



ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A QUEBRA DOS PRINCÍPIOS SENSÍVEIS E ORGANIZATÓRIOS DO ESTADO BRASILEIRO

Edilene Lôbo¹
Frederico Dutra Santiago²

RESUMO

Pretende este artigo analisar a atuação do serviço público de saúde brasileiro frente à justicialidade concretizadora de tal direito humano submetido às forças democráticas definidoras da política pública relacionada. Para tanto, serão tratadas questões constitucionais e infraconstitucionais pertinentes a direitos sociais e políticas públicas, bem como questões processuais garantidoras destes, revelando objetivo deste trabalho. O conflito de princípios fundamentais atinentes aos direitos e garantias fundamentais serão explorados e equacionados sob a técnica de otimização de princípios e da ponderação de valores, segundo método dedutivo-exploratório de fontes imediatas jurídico-formais, onde se desvendará grave equívoco da jurisprudência dominante relacionada a este assunto.

Palavras-chave: Política pública; Saúde pública; Ativismo judicial; Serviço Único de Saúde; Federalismo.

JUDICIAL ACTIVISM AND RIGHT TO HEALTHCARE BREACH OF SENSIBLE AND ORGANIC PRINCIPLES OF THE BRAZILIAN STATE

ABSTRACT

The intention is to analyze the Brazilian health-care-system performance as it faces the fulfilling justiciability of such human-right subordinated to the public-policy defining democratic forces; to achieve that constitutional and infra-constitutional matters related to social rights, public-policies and procedural matters as guarantees will be addressed. The conflict between fundamental principles related to fundamental rights and guarantees will be explored and analyzed under the principles optimization technique and “values balancing” following the exploratory-deductive method over formal legal direct sources, showing severe mistake of the jurisprudence.

Keywords: Public-Policy; Public-Health; Judicial-Activism; Universal-Health-Care-System; Federalism.

1. INTRODUÇÃO

Atual e relevante é a discussão sobre direitos sociais e políticas públicas pertinentes, máxime numa sociedade ainda tão desigual como a brasileira.

¹ Doutora em Direito Processual (PUCMINAS). Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Especialista em Processo Penal (CASTILLA LA-MANCHA). Professora do Mestrado e da GRaduação em Direito da Universidad ede Itáúna. Advogada.

² Mestre e especialista em Direito. Professor da Graduação em Direito da Universidade de Itáúna. Procurador do Município de Itáúna.





Malgrado tenha sido constituído o Estado com a finalidade de garantir segurança à comunidade nacional (MALUF, 1998, p. 317), segurança militar no Estado antigo e medieval, e, modernamente, segurança jurídica e social, a idéia de propriedade privada dificulta o atingimento de uma comunidade de iguais materialmente falando (GRAU, 2002, p. 16).

A essencialidade da igualdade dos homens, biologicamente analisada, perde na perspectiva econômica da acumulação de bens e honrarias, fazendo surgir a distinção social (SMITH, 1999, p. 59-72). Nesse contexto, pretende o Estado moderno, com as políticas públicas, resgatar virtudes pessoais, dignificando o ser, concretizando direitos imanentes à condição humana. O indivíduo, ao conhecer-se a si mesmo, exercendo em plenitude o direito à vida, passa a integrar o grupo social enquanto sujeito, e a busca por respeito e iguais oportunidades fá-lo agir como ator em uma vida coletiva (TOURAINÉ, 1999, p. 220-225). A luta para inclusão de si no contexto social ou pela inclusão de novos direitos, dos quais as gerações dos direitos humanos bem representam, é uma das facetas do Estado democrático de direito.

À medida em que se deslocam os limites dos direitos eleitorais, sente-se a necessidade de deslocá-los mais; pois, após cada nova concessão, as forças da democracia aumentam e as suas exigências crescem com o seu novo poder. A ambição daqueles que deixamos abaixo das condições mínimas irrita-se em razão direta do grande número daqueles que se acham acima. A exceção afinal transforma-se em regra; as concessões sucedem-se sem detença, e não se interrompem mais. (TOCQUEVILLE, 1962, p. 51-52)

O *status civilis* dos romanos ou *vita activa* dos gregos (ARENDDT, 2001, p. 20-26) torna-se uma preocupação do Estado moderno, especialmente contemporâneo, imbuído de ações inclusivas e garantistas, denominadas políticas públicas. Por meio dessas ações e garantias é que se almeja alcançar o outro desiderato estatal, consistente no desenvolvimento sustentável societal (MILARÉ, 2015, p. 81-83).

Na seara do acesso e gozo de todos ao banquete da vida (NOGUEIRA, 2003, p. 228-230), implementou-se no Brasil um sistema de seguridade social que se pretende universalista tanto na cobertura quanto no atendimento, tal qual se vê pelo art. 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal.

