

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ELISAIDE TREVISAM

MAGNO FEDERICI GOMES

SUZETE DA SILVA REIS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elisaide Trevisam, Magno Federici Gomes, Suzete Da Silva Reis – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-577-5

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cooperativismo. 3. Cotas. 4. Vulnerabilidade. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Sempre comprometido com o desenvolvimento de uma sociedade democrática, cada vez mais plural, justa e humanitária, o Conselho Nacional de Pesquisa em Direito – CONPEDI, reuniu, em seu XXVI Congresso, que ocorreu na cidade de São Luís, no Estado do Maranhão, pesquisadores nacionais e internacionais para dialogarem e refletirem, no Grupo de Trabalho intitulado DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I, temas que trataram da busca da efetivação de uma sociedade mais igualitária, onde a implementação da democracia e do Estado Democrático de Direito sejam possíveis, com base na proteção da dignidade da pessoa humana, do piso existencial mínimo e na vivência de uma vida digna.

O grupo de trabalho teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezoito trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos que ordenam os estudos: Políticas Públicas em geral e Direito à Educação; Judicialização de Políticas em Saúde Pública; Meio Ambiente e Audiências Públicas; e, finalmente, Direitos Humanos.

Assim, foram tratados temas que versam sobre a atual crise política que o país está enfrentando, em relação aos fundamentos buscados para as reformas legislativas sugeridas pelo Poder Público e a situação da efetivação dos Direitos Sociais, diante da vulnerabilidade acarretada pelas desigualdades.

Após, a disputa travada pela busca de poder entre o público e privado e a anulação da fala daqueles se encontram à margem da sociedade, uma vez que os discursos ouvidos e aclamados pertencem aos grupos das minorias dominantes, enquanto as maiorias discriminadas continuam submetidas à exclusão social.

Dentro desse contexto, foram analisados o Direito à educação e as políticas de combate à discriminação por identidade de gênero e orientação sexual, bem como os movimentos de políticas inclusivas no ensino superior, trazendo, como exemplos, as cotas para correções de déficits históricos, a acessibilidade e o respeito à diversidade.

Se desdobrando em outras vertentes, as reflexões trouxeram assuntos que se voltam para a judicialização da saúde, no que tange às omissões do Poder Público, as garantias do mínimo

existencial e a efetividade desse direito no atual contexto de crise econômica em que se encontra o país.

Merecem toda a atenção daqueles que pesquisam os Direitos fundamentais, os artigos que analisaram as políticas públicas sobre o meio ambiente, os direitos da mulher, do idoso e da moradia, bem como o sistema prisional.

Ademais, como estamos em um país onde a discriminação étnico-racial ainda prolifera na sociedade, e isso é de conhecimento internacional, foi analisada a situação dos negros, a necessidade de conceituar minorias, a falta de representatividade na igualdade formal e a importância da transparência quando o assunto é tratado pelo Poder Público. Pugnou-se, ainda, pelo término da legitimação de privilégios, se quisermos realmente que o país ostente o título de Estado Democrático de Direito.

As reflexões que nos foram propiciadas pelos pesquisadores, sempre comprometidos com um Brasil mais justo, traz a certeza de que, os debates e os estudos conduzirão a sociedade para um futuro mais igualitário. Talvez um futuro que não esteja tão próximo. Mas a semente está sendo plantada!

Boa leitura a todas e a todos!

Profa. Dra. Elisaide Trevisam - PUC-SP

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC/PUC Minas

Profa. Dra. Suzete Da Silva Reis - UNISC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL PELA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM DETRIMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL.

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL BY THE INERTIA OF PUBLIC POWER: THE WARRANTY OF MINIMUM EXISTENTIAL IN DETRIMENT OF THE POSSIBLE RESERVE.

**Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro ¹
willia de Cácia Soares Ferreira ²**

Resumo

A Constituição de 1988 estabeleceu no artigo sexto um rol de direitos sociais fundamentais, dentre eles a saúde, determinando ser direito de todos e dever do Estado garanti-los a todos. Entretanto, diante da omissão estatal, a pessoa recorre ao judiciário para ter seu direito garantido. Tal situação acarreta, por vezes, desequilíbrio orçamentário e confronto entre o direito ao mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. Com emprego da metodologia teórico-jurídica e raciocínio dedutivo se analisará a judicialização do direito à saúde enquanto direito fundamental e os impactos por ela causados no orçamento dos entes federados.

