

RECEBIDO EM: 28/09/2017

APROVADO EM: 24/10/2017

A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE SAÚDE: EM BUSCA DA REAL EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL

*THE SYSTEMATIC AND TELEOLOGICAL INTERPRETATION OF THE
FEDERAL CONSTITUTION IN THE JUDICIAL HEALTH DEMANDS:
IN SEARCH OF THE REAL EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHT*

Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

*Possui pós graduação *latu sensu* em Direito Privado pela Universidade Gama*

Filho (2009). Atualmente é Procurador do Município - Procuradoria Geral

do Município de Maceio e Advogado, atuando como Procurador Chefe da

Especializada Judicial. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito

Constitucional, Administrativo, Cível e Trabalhista.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Justiciabilidade do direito social à saúde; 2 A interpretação constitucional; 3 A ineficaz interpretação atual do Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo propõe-se ao estudo da crescente judicialização da saúde no Brasil, a partir de uma perspectiva da hermenêutica constitucional, sobretudo à luz da interpretação sistemática e teleológica. Por meio de revisão bibliográfica, através de análise doutrinária e jurisprudencial, pretende-se analisar qual método interpretativo o Judiciário pode adotar, a fim de que seja, objetiva e racionalmente, concretizado o direito à saúde. Com a investigação dos cânones tradicionais da interpretação que podem ser usados na hermenêutica constitucional, verificou-se que a interpretação sistemática e teleológica pode ser utilizada para concretizar o direito fundamental à saúde e alinhar o sistema de direitos sociais da Carta de 1988. Adotando-se este vértice interpretativo, aliado à análise pelo Poder Judiciário do regramento infraconstitucional do SUS, o Estado terá como, efetivamente, se organizar para prestar o serviço de saúde de forma mais adequada e com qualidade, aprimorando o fluxo dos procedimentos administrativos necessários à realização deste direito fundamental social tão questionado nos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Judicialização. Interpretação constitucional. Métodos. Concretização.

ABSTRACT: The present article proposes the study of the increasing judicialization of health in Brazil, from a perspective of constitutional hermeneutics, especially in light of the systematic and teleological interpretation. Through a bibliographical review, over a doctrinal and jurisprudential analysis, intends to analyze which interpretative method the Judiciary can adopt, in order to be, objectively and rationally, concretized the right to healthcare. With the investigation of the traditional canons of interpretation that can be used in constitutional hermeneutics, it has been found that systematic and teleological interpretation can be used to realize the fundamental right to health and to align the system of social rights of the 1988 Charter. Adopting this interpretative vertex, with the analysis by the Judiciary Branch of the infraconstitutional regulation of the Unified Health System, the State will effectively organize itself to provide the health service in a more adequate and quality way, improving the flow of the administrative procedures necessary to carry out of this fundamental social right so questioned in the courts.

KEYWORDS: Health. Judicialization. Constitutional interpretation. Methods. Systematic. Teleological. Concretion.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 rompe com o paradigma positivista de ordens constitucionais anteriores, retomando os valores de equidade e justiça para o sistema jurídico e concedendo força normativa aos princípios que, ao lado das regras, passam a ter natureza cogente. A Carta alcança papel de destaque no ordenamento jurídico, tornando-se a Lei Fundamental que regerá a interpretação de todas demais leis e atos normativos, ganhando supremacia e força normativa, irradiando os valores por todo ordenamento jurídico e ordenando fins que devem ser perseguidos para a efetivação de direitos (BARROSO, 2013, p. 92).

Os direitos sociais positivados, considerados até então meros projetos e programas de governo, passam a ser considerados normas de natureza cogente e impositiva em face do Estado e dos cidadãos, dotados de eficácia direta e aplicabilidade imediata, através de prestações positivas estatais para a sua concretude. A Lei Maior deixa de ser dirigente e torna-se garantista, tendo como maior desafio a efetividade de seu extenso rol de direitos fundamentais.

Entretanto, ainda não se atingiu a concretude dos direitos garantidos na Carta. Para ilustrar isso, atente-se para a pesquisa realizada pela Datafolha, encomendada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que verificou que seis em cada dez brasileiros consideram a saúde do país como ruim ou péssima, enquanto este qualificador foi de 54% dos entrevistados ao avaliar o Sistema Único de Saúde (SUS). O instituto avaliou ainda a porcentagem dos entrevistados que deram nota zero e cinco para a saúde no país, em uma escala de zero a dez, e obteve os seguintes resultados: 24% pontuaram zero para a saúde em geral e 20% deram cinco, enquanto 18% atribuíram zero para o SUS e 19%, cinco (DATAFOLHA, 2015).