Ocorre que referida universalidade, analisada no viés da saúde pública, objeto circunscrito desta pesquisa, deverá ser conduzida segundo interesse público primário (JUSTEN FILHO, 2011, p. 121), respeitados princípios sensíveis do Estado brasileiro



(BULOS, 2014, p. 429-432), como os apresentados no art. 34, VII, “a” (regime democrático) e art. 60, § 4º, incisos I (forma federada) e III (separação dos poderes), ambos da Constituição Federal; bem como os princípios organizatórios, como o previsto no art. 196 (políticas sociais e econômicas) e art. 198 (regionalização e hierarquização), ambos da Constituição Federal.

A despeito das considerações tecidas, o Poder Judiciário, no afã de concretizar direitos individuais, ainda que relevantes, como se reconhece com os que envolvem a saúde, tem vilipendiado outros tantos, de grandeza maior, afetando relações institucionais e alquebrando o interesse coletivo, termo de maior envergadura que o interesse público (JUSTEN FILHO, *idem*, p. 127).

Aqui se apresenta a problematização enfrentada neste artigo, abordada segundo método dedutivo-exploratório de fontes imediatas jurídico-formais (BITTAR, 2002, p. 17, 146-147). Considerando a amplitude do volume de ações judiciais, de debates nacionais, locais e regionais, associado às teorias que gravitam no entorno do assunto, assim como a intensa produção literária no campo, tem-se a justificativa e importância do assunto.

Seu referente teórico perpassa a justiça social no Estado Democrático de Direito, atingível por meio de políticas públicas destinadas ao combate das desigualdades econômicas e sociais, sem desnaturação do poder público garantidor pela imposição desse dever a apenas parte dos entes estatais, violando competências constitucionais e processuais estabelecidas pelo modelo federalista adotado na Constituição.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS

Independentemente da ideologia econômica adotada pelo Estado-Nação, se liberal ou social, as ações estatais, fundadas no propósito de segurança, *latu sensu*, dos atores integrantes da comunidade, físicos e jurídicos, voltam-se a equacionar necessidades materiais e ideais, interesses subjetivos e objetivos, a competições e conflitos; este poder extroverso pode se dar pela via da coercibilidade ou do convencimento, mas sua externalização, via de regra, se faz por meio de políticas públicas, ilegítimas naquele caso ou legítimas neste.

Ainda que se transcenda as teorias racionalistas de justificação do Estado de Direito, e estribe-se na escola histórica (MALUF, *idem*, p. 65-78), haverá, na gênese institucional, a coexistência de duas funções básicas, a função de governo e a função administrativa

(MORAES, 2015, p. 493), aquela focada na política e esta nas ações efetivadoras do bem da vida desejado pela comunidade.

A função de governo exige sensibilidade do governante a fim de identificar as necessidades, interesses, competições e conflitos da comunidade; e, a função administrativa, almeja resolver as tensões, juridicizando condutas governamentais e/ou sociais. Nesse fórum é que se formam as políticas públicas, fundadas em uma decisão política, conformadas por um ato extroverso.

Para José dos Santos Carvalho Filho, em obra bastante densa, políticas públicas são:

As diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades. Vale a pena explicar o conceito. *Diretrizes* são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; *estratégias* correspondem ao *modus faciendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas; *prioridades* são as metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e *ações* constituem a efetiva atuação dos órgãos para alcançar seus fins. As *metas* constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem, na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes. Por fim, temos os elementos mobilizadores, ou seja, as causas responsáveis pelas políticas públicas. De um lado, as demandas sociais, políticas e econômicas, representando os fatos que, em determinado lugar e tempo, rendem ensejo à perseguição de metas específicas. De outro, os anseios das coletividades, que é o que resulta das vontades coletivas, vale dizer, os resultados que, efetivamente, podem causar satisfação às pessoas em geral. (SANTOS FILHO, 2008, p. 110-111)

Postas as bases para compreensão do que sejam políticas públicas, percebe-se, inobstante o presente trabalho se fundar em bases epistemológicas, a existência de políticas públicas desde a antiguidade. Em Gênesis, capítulo 2, versículo 18, quando se demonstrou a natureza do Homem como sendo um ser social: “não é bom que o homem esteja só”³. Por seu turno, a existência política do Homem, entendida como capacidade de persuasão e planejamento, é descrita em Gênesis, capítulos 41 (versículo 39), 46, 48, 53 e 54⁴.

³ Bíblia Sagrada: antigo e novo testamento. Traduzida por João Ferreira de Almeida. 4ª. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

⁴ Extraído da Bíblia Sagrada: antigo e novo testamento. Traduzida por João Ferreira de Almeida. 4ª. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009:

(...)

39. Depois, disse Faraó a José: Pois que Deus te fez saber tudo isto, ninguém há tão inteligente e sábio como tu.

(...)

46. E José era da idade de trinta anos quando esteve diante da face de Faraó, rei do Egito. E saiu José da Face de Faraó e passou por toda a terra do Egito.