Palavras-chave: Direito social fundamental, Saúde, Políticas públicas, Dignidade da pessoa humana, Pesquisa teórico-jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution of 1988 established in article six list of fundamental social rights, among them health, determining that it is right of everyone and the duty of State to guarantee them all. However, in face of state omission, person has recourse to judiciary to have his right guaranteed. This sometimes leads to a budgetary imbalance and confrontation between the right to existential minimum and the principle of reserving the possible. With employment of theoretical-legal methodology and deductive reasoning will analyze the judicialization of right to health as fundamental right and the impacts caused by it in budget of federated entities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental social law, Health, Public policies, Dignity of human person, Theoretical-legal research

¹ Pós-doutor pela Universidade de Messina. Doutor e Mestre pela UFMG. Professor do curso de mestrado na Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça

² Mestranda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, pós-graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto vários direitos sociais, dentre os quais a saúde, impondo ao Estado o dever de, por meio de políticas públicas devidamente instituídas, garantir a todo indivíduo pleno acesso a eles.

Entretanto, o Estado não tem sido capaz de garantir a todos os indivíduos, nos termos da Constituição, a efetivação desses Direitos, o que faz com que a pessoa procure o judiciário para a sua implementação.

E ao judiciário não resta alternativa senão atuar de modo a dar à demanda proposta um provimento, quer positivo ou negativo. E assim, a cada ano, vem crescendo, consideravelmente, o número de demandas judiciais em que o Estado é acionado especialmente para o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Nesse sentido é o estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2011, que revela o trâmite à época, no judiciário brasileiro, de mais de 240.980 processos na área de saúde – as chamadas demandas judiciais da saúde.

O crescimento desse tipo de demanda, em que boa parte delas o demandante tem garantido o direito pleiteado, vem gerando grave desequilíbrio orçamentário dos entes federados, prejudicando a consecução de políticas públicas já previstas e que dependem do orçamento utilizado para a satisfação da determinação judicial.

Por outro lado, não se pode olvidar que o demandante busca o judiciário para garantir um direito que lhe é assegurado constitucionalmente, uma vez que o acesso à saúde é um direito de todos e sua garantia é dever do Estado.

Há, pois, um conflito entre o direito do indivíduo a ter efetivado aquele direito fundamental constitucional e, por outro, a indisponibilidade financeira do Estado para suportar o custo da efetivação desse direito pela via judicial sem comprometer os demais tutelados.

Saliente-se que nessas situações a pessoa invoca, comumente e a seu favor, o direito ao mínimo existencial como meio de lhe ser assegurada a dignidade da pessoa humana, ao passo que a Administração Pública, em muitas situações, busca se eximir da obrigação de garantir esse direito social fundamental individual trazendo como limitador a indisponibilidade orçamentária, numa clara tentativa de aplicação da teoria da reserva do possível.

Assim, utilizando uma metodologia teórico-jurídica, com raciocínio dedutivo, e tomando como base a doutrina, a jurisprudência e a legislação brasileira, se buscará analisar a judicialização do direito social à saúde enquanto direito constitucional-fundamental e os impactos que sua efetivação pela via judicial vem causando para os entes federados e para a coletividade.

Ao final, ter-se-á como hipótese a justificar a importância do texto, a necessidade de que o judiciário haja com temperança, reconhecendo, no caso, que sua atuação para suprir uma omissão estatal é excepcional e deverá garantir, quando individual for a demanda, a necessidade de não prejudicar o interesse coletivo no respeito ao orçamento estatal.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - CONCEITO E PECULIARIDADES

Os direitos sociais surgiram como contraponto ao Estado Liberal, apresentando-se como instrumento capaz de diminuir as desigualdades sociais.