Diante desta ineficiência dos serviços e ações de saúde, ocorreu um aumento do quantitativo da judicialização deste direito fundamental, como bem demonstra pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que se constatou a elevação do total de processos julgados em 2012 em relação a 2011. Por exemplo, os Tribunais de Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Norte apresentaram aumento respectivo de 118.225, 132.561 e 21.384 processos julgados em relação ao ano anterior (CNJ, 2015, p. 39).

Com a judicialização em massa das demandas da saúde, as cortes firmaram entendimento acerca da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito fundamental social, não necessitando a presença de

todos nos polos passivos da lide, bastando apenas uma entidade responsável pela execução do serviço. Ocorre que, na prática, a judicialização continua a aumentar, pois, além das deficiências do Poder Público na prestação do serviço, a solidariedade, sem a demarcação das competências e atribuições de cada ente, agrava a desorganização administrativa e emperra os fluxos criados pelo Estado para uma melhor prestação das ações de saúde.

A concessão indiscriminada de liminares em face do Estado e a realização de bloqueios de contas públicas, com o intuito de resguardar o direito à saúde dos demandantes, demonstra uma microvisão equivocada que o Poder Judiciário detém da efetivação dos direitos sociais, não exercendo uma visão macro das políticas públicas das edilidades para concretizar os demais direitos sociais. A consequência desta conduta é observada pelo desequilíbrio do sistema e pela garantia parcial, deixando de lado a concretização de direitos de uma massa necessitada.

Diante disso, verifica-se que a interpretação literal da Constituição Federal não concretiza o direito fundamental à saúde, já que não cumpre sua máxima efetividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Logo, faz-se salutar uma revisão das técnicas e métodos interpretativos nesta seara, a fim de que se alcance um melhor meio de interpretação que conceda mais efetividade ao direito social fundamental, preservando a vida dos indivíduos, a manutenção e a melhoria dos serviços públicos de saúde.

1 JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

O direito fundamental à saúde, garantido na Constituição Federal no rol dos direitos sociais do artigo 6º, é considerado por Alexy (2014, p. 499) como direito a prestação em sentido estrito, já que se trata de um direito do indivíduo em face do Estado a algo que aquele, se tivesse meios financeiros ou ofertas suficientes no mercado, poderia também obter de particulares.

Sarlet (2008) defende que o direito a saúde, além de ser uma prestação em sentido estrito, encontra-se sob a lógica do art. 5º, § 1º, da Lei Maior, em que pese não constar da listagem dos direitos individuais e coletivos daquele dispositivo, devendo ser outorgada a máxima eficácia e efetividade possível, e ser levada em conta a necessária otimização dos princípios e direitos fundamentais envolvidos, à luz do caso concreto. Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo-se do Poder Público prestações materiais para o seu cumprimento (KRELL, 1999, p. 240).

A Carta de 1988 instituiu deveres à Administração Pública de concretizar os direitos sociais mediante políticas públicas, que devem ser elaboradas e implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo de cada ente federativo. Krell (1999, p. 241) leciona que em um sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas efetivações, de acordo com as alternativas escolhidas pelo eleitorado periodicamente. A legitimidade para a apreciação dos fatores econômicos visando uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe especialmente aos órgãos políticos e legislativos.

Krell (2012, p. 143) define as políticas públicas como um conjunto articulado de ações, decisões e incentivos que busca alterar uma realidade, em resposta a demandas e interesses envolvidos. A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis, existindo delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos (KRELL, 1999, p. 241). É através do orçamento público que o Estado irá veicular as políticas públicas e concretizar os direitos sociais esculpidos na Constituição Federal.

Oliveira (2008) identifica o orçamento como instrumento de programa de governo, pelo qual há de se demonstrar não apenas a elaboração financeira, mas também a orientação do governo, razão por que adquire caráter político. A peça orçamentária não é mais vista como uma lei meramente autorizativa, na qual figura previsão de entradas e gastos públicos, sem responsabilidade com a programação dos projetos sociais e a vida financeira do país. O orçamento passa de mero instrumento de previsão de receitas e despesas para plano de governo.

