

**III CONGRESSO DE DIREITO DO
VETOR NORTE**

**DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA
CONSTITUIÇÃO**

A532

Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-000-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O GT de Direito Constitucional e Teoria da Constituição, realizado no II Congresso do Vetor Norte –FAMINAS-BH, no dia 22 de outubro de 2019, problematizou debates de temas que marcam a pluralidade da sociedade contemporânea marcada pela diversidade, desigualdade e marginalidade social.

O debate do princípio da igualdade passou por estudos realizados no âmbito processual, civil, tributário, econômico-financeiro, penal, processual penal, trabalho, processual do trabalho. Ou seja, forma problematizadas questões jurídico-constitucionais que afetam diretamente a sociedade brasileira, enaltecendo-se a importância da ciência do Direito em dar efetividade aos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte.

O estudo sobre o direito fundamental à liberdade marcou debates fundados na liberdade de expressão, cátedra, ir e vir, não sofrer qualquer restrição no direito de se manifestar e expor seus posicionamentos científicos, políticos e ideológicos. Outros direitos fundamentais, como a educação, saúde, filiação, meio ambiente também foram objeto de estudo fundado na crítica-epistemológica de um modelo de Estado Democrático.

Alex Ian Psarski Cabral

Evandro Sérgio Lopes da Silva

Silvio Teixeira da Costa

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, UMA ALTERNATIVA PARA SUA EFETIVAÇÃO.

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH, AN ALTERNATIVE FOR ITS EFFECTIVENESS.

Bruna Ferreira Rabelo de Castro ¹
Vinícius Biagioni Rezende ²

Resumo

Resumo: No presente trabalho, busca-se analisar a coerência em promover a judicialização do direito à saúde, com a necessidade/possibilidade de bloqueio em contas públicas como garantia à efetividade da saúde individual para quem necessita de medicamentos e tratamentos de alto custo não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde em detrimento do cumprimento das leis orçamentárias elaboradas pelo governo, que devem ser respeitadas. Questiona-se ainda, a legitimidade do judiciário para atuar nos processos que têm por objeto a imposição ao Estado para fornecimento de medicamentos ou tratamentos, pois daí depreende-se uma mistura dos poderes executivo e judiciário.

Palavras-chave: Judiciário, Saúde, Constituição, Reserva do possível, Mínimo existencial

Abstract/Resumen/Résumé

Abstract: In the present work, we seek to analyze the coherence in promoting the judicialization of the right to health, with the need / possibility of blocking public accounts as a guarantee of the effectiveness of individual health for those who need high cost medicines and treatments not provided By the Unified Health System to the detriment of compliance with government budget laws, which must be respected. It also questions the legitimacy of the judiciary to act in processes that have as their object the imposition on the state to provide medicines or treatments.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Health, constitution, Reserve of the possible, Existential minimum

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete

² Orientador

1.0 INTRODUÇÃO

O direito à saúde encontra-se positivado na Constituição da República em que se preconiza o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação do direito à saúde, assegurada a prioridade para as atividades preventivas

Entretanto, a hodierna situação sócio-política-econômica do país mostra uma realidade difícil, em que mesmo estando presente na própria constituição com a emenda nº86 de 2015 um mínimo para ser aplicável à saúde, ainda existem alguns tratamentos específicos e altamente custosos que o Estado não consegue efetivar.

Sendo assim, diante da dificuldade do poder executivo em cumprir com seu dever constitucional, o cidadão tem encontrado como forma de adquirir tais direitos, os processos judiciais, por meio dos quais visam através de uma tutela de urgência, o bloqueio de verbas públicas para assegurar este direito de extrema importância.

Este fenômeno, ficou conhecido por “judicialização da saúde” que consiste na provocação e atuação do Poder Judiciário visando a efetivação da assistência médica e farmacêutica.

Com isso, o judiciário passa a ser provocado indiscriminadamente, pelas vias jurisdicionais, para assegurar a prestação de atendimento médico e assistência farmacêutica, provocando assim, diversos impactos na política da saúde como também nos cofres públicos.

Portanto, diante do aumento de ações judiciais visando a efetivação desses direitos e a limitação orçamentária existente, o Estado tem utilizado a seu favor a teoria da reserva do possível, para justificar a omissão no cumprimento das obrigações prestacionais, baseado na ausência de recursos.

No estudo, busca-se evidenciar que a reserva do possível é legítima, mas deve ser observado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, dado um cenário atual escassez de recursos, entretanto o mínimo existencial deve ser observado pois não pode sofrer limitações por parte do Estado.