É o que afirma Ana Maria Ávila Mendonça:

No que se refere ao nascimento dos direitos sociais, o marco foi a Revolução Industrial e as consequências sociais dela decorrentes: a organização da classe operária e o fortalecimento das lutas sociais, que avançam no sentido de conseguir condições dignas de vida, estabelecendo-se como organizações civis, rompendo com os elos substantivos da ordem liberal e da lei de mercado. O suporte da ruptura estaria no papel da classe operária, corpo unitário do seu tempo histórico e na capacidade política de fundar uma nova categoria de direitos que desestabilizasse os princípios substantivos do liberalismo clássico, a partir das circunstâncias sombrias desencadeadas pela Revolução Industrial. (MENDONÇA, 2007, p. 78)

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato afirma que os direitos sociais surgiram, historicamente, “como criações do movimento socialista, que sempre colocou no pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, no acesso a condições de vida digna”. (COMPARATO, 2005, p. 335)

Destaca-se que os direitos sociais são chamados de direitos fundamentais de segunda geração e caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como, por exemplo, assistência social, saúde e educação, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Ao conceituar direitos sociais como prestacionais, Robert Alexy afirma:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. (ALEXY, 2008, p. 499)

De outro modo, José Afonso da Silva, sobre os direitos sociais, assevera:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2004, p. 286)

No Brasil, os direitos sociais inicialmente foram previstos na Constituição de 1824, que trazia no artigo 179 a garantia dos socorros públicos e o ensino primário. Entretanto, a Constituição de 1934 foi a primeira a inserir um capítulo sobre a ordem econômica e social. Desde então, as Constituições brasileiras, a exceção da Constituição de 1891, mantiveram os direitos sociais presentes em seus textos.

A Constituição Federal de 1988 não só manteve os direitos sociais como ampliou o seu rol, reconhecendo um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos, seguindo uma tendência adotada pelas constituições mundiais, notadamente após a segunda guerra mundial.

Sobre o tema, Uadi Lamêgo Bulos afirma:

Além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante. (BULOS, 2001, p. 69)

Por sua vez, Canotilho assevera:

Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma reserva possível, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos recursos económicos, a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos” (CANOTILHO, 2000, p. 436).

Nesse diapasão, afirma a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, serem direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, impondo ao Estado o dever de assegurá-los a todo indivíduo. (BRASIL, 1988)

Como se pode perceber os direitos sociais são, em sua essência e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns deles tenham expressão coletiva, considerando que é o indivíduo que detém a sua titularidade.

Por certo que os direitos sociais são originalmente prestacionais, mesmo porque, se assim não fossem, não passariam de meros direitos de defesa, característicos de um Estado liberal e abstencionista.

Enfim, os direitos sociais, para serem usufruídos, necessitam, em face de suas peculiaridades, da disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto. Vale dizer, os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, que exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais.

De um modo geral, no que se refere aos direitos sociais de cunho prestacional, existem obrigações genéricas do Estado que devem ser atendidas.

Entretanto, para que os direitos sociais possam ter real implementação, faz-se necessário que o Estado promova a elaboração de políticas públicas adequadas, definindo estratégias de atuação na busca da efetividade desses direitos sociais fundamentais.

Nesse sentido, para garantia dos direitos sociais – dentre eles, a saúde -, o cidadão pode exigir do Estado a efetivação daquela prestação, através de emprego de recursos públicos por se tratar de um direito subjetivo de natureza pública e pressuposto para a garantia da dignidade da pessoa humana.

3 DIREITO A SAÚDE COMO PRESSUPOSTO PARA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Reforça-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe no seu artigo 6º um rol de direitos fundamentais sociais, dentre os quais a saúde, e, quanto a esta, estatuiu, em seção própria, nos artigos 196 e seguintes, que ela deve ser garantida, como direito de todos e dever do Estado, “mediante políticas sociais e econômicas que visem à 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.” (BRASIL, 1988)

Consigna-se que, antes da Constituição Federal de 1988, a saúde pública no Brasil era considerada um dever do Estado apenas no sentido de coibir ou evitar a propagação de doenças com potencial para colocar em risco a saúde da coletividade.

Nesse contexto, não havia, portanto, uma saúde pública efetiva, universalizada. A população, em sua maioria, ficava relegada aos serviços privados de saúde e/ou à caridade.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988, ao conceber a saúde como um direito de todos e dever do Estado, constituiu uma valiosa conquista, alargando o âmbito de proteção desse direito social.

Assim, a proteção à saúde alcançou novas dimensões, passando a abranger não somente ações de saúde coletiva e curativas individuais, mas também medidas que visem a promoção do bem-estar físico, mental e social de cada indivíduo, tanto no aspecto curativo quanto preventivo e promocional, tendo como parâmetro o conceito de saúde estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS)¹.

