XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

GUILHERME SCOTTI

CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini 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 e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Victor Nascimento dos Santos; Guilherme Scotti; Juraci Mourão Lopes Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-447-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3.Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, mais uma vez, registra enorme sucesso em sua realização. A democratização do ensino e difusão da pesquisa nas pós-graduações em Direito do país tem encontrado no CONPEDI instrumentos bastante facilitadores deste processo de ensino e aprendizagem que estimula desde cedo a vocação do estudante para a docência e a pesquisa, além do exercício prático da profissão.

Um dos exemplos de estímulo à docência e pesquisa no estudante de pós-graduação em Direito é a oportunidade de discutir com seus pares e professores-pesquisadores o seu próprio projeto de pesquisa ou pesquisa ainda em andamento. A propósito, esta última foi uma das características mais marcantes do Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais III": a discussão de pesquisas ainda em curso nos mestrados e doutorados de seus participantes. O CONPEDI não dispensa ou aconselha a submissão de trabalhos que resultem em pesquisas finalizadas, mas a postura ativa do estudante de pós-graduação em submeter as dificuldades e problemas de pesquisa que tem enfrentado em seus percursos merece admiração.

O compartilhamento de suas dúvidas e impressões incrementaram as discussões entre os que submeteram suas pesquisas e os coordenadores do GT. Os diferentes perfis dos coordenadores também contribuiu com a diversidade de abordagens por eles propostas aos que apresentaram suas pesquisas. Por exemplo, questões de cunho profissional mais prático foram destacadas quando diante de discussões que envolviam diretamente a judicialização de políticas de saúde nos Estados brasileiros, ao mesmo tempo em que questões teóricas envolvendo as moralidades dos sujeitos de pesquisa, a discussão em torno de teorias da justiça e os métodos que guiaram os estudantes e professores a apresentarem suas pesquisas foram igualmente destacados e ponderados.

O Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais III" apresentou uma diversidade de temas e análises capaz de enriquecer ainda mais os debates acerca de sua teoria e ciência do objeto. Em um primeiro momento foi possível perceber o esforço de pesquisadores em criar ou discutir teorias que melhor contribuíssem à compreensão dos direitos e garantias fundamentais constantes implícita ou explicitamente no texto constitucional. Neste sentido, destacamos o movimento bastante claro, a partir das pesquisas apresentadas, por uma

mobilização de saberes capazes de facilitar a compreensão acerca de diferentes processos existentes de implementação e defesa de políticas públicas.

Um segundo grupo de trabalhos dedicou estudos e pesquisas à compreensão de como o processo acima descrito se desenvolve no interior de instituições judiciais, destacando atuações ora singularizadas ou coletivas, dos profissionais ocupantes dos cargos responsáveis por buscar a implementação e defesa das referidas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Por fim, o último grupo se dedicou a demonstrar diferentes caminhos para se analisar tais questões a partir da variedade de técnicas e métodos de pesquisa, privilegiando-se o indutivo, dedutivo, a pesquisa bibliográfica, documental e quantitativa.

Uma característica comum a muitos dos trabalhos nos parece bastante reveladora da atualidade e pertinência dos debates no CONPEDI: a preocupação com a garantia e efetivação de direitos sociais previstos na Constituição de 1988, especialmente diante do atual quadro de crise política generalizada e de constante ameaça a direitos conquistados por que passa o país. É animador perceber que a academia jurídica está atenta aos desafios sociais e políticos concretos do presente, sem prejuízo de que o tratamento de tais temas práticos prementes seja feito com o rigor teórico e metodológico que a área do Direito tem conquistado nas últimas décadas.

Todas as questões acima mencionadas poderão ser notadas nos trabalhos adiante expostos. Convidamos o leitor a uma leitura bastante provocativa que, ao associar a teoria dos direitos fundamentais e da Constituição com técnicas e métodos da pesquisa jurídica, ampliam e tornam ainda mais acessível o debate sobre a defesa e implementação de políticas públicas a partir de discussões sobre os direitos e garantias fundamentais. Esse especial modo de produção do conhecimento, que prioriza a análise não apenas das instituições, mas também de seus atores, é o que permite uma aproximação maior do Direito com a população.