Ultrapassada esta premissa, abordar-se-á, inicialmente, os direitos fundamentais e os sociais, com um enfoque no direito social a saúde, os princípios a ele inerentes.

Em seguida, discutir-se-á a dificuldade de o julgador não extrapolar o limite da separação dos poderes, visto que o poder judiciário não pode legislar.

Dessa forma, já que o mínimo existencial de um indivíduo separadamente pode encontrar barreiras na reserva do possível, vez que pode retirar verbas para efetivação de

direitos que abrangem coletividade, fica-se o questionamento, será que seria justo favorecer um único indivíduo em detrimento da coletividade?

2.0 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

Segundo Marcelo Novelino (2016, p. 267), entende-se por direitos fundamentais aqueles que tem o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana , portanto são aqueles que estão consagrados e positivados na Constituição de cada país, podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada Estado, uma vez que são analisados através de um contexto histórico e cultural de cada sociedade.

Nesse sentido, acompanha o Brasil com suas peculiaridades, sendo devidamente inscritos na Carta Magna de 1988 os direitos fundamentais de todos os cidadãos do país, sejam eles natos ou naturalizados. Tais direitos estão subdivididos em três núcleos principais, quais sejam: direitos individuais e coletivos, direitos sociais e da nacionalidade e direitos políticos.

Os direitos sociais, foram contemplados na Constituição da República Federativa do Brasil como sendo aqueles de 2ª dimensão, e segundo Bitencourt Marcondes, desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão proferido em 31 de janeiro de 2019:

Apresenta dupla vertente: de um lado, consubstanciam-se em mandamentos de natureza negativa, impondo à coletividade o dever de abstenção de atos que frustrem sua efetivação; por outro, apresentam-se como exortação a um Estado protecionista, para fomentar implementações positivas.

Conceitua-se o direito a saúde a partir do referencial teórico de Alexandre de Moraes (2018, p. 1144), como sendo um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação conforme consta na Constituição em seu art. 196, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Portanto, o direito a saúde, é um rol de direitos, que pode-se descrever com sendo de normas programáticas, dependentes, ou seja, é necessária uma legislação para se dar efetividade a ela e assim requerer sua exigibilidade.

2.1 PRINCÍPIOS INERENTES À SAÚDE

O direito à saúde encontra-se compreendido no rol de direitos fundamentais, e sabe-se, não se trata de um rol taxativo, estando diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

Atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se outro consagrado na Constituição Federal, que mesmo sendo implícito é de extrema importância para a população, qual seja, o princípio do mínimo existencial, que se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não seria possível viver como gente. É aquele onde são garantidas as condições mínimas para a vida, portanto, abrange o conjunto de prestações materiais necessárias e essenciais para todo ser humano ter uma vida digna.

Nesse sentido aduz Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.

Nessa visão protecionista e humanitária da Constituição Federal, ao se falar do mínimo existencial faz-se necessária a referência a uma teoria que é apontada perante o judiciário pelos procuradores, qual seja, o da reserva do possível, que surgiu com a falta de recursos por parte do Estado para fazer frente ao leque grande e variado de direitos fundamentais garantidos a todos, sem qualquer distinção.

Para Andreas Krell (2008, p.570):

Reserva do possível é entrelaçar da efetivação dos direitos sociais frente a razoabilidade da universalidade das prestações exigidas, sem desconhecer dos recursos financeiros disponíveis.

Destarte, quando o Estado se depara com a necessidade de prestar um direito fundamental amparado pelo mínimo existencial como a saúde, é criado um alerta de que deve ser observada a reserva orçamentária que lhe é disponível, ou seja, o Estado realiza somente o que está dentro da sua capacidade econômica e possibilidade financeira, sendo prudente estar em consonância ao previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, que regula as receitas e

despesas e que prevê sanções ao administrador público caso este descumpra os limites e imposições previstas.

Assim sendo, o artigo 198 da Constituição da República traça as diretrizes para as ações e serviços públicos de saúde.

Isto posto, mesmo o quadro normativo não seja no geral impositivo, existem receitas que tem finalidades próprias, diante disso, existe uma vinculação de receitas, que no final acaba tornando o orçamento “impositivo”, do ponto de vista de recursos arrecadados.

2.2 SAÚDE E JUDICIÁRIO

A saúde por possuir caráter programático, deve o Estado, desenvolver programas para que esse direito seja garantido a cada indivíduo.