Partindo desses pressupostos, há uma indissociável vinculação do direito à saúde - nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 - ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto direito individual fundamental previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, bem como ao direito à vida previsto no *caput* do artigo 5º do mesmo diploma legal.

Saliente-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. E essa imposição recai sobre o Estado, obrigando-o a respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet amplia a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana afirmando que referido princípio está:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica. (SARLET, 2011, p.109)

¹ A OMS definiu a saúde como um “completo estado de bem-estar físico, mental e social, não consistindo somente na ausência de doença ou enfermidade”. Este conceito alargou a noção de saúde, por superar o enfoque estritamente negativo da “ausência de enfermidades” e propugnar o aspecto positivo da obtenção do “estado de completo bem-estar físico, mental e social”.

Assim, a junção dos direitos fundamentais confere ao direito à saúde fundamental relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional brasileira, passível de ser invocado judicialmente por todo indivíduo diante da sua violação ou ameaça de violação.

Esse inclusive é o entendimento uníssono dos julgados sobre o tema, conforme se verifica em aresto do Supremo Tribunal Federal abaixo colacionado:

Como se vê, os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público, integrado em uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços federais, estaduais e municipais, o chamado Sistema Único de Saúde, que tem no polo ativo qualquer pessoa e por objeto o ATENDIMENTO INTEGRAL. De tal sorte, o Poder Público - federal, estadual ou municipal - é responsável pelas ações e serviços de saúde, não podendo, cada um e todos, esquivar-se do dever de prestá-los de forma integral e incondicional. A compensação que ocorrerá internamente entre os entes é questão que somente a eles diz respeito, não podendo atingir a pessoa que necessita do serviço de saúde, devendo o ente, acionado judicialmente prestar o serviço e após, resolver essa inter-regulação. O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário (CF - art. 196), do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos, como já assentou o Supremo Tribunal Federal." (STF, RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio)

Nesse sentido, Lenir Santos afirma que “a saúde tem dimensão que transcende a sua positivação no ordenamento jurídico, por ser considerada uma das condições essenciais para o exercício das liberdades humanas e ser inerente à pessoa humana.” (SANTOS, 2010, p. 24)

Do mesmo modo, José Afonso da Silva preceitua que:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais. (SILVA, 2004, p. 308)

Saliente-se que, considerando os deveres e obrigações que a Constituição Federal delegou ao Estado na promoção da saúde coletiva e individual às pessoas sob a sua responsabilidade, o direito à saúde passou a ser um instrumento de vinculação do administrador público à execução das medidas e programas estabelecidos na Constituição, sendo as políticas públicas o instrumento adequado para efetivação desse direito.

Concretizar políticas públicas demanda a construção de um agir do gestor público, no sentido de passar de uma perspectiva individualista para uma dimensão mais comunitária de gestão pública, considerando que aquelas constituem um conjunto de ações a serem desenvolvidas pelo Estado e pelos próprios cidadãos e sociedade, uma vez que política pública é um bem que todo indivíduo deve ter acesso.

Nessa linha, Eduardo Appio conceitua políticas públicas como “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade, tendo por escopo assegurar condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.” (APPIO, 2005, p. 294)

Assim, a saúde, reconhecida como um direito fundamental, deve receber especial atenção do Estado e, de forma mais eficiente e observados os dispositivos legais e constitucionais, principalmente no que se refere à universalidade e igualdade, ser digna de políticas públicas igualitárias de modo a atingir e assistir a todo indivíduo sob a chancela do Estado.

Nesse sentido, alude Valter Foletto Santin:

[...] para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação dessas políticas, porque, ao estabelecer princípios e programas normativos, já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público no seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2004, p. 35)

Por certo que o direito à saúde depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos imperiosos a satisfazê-los. Deste modo, sustenta parte da doutrina que os direitos sociais sujeitam-se a uma reserva do possível.

No entanto, há entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o direito à saúde, por estar diretamente ligado à vida, é tão fundamental que, na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais, pode ser pleiteado por meio judicial, para que o titular do direito a saúde possa exigir do Estado providências fáticas relevantes para o desfrute da prestação que lhe constitui o objeto desse direito.