No caso brasileiro, o Poder Executivo encaminha projeto de lei orçamentária contendo as políticas públicas a ser incrementadas no âmbito de seu ente federativo, indicando o orçamento disponível que será despendido para a concretização dos direitos fundamentais estampados nas referidas políticas. O Poder Legislativo, por sua vez, como mandatário do povo, aprova o referido orçamento, podendo realizar emendas e autorizando o Executivo a efetivar as políticas públicas ali consignadas.

Entretanto, os recursos financeiros são escassos, e ao encaminhar os projetos de lei para os parlamentos, os governos realizam escolhas difíceis, decidindo em quais áreas fundamentais irão realizar maiores investimentos. Neste ponto, é importante destacar a figura do orçamento participativo, instrumento de democratização das relações povo-governo,

no qual a participação da sociedade descentraliza a tomada de decisões do chefe do Executivo, abrindo espaço para o debate democrático acerca das necessidades mais urgentes solicitadas pela população local.

Contudo, uma vez ineficazes as políticas públicas escolhidas pelos representantes, o que ocasiona a ineficiência dos direitos sociais e a prestação defeituosa de serviço público, subsiste a possibilidade de ajuizamento de demandas judiciais exigindo-se a contemplação do direito subjetivo a prestações sociais. À medida que uma questão, seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (BARROSO, 2009, p. 4). Cabe ao Poder Judiciário, no ordenamento jurídico constitucional vigente, como forma de efetivar estes direitos, analisar a interpretação das normas constitucionais e legais que veiculam as políticas públicas.

Pode-se indagar se a atuação judicial no controle das políticas públicas não afrontaria a cláusula pétrea da Separação dos Poderes pelo fato de o Judiciário invadir a competência do Executivo e do Legislativo para tratar sobre a matéria, o que desequilibraria o sistema de freios e contrapesos dos poderes republicanos. Todavia, afigura-se prudente uma revisão do dogma da “separação dos poderes” em relação ao controle dos gastos públicos e à prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social e Democrático de Direito, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de assegurar um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A legitimidade dos tribunais para tomar decisões politicamente sensíveis não pode ser negada com o argumento de que os juízes não são escolhidos pelo voto popular, já que não se pretende substituir a esfera político-representativa por aquela de ordem funcional (KRELL, 2012, p. 172), mas sim efetivar os direitos sociais e garantir a força normativa da Constituição.

Krell (2012, p. 152) entende que o ativismo na ordem jurídica brasileira deve ser moderado, não havendo nenhum tipo de dificuldade contramajoritária, já que a obrigação de agir foi assentada nas normas jurídicas constitucionais e ordinárias. O ativismo moderado concede ao Judiciário uma interpretação mais expansiva da Constituição e um papel mais proativo e racional na concretização dos direitos fundamentais constantes na Carta (KRELL, 2012, p. 151).

A rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha e de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que for mais correta e mais justa à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e lhe confere uma legitimação específica (BARROSO, 2009).

2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Krell (2014, p. 297) afirma que o Direito é uma ciência pragmática e orientada a decisões práticas, sendo indispensável que mantenha constante contato com a realidade social. A prática diária da aplicação do direito exige uma fundamentação objetiva racional e socialmente aceita das decisões, com a ligação estrita do texto legal com o resultado de sua aplicação sua efetividade (KRELL, 2014, p. 298).

A possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é questão fundamental à própria cientificidade do Direito, pois a racionalidade é vista na ciência jurídica como ciência normativa, evidenciada pela correção de suas assertivas, o que faz com que se aproxime do sentido de justiça das decisões.

A questão da aplicação das normas jurídicas é evidenciada especialmente na construção da decisão jurídica, quando o aplicador da norma deve demonstrar como chegou a determinada conclusão sobre os fatos e a interpretação das normas e critérios utilizados para tanto. Motivar as decisões judiciais contribui para torná-las aceitáveis; isso é particularmente relevante nas sociedades pluralistas, que não consideram legítimas as decisões com traços autoritários (ATIENZA, 2003).