Nesse sentido leciona Gilmar Mendes e Paulo Gustavo (2017, p. 581):

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, pode violar o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível

No entanto, constata-se que as verbas destinadas à saúde têm se mostrado insuficientes, haja vista, por exemplo, a situação em que se encontram os hospitais da rede pública. Diante disso, muitas são as ações judiciais ajuizadas no sentido de obrigar que o Poder Público arque com as despesas de determinado tratamento, disponibilize leito em hospital particular diante da falta de vagas na rede pública, ou até mesmo forneça medicamento de alto custo para garantir a vida de determinado indivíduo.

Entretanto ao obrigar o Estado ao fornecimento de medicamentos ou cirurgias não contemplados pelo Sistema único de Saúde, este encontra uma restrição, qual seja da separação dos poderes.

3.0 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra obstáculo no modo de positivação do art. 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos que executam as políticas públicas.

Art. 196 – A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (**negritei**).

Segundo José Adércio Leite Sampaio (2013, pg. 652):

Os sistemas constitucionais e a disfuncionalidade da representação política levaram à percepção generalizada de que são os juízes e não os políticos ou a administração pública, quem salvaguarda os interesses da cidadania. Essa percepção, embora com algum embotamento teórico e prático, obriga responsabilidade redobrada ao Judiciário, inclusive de atender a expectativas de “progresso dos direitos”, principalmente no sentido de sua máxima efetividade. O complicado é realizar essa tarefa, sem invadir as esferas de competência de outros poderes.

Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional.

Através desse pensamento, cita-se um artigo muito importante da nossa Constituição da República:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Diante de todo o exposto, fica claro que o judiciário não pode legislar, pois a separação dos poderes é explícita em nosso ordenamento jurídico, sendo assim questiona-se a judicialização, visto que através dela poderia estar indo contra esse princípio positivado na Constituição.

4.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir esse trabalho percebe-se que a reserva do possível não visa retirar um direito assegurado ao cidadão, ou seja, não afeta o rol assegurado pela Constituição, mas sim limita seu exercício devidamente previstos pela legislação vigente.

Sabe-se que o judiciário tem a obrigação perante a população de analisar conflitos de maneira geral e também de extrair presentes nas lacunas da lei, visando o bem-estar de todos, e mesmo sendo inerte, ou seja, precisa ser provocado e quando isso ocorre, ele deve decidir, caso contrário afrontaria o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, contido no art. 5º, inciso XXV da Constituição.

Sendo assim, a justiça deve julgar com as informações que dispõe, essa obrigatoriedade é uma exigência da dignidade do homem, e diante disso, deve analisar também os de princípios em cada caso concreto, e ao fazer os chamados “bloqueios” de valores nas contas do Estado, deve sempre sopesar conjuntamente princípio da

proporcionalidade e razoabilidade, já que está diante da retirada de verbas destinadas ao cumprimento de outros direitos assegurados a todos constitucionalmente.

Entretanto, quando se trata de direito a saúde, caso o que se pleiteie esteja incluído na legislação do SUS o poder judiciário não legisla, mas sim, determinando o seu efetivo cumprimento, por outro lado, quando não existe a previsão, é necessário a ponderação dos princípios em conflito, vez que para editar uma norma sobre políticas públicas o Estado, deverá levar em consideração a quantidade de pessoas atingidas, a efetividade e a eficácia dos serviços prestados para assim potencializar os resultados.

Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

Por fim e com base no exposto, a judicialização, objetivando o arresto em contas públicas de maneira desenfreada como está acontecendo atualmente, caracteriza um problema orçamentário e faz com que as contas públicas fiquem desreguladas e tais ações de certa forma acabam por retirar verbas de forma autônoma pelo judiciário, impactando na efetivação de políticas públicas que beneficiária toda uma coletividade, e muitas vezes para tratamentos que não garantem um mínimo de efetividade e resultado concreto, portanto ao realizar o julgamento de ações desse teor, deve o órgão julgador, considerar todos os princípios que estão sendo violados para que a efetivação dos bloqueios não prejudique uma coletividade, favorecendo um único indivíduo, já que estamos diante de um Estado com escassez de subsídios.

5.0 Referências Bibliográficas

MORAES, Alexandre De; **Direito Constitucional**. 34. ed. 2018: Atlas, 2018. p. 1144-1144.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G.; **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 581-581.

SAMPAIO, J. A. L; **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 652-652.

TORRES, Ricardo Lobo; **O DIREITO AO MINIMO EXISTENCIAL**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 69-69.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de doutrina da 4ª região**, Porto Alegre (RS), 24 dez./2005. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

KRELL, Andreas Joachim; **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri, 2002. p. 570-570.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 1º e 2º.

NOVELINO, Marcelo; **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 267-267
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 5º ao 6º.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 196.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm.> Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 28 agosto 2019.