Partindo desses pressupostos, Élide Graziane Pinto afirma:

De todo modo, importa não desconhecer que a formulação e a execução de políticas públicas são deveres estatais inseridos na sistemática constitucional de condensação de direitos fundamentais. Assim, por mais que a tutela desses direitos passe por uma via complexa de fixação do ‘mínimo existencial’ (garantidor do fundamento da dignidade da pessoa humana) e de respeito à ideia de ‘reserva do possível’ – em meio às restrições orçamentárias e às prioridades governamentais fixadas intertemporalmente pelo Poder Público –, tais políticas públicas não podem simplesmente ser preteridas. (PINTO, 2007, s/p)

Buscando uma análise casuística, há de se observar que o Brasil é um país com relativa escassez de recursos, o que se deve, em boa parte, à sua má-gestão; todavia, pena de

banalizar a vida e a dignidade dos seus próprios cidadãos, tal escassez não pode se tornar um óbice ao reconhecimento do direito ao mínimo existencial.

Assim, se o Estado, por omissão, má gestão pública ou por qualquer outro fator, vier a dificultar ou impedir o acesso à saúde, cabe àquele que se sentir preterido buscar os meios legais para ter efetivado de modo individual ou coletivo esse direito constitucionalmente assegurado. Ou seja, o Estado, os cidadãos e os Poderes devem reconhecer no direito à saúde um verdadeiro direito fundamental inserido no contexto de mínimo existencial, compreendido este como o básico para a própria dignidade da pessoa humana. Há, todavia, questões orçamentárias que dão contornos bastante peculiares ao tema. Isso será objeto do tópico seguinte.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE FRENTE À OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM DETRIMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, XXXV, garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Essa premissa constitucional, indispensável à efetiva tutela judicial, é fundamento basilar para se legitimar a atuação do judiciário quando, a despeito da omissão estatal, busca-se conferir ampla eficácia ao direito à saúde.

Por certo que essa concepção de plena e pronta exigibilidade dos direitos fundamentais sociais em juízo, independentemente da atuação do legislador – ou até mesmo contra essa atuação –, confere ao Poder Judiciário um papel de relevância, tornando os juízes garantidores daqueles direitos em prol da concretização dos ditames constitucionais, suprimindo a omissão do legislador ou a inércia da sociedade civil.

Nesse sentido Andreas J. Krell afirma:

Concordamos com Clève, que defende um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma constitucional, com juízes ‘ativistas’ vinculados às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes simples guardiões do status quo. Torna-se necessária, portanto, uma ‘mudança de paradigmas’ na percepção da sua própria posição e função no moderno Estado Social de Direito.

[...]

Esse tipo de ativismo judicial seria capaz, diante de cada situação e sem seguir receitas uniformes, de superar muitos dos óbices e representar uma ‘alavanca

dinamizadora' para a realização dos direitos sociais postergados ou até 'impossíveis', como tantas vezes denominamos aqueles que não são desfrutáveis por muitas pessoas sumidas na marginalidade, e os quais 'podam a Democracia de um dos seus essenciais conteúdos' (KRELL, 2002, p. 98)

Certo é que, dentre os direitos fundamentais sociais objeto de ações judiciais no Brasil, o Direito à saúde é o que se apresenta em maior quantidade. Isso porque demandas judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos, a realização de cirurgias e exames e o fornecimento de aparelhos médicos tornaram-se corriqueiros. Como fundamento de tais demandas, invoca-se, de forma genérica, o direito constitucional à vida e à saúde.

Todavia, há de se considerar que a judicialização do direito à saúde no Brasil revela, no atendimento às demandas judicializadas, a existência de um conflito entre a inviolabilidade do direito à vida e à saúde do cidadão e um interesse financeiro do Estado. Isso porque os tribunais, ao serem demandados, têm conferido eficácia extremamente ampla a esse direito, tendendo a decidir que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm maior peso e relevância em relação àquelas que tratam da separação dos poderes, da lei orçamentária, do princípio da legalidade, dentre outros. Defendem a prevalência do direito à saúde por considerá-lo pressuposto para a prevalência, ainda que mínima, da dignidade da pessoa humana.

No contexto do entendimento pretoriano predominante, somente será possível falar em dignidade quando todas as pessoas tiverem vida saudável e digna asseguradas, garantindo-se, efetivamente, o mínimo existencial, compreendido este como o básico para o cumprimento do princípio-preceito da dignidade da pessoa humana. Saliente-se que, por isso, o direito social à saúde deve ser garantido ao cidadão em razão de sua própria cidadania, independentemente da existência específica de recursos orçamentários.