47. E a terra produziu nos sete anos de fartura a mãos-cheias.



A função administrativa executada por José do Egito, sob a percepção e comando político de Faraó, possibilitou aos egípcios e seus vizinhos a satisfação de necessidades vitais. Contraponto que se faz à ação governamental de Faraó, numa visão contemporânea, é que a atividade estatal deve se submeter ao embate político-democrático a fim de legitimá-la à execução, dentro do panorama da divisão do poder estatal.

Na vertente de Estado democrático legitimador de políticas públicas, retrata Maria Ângela Siman:

Finalmente, há o modelo sistêmico, em que a política é definida como resposta de um sistema político a forças geradas no ambiente. O sistema político é o conjunto de estruturas e processos inter-relacionados que funcionam para produzir alocações de valores para a sociedade. O conceito de sistema implica uma série de instituições e atividades na sociedade que funcionam para transformar demandas em decisões imperativas requerendo suporte legitimador da sociedade como um todo. Implica também que os elementos do sistema são inter-relacionados, que ele pode responder a forças do seu ambiente e que fará isso para se autopreservar.

As forças que afetam o sistema político são os *inputs* e o ambiente é qualquer condição ou circunstância definida como limite externo ao sistema político. Os *outputs* do sistema político são alocações imperativas de valores do sistema, expressos como decisões e políticas públicas. (SIMAN, 2005, p. 35)

Nesse sentido, com o restabelecimento da democracia brasileira, as forças sociais de então conduziram o país ao estabelecimento de um estado garantista da cidadania, direcionando as funções de governo e administrativa a instituírem políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais. Nessa ambiência surge o Sistema Único de Saúde, previsto nos artigos 196 e 198 da Constituição, objeto do presente estudo.

3. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi um aperfeiçoamento da política de saúde até então vigente no Brasil. Antes da Constituição de 1988 a atenção à saúde era assegurada, exclusivamente, ao trabalhador, pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), e antes dele pelos Institutos de Assistência Médica e Previdenciária (IAPs) de algumas categorias profissionais (CASTRO, LAZZARI, 2008, p. 59-68). A massa de

48. E ajuntou todo o mantimento dos sete anos que houve na terra do Egito; e guardou o mantimento nas cidades, pondo nas cidades o mantimento do campo que estava ao redor de cada cidade.

(...)

53. Então, acabaram-se os sete anos de fartura que havia na terra do Egito,

54. e começaram a vir os sete anos de fome, como José tinha dito; e havia fome em todas as terras, mas em toda a terra do Egito havia pão.

indivíduos desempregados e os classificados como incapazes pelo Código Civil dependiam dos serviços prestados pelas Secretarias Estaduais de Saúde, segundo competência administrativa comum regulamentada por cada ente federado, desde a implantação da forma republicana-federativa de poder; pelas entidades de interesse público, como Santas Casas; e pelas entidades privadas. Tanto os serviços públicos quanto os privados desenvolviam ações, basicamente, curativas.

A despeito da existência de estudos indicativos de quatro tarefas primordiais da medicina desde a década de 40: a) promoção da saúde; b) prevenção da doença; c) recuperação do enfermo; e, d) reabilitação, as medidas governamentais nesta área tiveram grande avanço com o que se convencionou chamar de Carta de Ottawa, ocorrida em 1986, onde se registrou que a promoção da saúde deveria considerar, também, as dimensões socioeconômicas, políticas e culturais, trazendo consigo o ideal de sustentabilidade societal. Referido documento consignou ser pré-requisito para a saúde: a paz, a educação, a habitação, o poder aquisitivo, o ecossistema estável, a conservação dos recursos naturais e a equidade.

Assim, a partir da Carta de Ottawa, a Promoção da Saúde incorporou como método cinco grandes campos de ação, a saber: elaboração e implementação de políticas públicas saudáveis; criação de ambientes favoráveis à saúde; reforço da ação comunitária, desenvolvimento de habilidades pessoais; e reorientação dos sistemas e serviços de saúde. (MARTINS, 2008, p. 29)

O legislador constituinte sensibilizou-se às recomendações internacionais em saúde (*inputs*) e direcionou o Estado brasileiro a uma nova política pública na área em questão (*outputs*), criando o Sistema Único de Saúde segundo diretrizes expostas no artigo 196 e prioridades prescritas no artigo 200, também da Constituição.

A grande mudança sistêmica produzida no Brasil pós-Constituição de 1988 foi o estabelecimento da meta de universalidade assistencial. Assim, foi encerrada a fase Bismarkiana, de cunho liberal e securitária, que atendia apenas determinado grupo de indivíduos, para a implantação de uma política social-democrática, denominado sistema Beveridgeano (CASTRO, LAZZARI, *idem*, p.40-45), cuja proteção torna-se indistinta.

Tal situação reforçou o ideal de um Estado efetivamente democrático e valorizador de direitos humanos fundamentais, sob o prisma de dignificação da pessoa pela inclusividade e isonomia.