A densidade dos problemas jurídicos, que necessariamente envolvem valores, impediria uma lógica formal baseada na noção de silogismo utilizada no positivismo. Atienza (2003), ao citar Robert Alexy, informa que o filósofo alemão defendia a ideia de que a argumentação racional deve ser a base das decisões dos juízes, porquanto essencial não só para o caráter científico da jurisprudência, bem como para a legitimidade das decisões judiciais, rejeitando parcialmente o raciocínio lógico formal e apontando quatro óbices ao silogismo puro: a) imprecisão da linguagem do direito; b) possibilidade de conflito entre normas; c) possibilidade de casos que não se encaixem em nenhuma norma válida; e d) possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie textualmente um estatuto.

A retórica revela-se o mais tradicional meio para se defender uma pretensão de verdade baseada no provável e no que é aceito pelo senso comum, contra uma pretensa certeza científica, representando um “procedimento de conhecimento científico capaz de fundamentar racionalmente suposições e dotá-las de validade intersubjetiva” (KRELL, 2016, p. 249-251). Esse autor defende que a argumentação jurídica dirige-se ao auditório do Direito, que só pode ser convencido por argumentos jurídicos racionais.

Krell (2014, p. 302-303) justifica a utilização da metódica como forma de tornar o discurso jurídico racional, objetivando ao máximo possível as decisões judiciais, diminuindo os seus espaços de vagueza e subjetividade. Isso não significa negar a carga de subjetividade que existe nas decisões jurídicas, bem como a observância de padrões morais que o aplicador do direito carrega consigo. A presença dos métodos tradicionais de interpretação permite o controle da racionalidade da decisão, evitando eventuais arbitrariedades e tomadas de decisões em sentimento subjetivo de justiça do intérprete (KRELL, 2014, p. 302-303).

Barroso (2009, p. 18) argumenta que a conexão entre os mundos da política e do direito concede à interpretação constitucional uma inevitável dimensão política, porém constitui uma tarefa jurídica que se sujeita aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. As decisões não podem ser alheias às consequências políticas que podem gerar, inclusive para obstar resultados injustos e inconstitucionais. Deve-se agir dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico e de forma racional.

Os quatro cânones da interpretação jurídica são os seguintes: a) literal ou gramatical; b) sistemática; c) histórica; d) teleológica. Krell (2014, p. 303-306) apresenta cada método, extraíndo sua função interpretativa. A primeira interpretação é o ponto de partida do trabalho jurídico, já que a letra da lei revela as prescrições vinculantes ao seu aplicador. A interpretação sistemática baseia-se nas ideias de consistência e de coerência, conjuntamente com a unidade sistemática, em uma ordem complexa, desenvolvida e pluralista. Quando houver dúvidas acerca do significado do texto legal, o intérprete pode socorrer-se com a interpretação histórica, a fim de averiguar a intenção de seu autor e o contexto do momento em que a lei fora produzida. Por fim, o elemento teleológico está relacionado à responsabilidade do intérprete pelo alcance de um resultado correto e justo para o caso concreto a ser decidido.

Barroso (2013, p. 91) afirma que a interpretação deve levar em consideração o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas - constitucionais ou infraconstitucionais (interpretação sistemática) -, sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos de seu processo de criação (interpretação histórica).

Krell (2014, p. 308) defende que as regras interpretativas clássicas fomentam a produção de decisões plausíveis por meio de exposições racionais de argumentos. O método a ser escolhido para a realização da interpretação dependerá da intuição ou do sentimento jurídico do intérprete, desde que lhe permita antever o resultado que considera o mais efetivo na concretização do direito fundamental perseguido, razão pela qual método e resultado estão umbilicalmente relacionados de forma complexa no processo hermenêutico (KRELL, 2014, p. 309). Esta escolha não é realizada de forma aleatória, necessitando de fundamentação racional. Por isso, esse autor defende a ponderação entre argumentos metódicos para se chegar a uma decisão racional e bem justificada, já que, a depender das situações fáticas e jurídicas possíveis, um método pode levar a um resultado, enquanto outro pode levar a um resultado totalmente diferente (KRELL, 2014, p. 313).

Entretanto, não se nega que qualquer decisão judicial carrega consigo marcas de subjetividade, até porque o direito não é uma ciência da natureza, mas uma ciência social aplicada. A ponderação formulada por Alexy é considerada um método racional e de controle intersubjetivo e previsível da decisão (SILVA, 2011, p. 367); nela, através de uma demonstração argumentativa, o aplicador buscará garantir a objetividade da interpretação, expondo os argumentos dos pontos subjetivos de forma racional, a fim de alcançar a justeza do veredito.