É certo que a noção de mínimo existencial é dinâmica e evolutiva e amplia a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país. “Afinal, o que hoje, pelas condições existentes, pode não ser judicialmente tutelável, poderá vir a sê-lo no futuro, imediato ou mediato, segundo o desenvolvimento do país.” (GRINOVER;WATANABE, 2013, p. 219). Contudo, ainda assim, no tocante à saúde, a questão é resolvida por sua importância, o que a coloca, por dizer respeito à própria vida, num patamar de estabilidade como mínimo existencial do cidadão em qualquer tempo.

Todavia, a Administração Pública, ao ser demandada judicialmente para a garantia da efetivação do direito à saúde, invoca em sua defesa o princípio da “reserva do possível”, construção jurídica germânica, surgida a partir dos anos 1970, que parte do pressuposto de

que a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, está condicionada à disponibilidade financeira do Estado. Ou seja, somente se poderia exigir do Estado a prestação em benefício do interessado se observados os limites de razoabilidade orçamentária.

Nesse diapasão, inexistentes ou insuficientes os recursos financeiros disponíveis para atender a todas as demandas sociais previstas constitucionalmente, torna-se necessário eger as políticas públicas que devem ser implementadas, sendo essa tarefa, via de regra, dos Poderes Executivo e Legislativo e não do Judiciário. Ou seja, trata-se de tarefa dos poderes Legislativo e Executivo, no exercício de seu poder discricionário e diante da disponibilidade financeira do Estado, escolher as políticas públicas a serem implementadas na sociedade de modo a efetivar aquele direito social constitucionalmente assegurado, uma vez que a efetividade desses direitos sociais fundamentais seria dependente de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Em razão dessas funções precípua do Legislativo e Executivo, alguns autores defendem que “nenhum direito cuja efetivação pressupõe um dispêndio seletivo de tributos pode, no final das contas, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem considerar as consequências orçamentárias a serem suportadas por outras áreas do governo” (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p.97).

Todavia, no tocante ao chamado núcleo duro do mínimo existencial, assevera Sarlet que a negativa aos serviços de saúde equipara-se “à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário”. (SARLET, 2009, p. 325)

Para o citado autor, a efetividade do direito à saúde decorre diretamente da norma constitucional ao afirmar que:

O reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”. (SARLET, 2009, p. 325)

Esse caráter irrestrito do direito à saúde fundamenta-se na noção de que a Constituição confere-lhe um atributo definitivo.

Contudo, embora não se questione muito a sublime natureza do direito à saúde e, em casos de acinte à Constituição, a própria atuação do Poder Judiciário para efetivá-lo, certo é que, através do ativismo judicial, o Poder Judiciário vem executando e até mesmo criando políticas públicas, imiscuindo em tarefas que não lhe pertencem, o que tem gerado

dificuldades de adaptações orçamentárias, mormente diante dos limites impostos pelos princípios que regem as finanças públicas.

Observa-se que o Poder Judiciário² passou a desempenhar uma função destacada ao intervir em decisões administrativas e legislativas, conforme enuncia a doutrina:

Dentro dessa evolução da história recente do país, a confiança nos poderes constituídos foi sendo erodida. Quem ocupa o cenário como campeão da cidadania é o Poder Judiciário, não por sua cúpula, mas por suas bases, que paulatinamente fizeram tábua rasa do bloqueio de recursos, dos expurgos das aplicações financeiras. Somou-se também a isso o ativismo do Ministério Público, que na percepção comum é visto como ligado 'à Justiça'. Esses fatores históricos e sociológicos causaram uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo, bem como deu a alguns de seus membros certa sensação de 'campeões de cidadania', isso tudo associado a um pré-conceito de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum em tão elevada conta quanto deveriam. (AMARAL, 2010, p. 8)

Trata-se, pois, de tarefa de peculiar importância e que deve ser observada de forma responsável, de molde a fazer com que a natureza de mínimo existencial do direito demandado seja reconhecida e alcançada, sem que, todavia, haja prejuízos de ordem orçamentária ao Estado e que venham a proporcionar, por ausência de recursos, violação a outros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Por isso, medidas como economicidade e previsão orçamentária, ainda que em exercícios futuros, devem também estampar decisões que obriguem o Estado a agir. Temperança é necessária, razão pela qual Grinover, com a sapiência e vivência que lhes são característicos, afirma:

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. (GRINOVER, 2013, p.137)

Não há, pois, uma resposta pronta, senão um vetor de contraposição entre o que, por vezes, se tem como mínimo existencial em jogo e a reserva do possível a dificultar sua implementação. Compete ao juiz não ignorar o primeiro e declará-lo, sem que possa proporcionar com sua conduta um maior transtorno aos interesses maiores do público,

² A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade. Daí que, para Antoine Garapon, 'a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia'. (VIANNA, 1999, p. 149)

inclusive aqueles que dizem respeito à própria saúde ante a uma eventual e impensada violação ao segundo.

5 CONCLUSÃO

Inquestionável que o Direito à saúde, nos termos da Constituição Federal de 1988, é direito de todos e dever do Estado, constituindo corolário indissociável do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Por certo, a alegada falta de recursos públicos não pode ser vetor para dificultar ou impedir que o indivíduo tenha acesso à saúde, mesmo porque a ausência de recursos está normalmente associada à má-gestão do dinheiro e não à sua ausência. Não se pode vedar às pessoas o seu direito de buscar um provimento positivo em demanda judicial pena de a elas se fechar as portas do Poder Judiciário.

Essas situações fizer crescer o protagonismo judicial em matéria de saúde e, por vezes, o que se vê são decisões judiciais que determinam a implementação de direitos de modo individual, acarretando um descompasso em toda a estrutura operacional e financeira do Estado e o comprometimento de políticas públicas para atender a coletividade.

Nesse sentido, essa eficácia irrestrita, imediata e incondicionada do Judiciário, vem considerando apenas a dimensão individual do direito à saúde, uma vez que na maioria das demandas se busca em juízo a resolução restrita e particularizada desse direito.

Entretanto, a judicialização excessiva é temerária, uma vez que coloca em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo que se invista recursos públicos em benefício da coletividade, considerando que por vezes as demandas individuais, caso efetivadas via judiciário, demandam alto custo a ser arcado pelo Estado, situação que inviabiliza a promoção da saúde num contexto da coletividade.

Essa concepção de que o direito à saúde, enquanto direito fundamental, deve prevalecer sobre os interesses do Estado, qualquer que sejam eles, foge ao razoável, se apresentando de modo impositivo, não admitindo qualquer juízo de ponderação, proporcionalidade e/ou razoabilidade.

Por certo que o judiciário não pode se manter inerte ao ser provocado, quer seja de forma coletiva quer seja de modo individual. Porém, as decisões judiciais, em que pese o direito fundamental pleiteado, deve agir implementando um juízo de ponderação e

razoabilidade, de modo que a decisão que determina a implementação de um direito individual não venha a comprometer as demais políticas públicas implementadas e/ou a serem implementadas de modo que os direitos sociais fundamentais coletivos fiquem comprometidos face à prevalência do interesse particular.

Nesse contexto, estando os direitos sociais alicerçados no conceito de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial exige limites consubstanciados na Constituição, cabendo ao Judiciário efetivar, no caso em análise, o direito à saúde pleiteado, mas respeitando as limitações impostas pelo texto constitucional, bem como as peculiaridades do direito invocado e do ente estatal demandado, bem como o impacto que aquela decisão, deferida numa demanda individual trará à coletividade e às demais políticas públicas implementadas e/ou a implementar por tal ou qual ente federado.

Temperança é a resposta que se exige em prol da mais perfeita consagração do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
_____. Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça pesquisa.judicialização da saúde no Brasil. dados e experiência. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 195.192/RS**. Disponível : <FEDERALhttp://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp > Acesso. 18 jun. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 200.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HOLMES. Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberts depends on taxes**. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**, Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Martis Fontes, 2000.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MENDONÇA, Ana Maria Ávila. **O campo dos direitos sociais**. In: III Jornada Internacional de Políticas Públicas. Questão Social e Desenvolvimento no Século XXI. V. 1, São Luis. 2007. v. 1.

PINTO, Elde Graziane. Controle judicial de políticas públicas: ainda às voltas com a indigência analítica. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, vol. 4, n. 8, julho/Dezembro de 2007, s/p.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime**. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. Ed. São Paulo. Malheiros Editora Ltda, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.