Prof. Dr. Carlos Victor Nascimento dos Santos - PUC-Rio e Universidade Projeção

Prof. Dr. Guilherme Scotti - Universidade de Brasília

Prof. Dr. Juraci Mourão - Centro Universitário Christus

AMARTYA SEN, A IDEIA DE JUSTIÇA FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

AMARTYA SEN, THE IDEA OF JUSTICE AGAINST PUBLIC HEALTH POLICIES JUDICIALIZATION

Renata Romani de Castro
Ana Paula Bagaiolo Moraes

Resumo

Amartya Sen estimula comprometimento efetivo das pessoas não apenas no cumprimento das leis (niti), mas na transformação da sociedade para que se torne mais próxima da nyaya, com a exclusão das injustiças sentidas em um determinado momento tidas como inaceitáveis. Crescente a problemática da saúde pública, artigo 196 da Constituição Federal preceitua saúde como direito de todos e dever do Estado, preconizando o acesso universal e igualitário. Em contrapartida, necessário aferir o modo como tem sido utilizado o Poder Judiciário, como meio solução, frente a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, e a necessidade de balizar esta atuação.

Palavras-chave: Constituição, Direito a saúde, Poder judiciário, Justiça, Amartya sen

Abstract/Resumen/Résumé

Sen encourages effective commitment of people not only in the fulfillment of laws/niti, but in the transformation of society so that it becomes closer to the nyaya, to the exclusion of the injustices felt in a given moment considered as unacceptable. Growing the problem of public health, article 196 CF prescribes health as the right of everyone and the duty of the State, advocating universal and equal access. On the other hand, it is necessary to gauge how the Judiciary has been used, as a means of solution, in the face of the omission of the Executive and Legislative Powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Right to health, Judicial power, Justice, Amartya sen

INTRODUÇÃO:

Saúde pública define-se pelo acesso ao atendimento médico, a medicamentos, procedimentos, diagnósticos, aparatos clínicos e internações, que frente a problemática atual tem sido realizada frequentemente pela via judicial. De forma coletiva com as ações de natureza civil pública e, individualmente através das ações de obrigação de fazer, impetrada pelo Ministério Públicos, legitimados e pela pessoa carecedora de proteção ao seu direito fundamental, para que se faça assim cumprir por meio da intervenção do judiciário o direito ao acesso a saúde.

O ativismo da judicialização das políticas públicas de saúde, carece de reflexão e maior atenção quanto à intervenção do judiciário. Tamanha é a complexidade dos direitos sociais como um todo envolvidos nessa questão, com efeito a falha e a má gestão no cumprimento das políticas públicas de saúde em seus variáveis níveis, levam tais empasses ás portas do judiciário. Corroborando a necessidade de uma atuação judiciária interdisciplinar. Não pode o Estado eximir-se de sua obrigação, cumprimento e garantia a saúde por meio de políticas públicas efetivas, tão pouco protelar a reconstrução dos serviços de saúde pública no Brasil; discussão árdua que argui um verdadeiro paradoxo político, econômico, social, moral e sobretudo, a dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 é classificada como uma Constituição Dirigente, onde as normas programáticas que direcionam as finalidades objetivas para o Estado e para a sociedade, determinam programas de ação e metas a cumprir, tendo sempre como embasamento o atendimento das necessidades de toda a coletividade Em seu artigo 6º, abarcou grandes avanços no que tange os direitos sociais conferindo-lhe caráter não só de norma constitucional, mas também de direito fundamental.

O advento do Sistema Único de Saúde (SUS), embora reconhecidamente avançado não possui a eficiência a que se propõe, mediante a ingerência das políticas públicas que não alcançam sua finalidade. O que culmina na intervenção judiciária, momento em que há de se pensar no direito para todos, se por um lado deve, sim, o Estado prestar assistência a todo e qualquer cidadão, ainda que pela individual iniciativa de se buscar amparo judicial, por outro lado não se pode ignorar o fato de que o acesso a saúde deve ser universal e igualitário, de modo a se evitar distinções entre toda uma coletividade e a efetiva estagnação orçamentária das políticas públicas de saúde.

No livro *A ideia de justiça*, Amartya Sen aduz sobre os desafios decorrentes do fato de existirem "razões de justiça plurais e concorrentes, todas com pretensão de imparcialidade, ainda que diferentes – e rivais – umas das outras" (SEN, 2011, p. 43), sob este viés, será feita uma análise na busca pela justiça para a distribuição da saúde de forma justa.

Para realização do presente artigo foi realizada uma revisão bibliográfica crítica.

1. AMARTYA SEN – A IDEIA DE JUSTIÇA

No livro *A ideia de justiça*, Amartya Sen (2011) aduz sobre os desafios decorrentes do fato de existirem "razões de justiça plurais e concorrentes, todas com pretensão de imparcialidade, ainda que diferentes – e rivais – umas das outras" (SEN, 2011, p. 43).