Importa destacar que este Estado de bem-estar social, positivador do direito a saúde como transindividual, adequou-se à figura deôntica do direito mencionada por Norberto



Bobbio (BOBBIO, 1992, p. 8), transformando a condição jurídica dos indivíduos integrantes da comunidade brasileira em detentores de direitos prestacionais oponíveis ao Estado.

Salta aos olhos, todavia, a inscrição feita no artigo 196 da Constituição, de que as ações governamentais em questão serão desenvolvidas segundo políticas sociais e econômicas. Esse registro pode levar o operador do direito ao crasso engano de dizer ser um direito sem efetividade, dada a visão programática da norma.

A despeito da contundente constatação de o direito a saúde depender de lei que regulamente a universalidade e isonomia assistencial, também é crível que todo o ordenamento constitucional tem um mínimo de eficácia, como salienta José Afonso da Silva (SILVA, 2001, p. 174-178).

Para o mestre constitucionalista:

Das normas programáticas, em geral, derivam vínculos para o legislador, para o administrador e para o juiz.

Uma situação subjetiva que, certamente, deriva, no nosso direito positivo, das normas programáticas é, pois, o dever jurídico de o legislador conformar-se a elas no desenvolvimento de sua competência. Há que exercer seu poder dentro de certos limites, de certo modo, não podendo exercê-lo de modo contrário e diverso do que tais normas indicam.

(...)

Já verificamos que as normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração, bem como a atividade jurisdicional. Essas atividades não podem desenvolver-se contra os fins e objetivos postos pelas normas constitucionais programáticas. Se isso ocorrer, manifesta-se um comportamento inconstitucional e o ato que daí deflui fica sujeito ao controle de constitucionalidade.

(...)

Aliás, a Constituição até reconhece como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório (art. 208, § 1º), norma que tem como contrapartida a responsabilidade da autoridade competente pelo não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público (art. 208, § 2º).

Tais normas programáticas encontram-se no limiar da plena eficácia. Tutelam interesses legítimos que são, como alguém já disse, direito subjetivo *in fieri*. (SILVA, 2001, p. 174-178)

Assim, para assegurar o direito essencial à vida e permitir ao indivíduo sua percepção enquanto sujeito social e ator na vida coletiva assegura-se um mínimo existencial, de natureza fundamental, no afã de produzir vida com dignidade.

Observa-se, por conseguinte, que a eficácia mínima do comando constitucional consignado no art. 196, voltado a assegurar o mínimo existencial individual, circunscreve-se, independentemente da lei regulamentadora, no que John Rawls (RAWLS, 2002, p. 96-106) chamou de bens sociais primários, apuráveis segundo critério de razoabilidade (CASTRO,

1989, p. 157-162), dentro de um sistema de oportunidades iguais, assentada na felicidade média e não total, identificáveis num contexto de posições sociais relevantes. Para Rawls:

As posições sociais relevantes especificam, então, o ponto de vista geral a partir do qual os dois princípios da justiça devem ser aplicados à estrutura básica. Desse modo, os interesses de todos são levados em consideração, pois cada pessoa é um cidadão igual e todos têm um lugar na distribuição de renda e riqueza ou no conjunto de características naturais fixas nas quais as distribuições se baseiam. É necessária uma certa seleção das posições relevantes para que se obtenha uma teoria coerente da justiça social, e as posições escolhidas devem estar de acordo com os seus princípios básicos. Selecionando os assim chamados lugares de partida, obedecemos à idéia de mitigar os efeitos do acaso natural e da contingência social. Ninguém se deve beneficiar dessas contingências, a não ser de maneira que redundem no bem-estar dos outros. (RAWLS, 2002, p. 106)

Surgem, *ipsu facto*, limites sociais, econômicos, jurídicos, estruturais e institucionais a direcionarem o agir Estatal, inclusive na função jurisdicional, quando do trato de direitos prestacionais como os de saúde, pois que o bem estar de um não pode prejudicar o bem estar de outros.

Inobstante a exeqüibilidade, *per si*, do comando constitucional em comento, nos limites acima tratados, há que se considerar que a própria Constituição determinou que a política pública em saúde será executada de maneira regionalizada e hierarquizada, conforme artigo 198, no formato de descentralização político-administrativa e por serviços (DI PIETRO, 2011, p. 420-424). Dito dispositivo tem cunho gerencial e harmonização direta com os artigos 23, inciso II, 24, inciso XII e 37, *caput*, da Constituição.

Certamente a intenção do legislador constituinte, ao estabelecer uma política regionalizada e hierarquizada, foi de respeitar o pacto federativo estampado no artigo 1º e de direcionar estratégias para atingimento dos objetivos previstos no artigo 3º, incisos III e IV, todos da Constituição.

