luz dos princípios constitucionais e das realidades fáticas pertinentes.

A moderna doutrina pátria, com base nas lições do direito comparado, e a mais recente orientação de nossa jurisprudência, sobretudo dos tribunais superiores, têm defendido, ante tais impasses, a necessidade da ponderação de princípios, com respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, a partir do exame concreto de cada caso, bem como do exame criterioso das condições da realidade fática.

Resta-nos aguardar que, a partir da recente realização de uma audiência pública pelo STF bem como das postulações para edição de súmulas vinculantes a respeito, que a Suprema Corte adote uma orientação uniforme para a atuação do Judiciário no enfrentamento do problema. Entende-se que o Judiciário é indispensável, sendo mesmo assim, o caminho mais viável para proteger direito fundamental não observado pela Administração Pública.

Concluindo, entende-se que o Poder Judiciário deve ser um instrumento de defesa dos direitos e das garantias dos cidadãos, pois sempre que o Judiciário estiver atuando para preservar um direito fundamental previsto na Constituição, ou para dar cumprimento a alguma lei existente, ele estará legitimado a agir, pois ele estará cumprindo um dos objetivos da nossa República e de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista de Doutrina TRF4**. 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais - Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80**, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 132**, de 07 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL, **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

CARVALHO, Newton Teixeira. **Teoria da Justiça – Rawls**. Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/uploads/2099.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. 2001: s.v, n. II e n. III, p. 135-144, 2001-2002.

LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos: desafios ao poder judiciário. UNESP, **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2013: v. 2, n. 1 p. 50-63, jan./jun. 2010.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Brasília: Juspodivm, 2010.

PIMENTA, Maria Lucia dos Santos. A judicialidade dos direitos sociais no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.48, n.78, p.45-63, jul./dez. 2011.

PINTO, Marcos José; RODRIGUES, Wilimar Benites. Uma visão crítica sobre a concessão judicial de medicamentos. **Revista de Ciências Jurídicas Sociais da UNIPAR**. Umuarama: v. 16, n. 2, p. 181-200, jul./dez. 2013.

RAMOS, Luciana de Oliveira. **O uso dos precedentes pelos Supremo Tribunal Federal em casos de fornecimento de medicamentos**. Orientador (a): Virgílio Afonso da Silva. 2005. 29f. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, Escola de Formação, São Paulo, 2005.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à Justiça e efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006>. Acesso em: 26 maio 2017.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**. Juiz de Fora: v. 01, n. 04, p. 44-57, out./nov. 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.