Silva (2005, p. 142) defende que os cânones de interpretação formulados por Savigny valem também para o Direito Constitucional. Analisando os princípios e métodos de interpretação constitucional, o referido autor percebeu que se trata de métodos civilistas rebatizados e de máximas sem maiores significados além daqueles que o bom senso do intérprete já requereria (SILVA, 2005, p. 140).

Silva (2005, p. 130) esclarece sua afirmação ao demonstrar que o princípio do efeito integrador formulado por Hesse na interpretação constitucional nada mais é do que a aplicação do princípio da unidade e da interpretação sistemática em conjunto com a ideia de força normativa da Constituição, pois efeito integrador implica conceder efetividade ótima (força normativa) à unidade político- constitucional (unidade da Constituição),

e esta última é uma reafirmação do método clássico da interpretação sistemática e uma confirmação de que este vale na interpretação constitucional (SILVA, 2005, p. 127).

Entretanto, o que se assiste atualmente é à produção de decisões judiciais com interpretação deficiente, porquanto não concretizam os direitos fundamentais albergados na Carta, apenas os declaram existentes no ordenamento jurídico, emitindo comandos que na realidade fática são inexecutáveis e revelando a inefetividade daqueles no direito brasileiro.

3 A INEFICAZ INTERPRETAÇÃO ATUAL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) 855.178, fixou a tese de que o tratamento médico adequado aos necessitados insere-se no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados. Pode figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados insere-se no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.

A partir desta decisão, em caso de necessidade de tratamento de saúde, a ação, individual ou coletiva, poderá ser proposta em face dos três entes federativos conjuntamente, ou de cada um, isoladamente, não havendo a obrigação de chamar ao processo as demais entidades solidárias. Trata-se de interpretação literal dos artigos 6º, 23, II, 196 e 197 da Constituição Federal.

Da leitura dos dispositivos, conclui-se que a promoção da saúde é dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que será regulamentado, fiscalizado e controlado nos termos da lei. O texto constitucional, portanto, expressamente autoriza o legislador ordinário a organizar a prestação deste serviço, de modo a conferir racionalidade e eficiência ao sistema.

A Lei 8.080/90, que disciplina em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado, efetua a repartição de competências em matéria de saúde entre os três entes federativos de acordo com a complexidade do tratamento (arts. 16, 17 e 18), tanto no aspecto preventivo quanto no curativo, preconizando a regionalização e a hierarquização dos serviços, autorizando ainda a cada ente dispor por normas infralegais acerca das técnicas, procedimentos médicos, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (art. 7º).

Entretanto, o entendimento uníssono da jurisprudência brasileira é o de que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.

A Suprema Corte do país apresenta algumas ponderações no caso de fornecimento de medicamentos, tendo delimitado alguns limites no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

O ministro Gilmar Mendes sustentou três exigências para o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Primeiramente, havendo política pública que abranja a prestação de saúde requerida pela parte, o Judiciário apenas determina o seu cumprimento, hipótese em que há direito subjetivo à sua execução. Em seguida, deve ser verificado se o fármaco pleiteado possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pois é vedado à Administração Pública fornecer medicamento sem registro, salvo quando há dispensa em virtude de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. Por fim, a prestação à saúde pleiteada deve ter evidência científica suficiente

para a sua utilização. Caso o SUS forneça tratamento alternativo, a ele deve ser dada prioridade, exceto se for provado que por razões específicas o tratamento fornecido não é eficaz ao paciente.

Quando restar configurada a inexistência de políticas públicas e não se tratar de tratamentos puramente experimentais, pode-se questionar, por ações individuais ou coletivas, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas. Percebe-se que esta interpretação conferida pelo ministro em nada altera o entendimento cristalizado pela Corte Suprema acerca da solidariedade dos entes públicos na prestação do serviço de saúde. O julgador, inclusive, autoriza os órgãos judiciários a conceder tutelas individuais para efetivar o direito, a depender das peculiaridades do caso concreto e de seu juízo de ponderação.

O resultado desta interpretação é revelado pela ineficiência das decisões judiciais nas demandas que protegem o direito à saúde, especialmente devido à microvisão do Poder Judiciário, que concede tutelas específicas indiscriminadamente. Há, inevitavelmente, a interferência negativa no plano governamental de ações e serviços que são oferecidos à população como um todo (macrovisão), pois retira verbas de destinações mais amplas para cumprir com as determinações judiciais.