Indubitavelmente não pensou o legislador constituinte em estabelecer esferas político-administrativas superpostas, deteriorando relações institucionais, tampouco permitiu realização de despesas públicas em descompasso a tal regionalização. Entender, executar, exigir ou determinar a política pública em questão sem observar questões básicas como as expostas, atenta contra o Estado de Direito e contra o próprio cidadão, pois que a Administração Gerencial é “(...) orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados (...)” (PEREIRA, SPINK, 1998, p. 28) de maneira “satisfacente” (FERRAZ, 1999, p. 104).

Clarividente que o Estado que satisfaz as necessidades básicas de sua comunidade, na perspectiva de ideal médio e não otimizante tende a alocar recursos públicos com respeito



a um planejamento territorial e orçamentário-financeiro, pois as demandas pretendem o ótimo mas os recursos permitem apenas o que satisfaz à maioria democrática.

Com efeito, a intervenção pública, sobretudo quando estratégica, pressupõe a definição (e quantificação) de objetivos e de medidas capazes de os concretizar, bem como a afectação de meios materiais, financeiros e outros, de modo escalonado no tempo, isto é, a existência (formalizada ou não) de um planejamento. (SANTOS, GONÇALVES, MARQUES, 1999, p. 250).

O federalismo de equilíbrio (RAMOS, 1998, p. 81), desejado pela Constituição Federal nos artigos 3º, inciso III, 25, § 3º e 43, viu-se densificado pelos artigos 7º, inciso IX e 8º *caput*, ambos da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990.

A regionalização e hierarquização dos serviços de saúde previstos na Constituição tornou-se uma realidade gerencial com as prescrições reportadas. A prestação dos serviços de saúde pelos Entes Federados, submetida a uma complexidade crescente das demandas, importa, ineludivelmente, a um sistema planificador da ação governamental que não condiz com uma interpretação gramatical isolada da primeira parte do artigo 196 da Constituição Federal (a saúde é dever do Estado) e se estabelecer um regime obrigacional prestacional universal solidário entre os Entes da federação. O direito transindividual à saúde foi contextualizado e condicionado (artigo 121, *mutatis mutandis*, do Código Civil brasileiro) às políticas públicas estabelecidas e à regionalização do sistema, consoante artigo 198.

Ressalta Cario Mario da Silva Pereira que:

Para que se possa vislumbrar a solidariedade é de mister que haja a concorrência de mais de um credor, ou de mais de um devedor, ou de vários credores e vários devedores simultaneamente. Em segundo lugar, aponta-se a unidade objetiva: se cada um dos devedores estiver obrigado a uma prestação autônoma ou a uma fração da *res debita*, ou vice versa, se cada um dos credores tiver direito a uma cota-parte da coisa devida, não há solidariedade, que sempre foi incompatível com o fracionamento do objeto. *Pluralidade subjetiva e unidade objetiva*: é da essência da solidariedade que numa obrigação em que concorram vários sujeitos ativos ou vários sujeitos passivos haja unidade de prestação, isto é, cada um dos credores tem o poder de receber a dívida inteira, e cada um dos devedores tem a obrigação de solvê-la integralmente. (PEREIRA, 1994, p. 58)

O mesmo autor, em outra passagem de sua obra leciona:

A classificação das obrigações em divisíveis e indivisíveis não tem em vista o objeto, porém este em atenção aos sujeitos, ou um deles, já que seu interesse somente se manifesta quando ocorre pluralidade subjetiva. Pode-se, em linhas gerais, dizer que são *divisíveis* as obrigações suscetíveis de cumprimento fracionado, e *indivisíveis* as que somente podem cumprir-se na sua integralidade. Em verdade, o que divisível ou indivisível não é a obrigação, mas a prestação. Por metonímia,

contudo, fala-se em divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação. (PEREIRA, 1994, p. 50)

O legislador constituinte, ao prescrever que a saúde é um dever do Estado nos termos das políticas sociais e econômicas estabelecidas, delegou ao legislador infraconstitucional a materialização deste direito fundamental, que será exigido de maneira solidária somente na hipótese de inexistente um regramento específico, pois que o Estado, incluindo-se o Judiciário, à norma se submete; existindo esta, a prestação deverá ser executada segundo a vontade social ali registrada, mesmo que a prestação passe a ser divisível, ou fracionariamente definida as responsabilidades de cada Ente federado. Neste caso, não haverá mais solidariedade. Complementa a posição submissa do Estado à norma, as lições de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

No Direito Positivo brasileiro, o princípio continua a ser rotulado de “legalidade” e é posto como direito fundamental do indivíduo (art. 5º, II, da Constituição da República), enquanto o princípio da “legalidade administrativa”, aqui referido, preferencialmente como da “juridicidade”, está posto no art. 37, daquele documento magno. A razão desta dúplica articulação é que há uma dupla fundamentação e conteúdo daquele princípio.

No primeiro caso se tem a legalidade, cujo titular é o indivíduo; no segundo tem-se a juridicidade que se impõe ao administrador público, e o seu titular é o cidadão.

A juridicidade assegurada no capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos é *direito*, desdobramento da opção constituinte democrática, e o seu fundamento está na liberdade do indivíduo. Tudo o que por lei não é restrito à liberdade individual mantém-se na esfera de escolha ilimitada do titular. Somente a lei formal pode inibir a atuação livre do indivíduo.

A “legalidade” determinada no capítulo constitucional da Administração Pública é *dever*. Também aqui se tem um desdobramento da eleição constituinte democrática. Mas o fundamento desta “legalidade” administrativa está exatamente na ausência de liberdade da Administração Pública, mais ainda, na pessoa que administra o bem do público. (...)

Não lhe sobre outro espaço para agir, porque ela não existe além do Direito. É este o seu berço e o seu túmulo, o seu começo e o seu fim. A liberdade, que fundamenta a legalidade individual e inexistente na pessoa de Direito, impede que a juridicidade administrativa seja como aquela e possa existir além do que consta como sua competência no ordenamento normativo. (ROCHA, 1994, p. 81-82)

As fontes da juridicidade estatal, constringendo o agir estatal, alargam a noção da legalidade estrita e entronizam no ordenamento jurídico a legalidade material (MALBERG, 1948, p. 285-289), devidamente autorizada, *in casu*, pelos artigos 12 a 14-B, da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990.

Assim, cumprindo a estratégia da política pública de saúde, ou seja, o *modus faciendi*, surgem as várias Portarias governamentais, espécies normativa, que estabelecem competências operacionais para a gestão do SUS. Exemplificativamente podem ser citadas as



que dispõem sobre o pacto pela saúde, política de assistência farmacêutica, política para aquisição e dispensação de medicamentos de alto custo, atendimento no campo da obesidade, tratamento e prevenção do câncer, tratamento de doença neurológica, dentre outras, onde se encontram espaços delimitados para as ações públicas dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, sem qualquer intenção de unidade objetiva.

As normas suscitadas, aprovadas em conformidade com o artigo 198, inciso III (participação da comunidade), artigo 7º, incisos VIII (participação da comunidade) e XIII (organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos), bem como artigo 14-A, parágrafo único, inciso I (conselhos comunitários), da Lei nº 8080/90, reforçam o papel democrático, legitimador e vinculante do agir administrativo, judicial e social.

Anthony Giddens, investigando sobre a legitimação do poder estatal, corrobora com seus estudos a perspectiva cidadã da Constituição, demonstrando que o agir do Estado democrático está submetido à vontade da maioria, adotando, algumas vezes, a participação social direta por meios de organizações para criar políticas governamentais (GIDDENS, 2001, p. 217-219).

Ainda na perspectiva de submissão do Poder Estatal à vontade popular, discorre Amélia Cohn:

Visando-se sistematizar as abordagens que vêm sendo propostas sobre a rearticulação das relações Estado-sociedade, recorre-se a Grau (1996), que aponta uma delas como sendo *neoconservadora*; vale dizer, aquela que preconiza a ampliação da esfera de ação da sociedade a partir da negação do Estado, dentro das normas institucionais vigentes. Neste caso, como já apontava Lechner (1981), a consequência seria uma desmobilização e uma despolitização sociais. Pois essa vertente, em certo grau, recusa a característica inerente ao Estado, que vem a ser a política, constituindo a desmobilização e a despolitização do social e a retração das instituições políticas. Uma segunda abordagem sugerida por Grau aponta a direção oposta: a busca da ampliação da democracia política e social como diretriz para a rearticulação das relações entre Estado e sociedade civil, colocando no centro do debate as dimensões da igualdade, da justiça social e da solidariedade, num processo de ampliação da esfera pública. Neste caso, estar-se-ia enfatizando a ampliação da democracia política e social como instrumento civil, tendo como eixo exatamente o fortalecimento da dimensão pública da vida social no próprio processo de rearticulação da relação Estado-sociedade civil. (COHN, 2013, p. 449-450)

A igualdade de acesso à saúde, galgada democraticamente de maneira direta ou indireta, e entronizada na vida da população por meio de políticas públicas juridicizadas, reflete organicidade e harmonização à sustentabilidade tanto do sistema jurídico-institucional como econômico-social.

Ululante, pois, a submissão do Poder Público à divisão de tarefas, ações ou prestações estabelecidas democraticamente para os Entes federados, respeitante o cumprimento das prioridades estabelecidas na política de saúde pública brasileira, segundo critério de regionalização e hierarquização, afastando-se o discurso, indistinto, de solidariedade passiva na obrigação prestacional da saúde.

Nesse ponto ocorre estrangulamento da política pública em saúde pelo Judiciário, pois que este, quando o Executivo, em seus diversos níveis (federal, estadual ou municipal), não atende a determinadas demandas sociais, aduzindo a divisão de competências federalistas, determina ações positivas ao fundamento de uma pseudo-solidariedade, ao arrepio das normas constitucionais, legais e infra-legais incidentes.