A gestão dos recursos públicos e a visão transversal das políticas públicas não são de conhecimento do Estado-juiz, de forma que decisões que ordenam cumprimento de tutela de saúde em favor de determinado indivíduo, sem analisar a repartição de competências da Lei 8.080/90, pode não só comprometer a integridade das políticas públicas de saúde, como também de outros domínios. Pesquisa realizada pelo CNJ, intitulada “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências”, verificou a predominância da litigação individual em detrimento das ações coletivas, reforçando a ideia de que a microlitigação é um dado relevante em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde (CNJ, 2015, p. 43).

Sarmiento (2008, p. 556) segue a mesma linha de pensamento; argumenta que, cada vez que uma decisão judicial concede uma prestação material a um indivíduo, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais, já que “cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa”. O autor ainda defende que os direitos sociais não contariam com uma dimensão subjetiva, não ensejando, portanto, a exigibilidade de quaisquer

prestações positivas pelos seus titulares, mas apenas um controle judicial da razoabilidade das políticas públicas implementadas para realizá-los (SARMENTO, 2008, p. 566).

Para exemplificar sua afirmação, Sarmento (2008, p. 582) descreve o caso *Grootbom*, julgado pela Corte Constitucional Sul-Africana, no qual se discutiu a possibilidade de controle da razoabilidade das políticas públicas voltadas à moradia; era necessário, no momento, incluir medidas emergenciais focadas nas pessoas em situação de carência desesperadora (*desperate need*).

O Tribunal determinou que a política fosse reformulada de modo que contemplasse medidas de alívio imediato daquelas pessoas, sem, entretanto, adentrar no mérito da política pública, ou seja, decidir quais as providências que deveriam ser efetivamente tomadas, diferentemente do que ocorre no Brasil, na judicialização dos direitos sociais, em que a tutela deferida é uma ordem específica para satisfazer o direito, que muitas vezes se demonstra ineficaz. Sarmento (2008, p. 583) relata que para a fiscalização da execução de sua decisão, a Corte Sul-africana designou um órgão técnico independente (*Human Rights Commission*), de reconhecida expertise e prestígio no país em matéria de direitos sociais, para a tarefa de supervisionar a elaboração e a implementação do novo programa.

De acordo com o entendimento dos autores, resta claro que o Judiciário não deve se ater somente à microvisão da judicialização da saúde, ainda que seduzido pela enxurrada de ações individuais propostas diariamente. Deve-se levar em conta a análise macro da situação exigida judicialmente, ou seja, a razoabilidade ou não da decisão, para todos aqueles que se acham em situação similar à do autor; caso contrário, além de malferir a isonomia dos necessitados pelo serviço, prejudica-se a administração da política pública e o fluxo para a concretização do direito, como será a seguir evidenciado.

A inobservância do regramento infraconstitucional do Sistema Único de Saúde (SUS) gera tumulto administrativo e bloqueios de verbas públicas para a execução das liminares, sangrando as contas que poderiam atender às inúmeras demandas da sociedade. Souza Neto (2008, p. 528) acentua que a atuação judiciária na concretização de direitos sociais desorganiza a Administração Pública, já que, ao invés de se voltarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, os administradores dedicam-se ao atendimento de demandas individuais.

Barroso (2009, p. 16) já advertia que o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. Os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas também as implicações decorrentes das decisões para o andamento regular da gestão pública. “Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui” (BARROSO, 2009, p. 17).

Diante deste cenário de ausência de efetividade do direito fundamental à saúde, que por comando normativo tem aplicação imediata, saudável é a reformulação da interpretação constitucional desta garantia de forma racional, com o fito de concretizá-la no plano real. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, até mesmo para impedir resultados injustos ao bem comum ou aos direitos fundamentais; somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p. 18). Tais limites são os cânones interpretativos, os denominados métodos tradicionais, que auxiliam na produção das normas jurídicas extraídas dos textos constitucionais e legais.

Observa-se que a atual interpretação constitucional do direito à saúde é lastreada na literalidade do texto constitucional e na declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que delimitem responsabilidades e competências entre os entes federados no tratamento da saúde. Entretanto, já se apontou a ineficácia deste tipo de interpretação, devido à ineficiência de realização do direito em seu maior grau possível.

Souza Neto (2008, p. 541) leciona que os direitos sociais são vistos como um sistema uno, pois em diversos contextos são intercambiáveis e sua visão sistemática garante condições de vida digna. A Carta de 1988, por abrangente, não especifica os tipos de tratamento de saúde existentes, tampouco sua complexidade. É fato que os juízes não detêm capacidade e conhecimento técnico específico para melhor julgar o tratamento. A capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Barroso (2009, p. 16) entende que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. O Executivo e o Legislativo, por outro lado, detêm capacidades institucionais para tomar decisões mais informadas nesse âmbito, já que

possuem expertise técnica e orçamentário-financeira para efetivar o direito fundamental.

Devido à sistematicidade dos direitos sociais, a interpretação sistemática revela-se essencial ao cumprimento da Constituição. A observância do regramento infraconstitucional que discrimina as entidades que detêm as condições financeiras e técnicas para a real concretização do direito fundamental à saúde revela-se imprescindível, não permitindo que a microvisão da judicialização da saúde se sobreponha à macrovisão, que alberga o fluxo e a organização administrativa das políticas públicas de saúde do Estado. Caso contrário, será apenas uma decisão judicial inexecutável e simbólica, podendo ser atentatória contra o bem maior de todos: a vida.

Barroso (2013, p. 94) traz como princípio instrumental da interpretação constitucional o da efetividade, consubstanciado na realização do direito, na atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Ao se realizar apenas uma interpretação literal dos artigos 6º, 23, II e 196 da Constituição Federal, não se observa a efetivação desse princípio, pois não há a concretização do direito social à saúde em sua maior medida possível, o que acarreta violações a este direito e aumenta a desorganização administrativa para cumprimento da tutela.

Os suportes legais das políticas públicas podem estar positivados em normas constitucionais, leis e atos infralegais nos três níveis da federação, instrumentos consensuais e contratos do setor privado, como concessões (KRELL, 2012, p. 144). Além das normas constitucionais e legais existentes, há os acordos e convênios de cooperação entre os entes federados que autorizam a gestão associada de serviços públicos preconizados no art. 241 da Lei Maior, planejando a repartição das competências dos serviços de saúde com vistas a prestá-los de uma forma adequada; estes devem ser considerados na interpretação judicial para concretizar o direito.

Ao realizar uma interpretação sistemática, e teleológica das normas, na medida em que o fim perseguido pelo intérprete é o alcance de um resultado correto e justo para o caso a ser decidido, o Judiciário, através de um ativismo moderado, deve analisar quais normas são compatíveis com o regramento constitucional do SUS.

Pelo princípio da presunção da constitucionalidade de leis e atos normativos, Barroso (2013, p. 93) define que não podem os tribunais e

juízes declará-los inconstitucionais quando a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, ou existindo tese razoável para a preservação da norma, seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder, e existir interpretação alternativa possível, que afirme a compatibilidade da norma com a Constituição, quando se utiliza a técnica de interpretação conforme a Constituição.

A delimitação de competências entre os entes federativos nos tratamentos de saúde, em tese, não afronta a Constituição Federal e não deve ser inobservada e rechaçada do sistema jurídico pelo Poder Judiciário, pois organiza a Administração Pública a prestar o serviço na melhor qualidade possível. Entretanto, eventuais normas e cláusulas contratuais, de convênios ou congêneres, que esvaziem a obrigação do Estado em prestar o serviço podem ser consideradas inconstitucionais por violarem a jusfundamentalidade e a obrigatoriedade do Poder Público em garantir o direito à saúde a todos. Destaca-se que o próprio artigo 197 da Constituição autoriza o Poder Público, nos termos de lei, a dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde; entende-se que o Estado pode definir a atribuição de cada ente no tratamento da saúde preventiva e curativa, de acordo com sua complexidade técnica e financeira.

Souza Neto (2008, p. 546) afirma que a judicialização das políticas sociais depende de decisões construídas horizontalmente, a partir da interlocução permanente entre magistrados, administradores, técnicos, universidades e associações da sociedade civil, em conjunto com “a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá”.