Essa interferência do Judiciário na execução das políticas públicas asseguradoras de direitos fundamentais passou a ser denominada de ativismo judicial (OLIVEIRA, 2015, p. 159-169).

4. ATIVISMO JUDICIAL

O Estado de Direito, caracterizado pela divisão das funções do poder estatal – Executivo, Legislativo e Judiciário –, na busca da paz social, impõe a substituição dos indivíduos, quando em conflito, por um terceiro, equidistante às partes, a fim de promover justiça (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1994, p. 125).

A expectativa de pacificação social, quando conflituosa a situação, ou na iminência de sê-lo, art. 5º, XXXV, resvala no Poder Judiciário, sendo certo que a atuação finalística deste é exercida por meio do processo, ativado pelo direito fundamental de ação. Referido direito, entretanto, poderá ser praticado quando constatados elementos que permitam o processamento do feito – pressupostos processuais -, bem como outros que desvendam condições para análise do pedido apresentado. A esse respeito lecionava Chiovenda desde o século passado:

Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. Variam segundo a natureza do pronunciamento. Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1º a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º a *qualidade*, isto é, a identidade da



pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º o *interesse* em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos.

(...)

Por *pressupostos processuais*, como vemos, compreendem-se as condições para a obtenção de um pronunciamento qualquer, *favorável* ou *desfavorável*, sobre a demanda.

Para haver sentença sobre a demanda, de recebimento ou de rejeição, necessita-se um órgão estatal regularmente investido de *jurisdição*; que esse órgão seja objetivamente *competente* na causa e subjetivamente capaz de julgá-la; que as partes tenham capacidade de ser parte e a capacidade processual. (CHIOVENDA, 2000, p. 89-91)

Certamente que o artigo 196 da Constituição Federal estabeleceu direito obrigacional de fazer pelo Estado em favor do indivíduo, pensado na perspectiva difusa, coletiva, individual homogênea ou, simplesmente, individual. Há, aqui, o estabelecimento de uma relação jurídica onde a sociedade, uma classe de pessoas ou o indivíduo são tidos por credores e o Estado devedor. A falta de cumprimento espontâneo do dever prestacional em saúde pelo Estado autoriza aos credores acionarem o Judiciário em busca de decisões condenatórias determinativas assecuratórias do direito vindicado.

A *quaestio iuris* surgida em processos cujo autor discute direitos individuais homogêneos ou onde se maneja espécies processuais em que se vislumbram simplesmente direitos individuais é a de se estabelecer o sujeito passivo da demanda.

Frisou-se acima que o Judiciário tem interpretado, pacificamente, que o dever à saúde é solidário entre os Entes federados e que, portanto, são estes tidos como sujeitos passivos, em eventuais demandas, de maneira individual ou conjunta.

Importa, todavia, objetar de tal posicionamento com base no direito posto, conforme já salientado supra; nos ensinamentos de Cario Mário da Silva Pereira e, também, no que se passa a expor, demonstrando que, grande parte das demandas em saúde não respeitam o pressuposto processual básico de legitimidade da parte passiva.

Luiz Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, em profícua análise sobre a judicialização excessiva do direito à saúde, destacou que o Judiciário “deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido” (BARROSO, 2009, p. 228), em particular “se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa” (BARROSO, 2009, p. 228).

Mas, como não poderia deixar de ser, no ponto que interessa, ressaltando a distribuição das competências dos entes estatais como técnica de organização também para

prestação de serviços essenciais, Barroso adverte que “[a] atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes Federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões” (BARROSO, 2009, p.231). Como diz, não fosse assim, haveria ineficiência na prestação dos serviços de saúde, desperdiçando-se dinheiro, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para se fazer as mesmas tarefas. (BARROSO, 2009, p.232).

Tocando o ponto nevrálgico da confusão de competências, que mais serviria à classe média ao invés de aos pobres, hipossuficientes destinatários principais das políticas públicas de saúde, Barroso ressalta que nas ações individuais buscando medicamentos, deve-se ater à competência de cada ente a partir das respectivas listas, sem que se imponha a solidariedade *a forceps*. (BARROSO, 2009, p.245). Até porque geraria, como vem ocorrendo, o efeito inverso, de sobrecarga do ente mais próximo do povo, o municipal, favorecendo os demais, Estado e União, mais inacessíveis, emperrando a execução adequada da política.

Assim, Barroso anota os parâmetros a serem observados, para que se garanta efetividade à política em questão sem sobrecargas e violações processuais:

O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima. Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a *políticas sociais e econômicas*, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático. Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamentos que não consta da lista em questão enfrenta todo esse conjunto de argumento jurídico e práticos. (BARROSO, 2009, p. 247-248)

Observa-se, pois, que as ações judiciais intentadas contra Entes federados cuja competência, diante das normas materiais e formais incidentes, não incluem a prestação



desejada, importam em ineludível ilegitimidade da parte passiva e acabam por acarretar a execução adequada da política pública vindicada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para garantia da máxima efetividade do direito fundamental à saúde, ante questões de ordem material expostas neste trabalho, como a regionalização do SUS, e processuais, também de grandeza constitucional, como o acesso à justiça e o devido processo legal, é crucial que se respeitem as competências dos órgãos públicos responsáveis pela prestação da política pública em tela.