Krell (2012, p. 140) observa que os altos gastos de verbas públicas provocados pela judicialização da saúde têm dificultado e até inviabilizado a realização de benfeitorias ou outros melhoramentos dos serviços de saúde nos estados e municípios. Explana que vários estados, seguindo a Recomendação 31 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 30.3.2010, instituíram unidades de apoio técnico para coibir eventuais abusos e racionalizar o atendimento das demandas da saúde.

Urge a superação da interpretação literal da Constituição Federal pelo Poder Judiciário com relação ao tratamento de saúde fornecido pelo SUS, podendo ser utilizados os cânones da interpretação sistemática e teleológica, para o fim de concretizar o direito fundamental à saúde e salvaguardar a vida de todos, da sociedade e dos Poderes Públicos. Com

a adoção deste vértice interpretativo, o Estado terá como, efetivamente, se organizar para prestar o serviço de forma mais adequada, sem a interferência indiscriminada do Judiciário, portador de uma microvisão da judicialização que não se mostra atenta aos desequilíbrios de fluxo e à organização das políticas públicas de saúde em sua visão macro.

4 CONCLUSÃO

O direito social à saúde é considerado fundamental, dotado de aplicação imediata pela Constituição de 1988, a qual deixou de ser dirigente e tornou-se garantista. Entretanto, ainda não se alcançou a concretude dos direitos sociais assegurados na Carta, mormente devido à ineficiência das ações e serviços de saúde no país, o que gerou um aumento do quantitativo da judicialização deste direito fundamental.

Com a judicialização em massa das demandas da saúde, as Cortes firmaram entendimento acerca da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito fundamental social, não se fazendo necessária a presença de todos nos polos passivos da lide; basta apenas uma entidade responsável pela execução do serviço. Todavia, na prática, a judicialização aumentou, pois, além das deficiências do Poder Público na prestação do serviço, a solidariedade, sem a delimitação das competências e atribuições de cada ente, agrava a desorganização administrativa e obstrui os fluxos criados pelo Estado para a melhor prestação das ações de saúde.

Verificou-se que este entendimento acerca da solidariedade dos entes nas prestações das demandas de saúde fora produzido pela interpretação literal da Constituição Federal, que ainda não concretiza referido direito fundamental. Razão disso são as concessões indiscriminadas de liminares em face do Estado e a realização de bloqueios de contas públicas, com o intuito de resguardar o direito à saúde dos demandantes. Isso revela uma microvisão equivocada que o Poder Judiciário detém da efetivação dos direitos sociais, em detrimento da concretização dos demais direitos sociais.

A prática diária da aplicação do direito exige uma fundamentação objetiva, racional e socialmente aceita das decisões, atentando-se para a ligação estrita do texto legal com o resultado de sua aplicação e efetividade. A presença dos métodos tradicionais de interpretação permite o controle da racionalidade da decisão, evitando eventuais arbitrariedades e a tomada de decisões em sentimento subjetivo de justiça do intérprete. As decisões não podem ser alheias às consequências políticas que podem gerar, até

mesmo para obstar resultados injustos e inconstitucionais. Deve-se agir dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico e de forma racional.

A interpretação sistemática e teleológica pode ser utilizada para concretizar o direito fundamental à saúde e alinhar o sistema de direitos sociais da Carta de 1988. Com a adoção deste vértice interpretativo e a análise, pelo Poder Judiciário, do regramento infraconstitucional do SUS, o Estado terá como, efetivamente, se organizar para prestar o serviço de saúde de forma mais adequada e com qualidade, aprimorando o fluxo dos procedimentos administrativos necessários à efetivação deste direito fundamental social tão questionado nos tribunais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Tradução de SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

ATIENZA, Manuel. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. , 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática*. Net, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 2 de jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. 142 p.

DATAFOLHA, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1693244-para-6-em-cada-10-brasileiros-saude-no-pais-e-pessima.shtml>>. Acesso em: 24 out. 2015.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF>> Acesso em: 2 jun. 2016.

KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque et al. (Orgs.) *O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos*. v. 2. Recife: UFPE, 2012, p. 135-179.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito FGV*, São Paulo, jan./jun. 2014.

KRELL, Andreas J.; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Quaestio Iuris*, v. 9, n. 0. Rio de Janeiro, 2016. p. 244-277.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, I.W., TIMM, L.B. (Orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org). *Interpretação Constitucional*. 2. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO Jr., R.P. Barbieri, C.H.C. (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