Visto isso, insta reconhecer a ocorrência de tensão entre princípios de natureza fundamental-constitucional, equacionáveis pela técnica da ponderação de valores.

Ao se estabelecer a meta de universalização de atendimentos e usuários na política pública de saúde, direcionou-se o agir estatal ao compartilhamento de responsabilidades, de cunho solidário quanto à meta, mas divisível na ação concreta. Esse sistema criado coexiste, perfeitamente, com o propósito de subsidiariedade nas relações obrigacionais *ex lege*.

Apesar da timidez do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento da questão de responsabilidade na condução das ações praticadas dentro do Sistema Único de Saúde, seguindo o binômio solidariedade e subsidiariedade, encontram-se vestígios dessa tratativa em julgados ali realizados, como no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/Ceará, sessão de julgamento em 17/03/2010, e no Recurso Extraordinário nº 875.178/RG/Sergipe, sessão de julgamento em 05/03/2015, referentes importantes para formação da jurisprudência no sentido defendido.

A judicialização da saúde, no contexto de colisão entre direito à saúde e regionalização, e de direito à saúde, acesso à justiça e devido processo legal, é totalmente conciliável se enfrentado dentro da relação processual com o manejo do instituto do litisconsórcio, cabendo ao juízo, inclusive, destaca-lo para que se corrija, na eventualidade de se entrever a falta. Não se trata de litisconsórcio necessário, mas na eventualidade de ingresso de ação judicial contra o Ente Público que não detém a competência específica, haverá inépcia da ação por falta de pressupostos de constituição válidos, cabendo ao juízo determinar correção prévia, para aproveitamento do ato.



Lado outro, utilizando-se o interessado da figura do litisconsórcio facultativo, haverá execução contra o responsável discriminado na política pública e, na hipótese de não atendimento ao reclamo, o prosseguimento de medidas constritivas e executórias contra os outros Entes, cuja responsabilidade é subsidiária em relação àquele e solidária entre si.

Esta solução, coexistência de responsabilidade solidária e subsidiária, otimizadora dos preceitos constitucionais em jogo, não é novidade para o mundo jurídico, pois que aplicável no campo do direito empresarial, tal qual disposto no art. 1024 do Código Civil brasileiro.

A coexistência de responsabilidades federativas solidárias e subsidiárias apuradas em decisões determinativas sobre direitos prestacionais ajusta-se, também, ao princípio da menor onerosidade da execução, pois que respeitante da técnica do orçamento programa.

Consequentemente infere-se ser possível a harmonização de direitos fundamentais materiais e processuais relacionados à concretização da política de saúde pública sem prejuízo do federalismo de equilíbrio. Lado outro, a prática do ativismo judicial negligente aos princípios constitucionais sensíveis e organizatórios resvala no Estado de Direito, alheio à cidadania, à democracia, ao federalismo, à separação dos poderes, ao acesso à justiça, ao devido processo legal, aos princípios do planejamento e equilíbrio orçamentários, bem como à eficiência administrativa.

Logo, decisões judiciais que se sustentam violando ou ignorando a Constituição, regente do sistema de direitos fundamentais, à guisa de justificar garantia de um outro direito, não serve ao paradigma estabelecido.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BBLIA SAGRADA: antigo e novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. 4ª ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

BITTAR, Eduardo C.B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.





- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARDOSO JR., José Celso. BERCOVICI, Gilberto (Orgs.). *República, democracia e desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Vol. 10. Brasília: IPEA, 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana. ESTEVES, Júlio César dos Santos. DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107-125.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- COHN, Amélia. A participação social e os conselhos de políticas públicas: avanços e dilemas na institucionalização da relação Estado-sociedade no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Orgs.). *República, democracia e desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Vol. 10, Brasília: IPEA, 2013, p. 447-464.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- GIDDENS, Anthony. *O Estado-Nação e a violência: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico*. São Paulo: EdUSP, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MALBERG, R. Carre de. *Teoria general del Estado*. Pánuco: México, 1948.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MARTINS, Wal. *Direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a interpretação judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OLIVEIRA, Ramon Tácio de. *Ativismo judicial: multiplicidade de sentidos*. Curitiba: Prismas, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Forense, 2002.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SANTOS, Antônio Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda. MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- Bíblia Sagrada: antigo e novo testamento. Traduzida por João Ferreira de Almeida. 4. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SIMAN, Maria Ângela. *POLÍTICAS PÚBLICAS: a implementação como objeto de reflexão teórica como desafio prático*. Tese apresentada ao Programa de Doutorado em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2005.
- SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.