Realmente, a obra tem linguagem filosófica, mas concentra-se basicamente nos pensadores cuja obra exerce impacto no pensamento econômico, como Adam Smith, Karl Marx, Stuart Mill. Mesmo que o seu principal interlocutor seja John Ralws, inclusive a quem a obra é dedicada. Além do prefácio e da introdução, a obra (SEN, 2011) estrutura-se em quatro partes:

O autor, na Parte I - As exigências da justiça-, faz uma crítica a teoria neocontratualista do filósofo político John Rawls, a partir de um enfoque comparativo inspirado nos autores acima citados. Além disso, grande parcela da argumentação, inclusive toda a Parte II - Formas de argumentação racional – é sobre o modo como a teoria econômica se apropria de conceitos filosóficos.

Na Parte III - Os materiais da justiça-, o autor realiza uma adaptação ao Desenvolvimento como liberdade campo da teoria moral do argumento econômico desenvolvido em seu livro, *Desenvolvimento como Liberdade* (SEN, 2010), no qual defendeu que "o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam" (SEN, 2010, p. 16). Conforme o autor defende que a justiça de um ato deve ser medida em termos de sua capacidade de promover as liberdades, o resultado é uma identificação entre Justiça e Desenvolvimento.

Na última Parte IV, é estabelecida uma relação entre o uso da razão de forma pública, que o autor considera a validade objetiva de juízos morais, e a noção de democracia (governo baseado na discussão pública).

Mas ocorre uma contraposição a redução da responsabilidade moral, baseado na tese iluminista, no qual a justiça deve ter um caráter universal, reduzindo a nossa responsabilidade moral aos membros de nossas comunidades políticas, resultando na defesa de que os direitos humanos são elementos capazes de determinar valores de justiça dotados de validade universal.

Esta obra traz critérios para avaliar a justiça das situações concretas, com o objetivo de guiar pessoas que pretendem tomar decisões em termos de justiça e liberdade e não apenas de eficiência técnica, "a escolha e a ponderação podem ser difíceis, mas não há nenhuma

impossibilidade geral de fazer escolhas arrazoadas baseadas em combinações de objetos diversos" (SEN, 2011, p.273).

2. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O anseio pelo direito a saúde e o seu reconhecimento como direito humano vem de muitas sociedades passadas. Dá-nos conta a história de que o primeiro documento admitido como declaração de direitos é da Idade Média, constante na Magna carta da Inglaterra assinada pelo rei João Sem Terra, sendo uma imposição dos barões ingleses que queriam ver limitado o poder absoluto do monarca.

Naquela época a condição de saudável ou doente era entendida como uma benção ou um castigo divino, sendo assim, não havia qualquer viabilidade de regulamentar o direito á saúde, ainda que alguns o pretendessem.

No decorrer da evolução histórica, já no período industrial esse panorama se modifica e a prioridade era a de segregar o doente, onde a própria comunidade era incumbida de organizar e manter os hospitais. A partir da revolução industrial, esse cenário mudou significativamente, visto que a urbanização proporcionou muitas melhorias; agora se tratava de uma questão de utilidade e necessidade dos industriais. Era extremamente importante manter os operários saudáveis para a linha de montagem, o que de qualquer modo influenciou para a ocorrência de tais mudanças. Todavia, o progresso não parou e então, surgiu à conscientização da classe operária acerca das melhorias nas condições de trabalho e a partir desse momento surgem outras reivindicações que terminam na atuação do Estado que passa a fiscalizar as condições laborais dos operários o que também contribuiu para as melhorias nas condições de saúde no ambiente de trabalho.

Todo processo evolutivo de grande vulto tende a se difundir e inspirar as mais remotas sociedades foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que o direito a saúde foi positivado como direito fundamental social, conforme o artigo 6º de forma geral e com abrangência mais específica no capítulo da ordem social, a partir do artigo 196 a 200 e demais passagens da nossa Constituição que consagrou o direito a saúde como um direito fundamental.

Os ensinamentos de Luís Roberto Barroso indagam a efetividade das normas constitucionais: por que não uma constituição para valer? Destacamos que a busca pela efetivação e concretização da saúde é uma realidade presente desde os primórdios da humanidade, na existência de curandeiros, xamãs e feiticeiros em sociedades ditas

“primitivas”, mas que na verdade, estavam em mais harmonia com a natureza e entre os seres humanos em si, do que na sociedade atual dita “pós-moderno” (BARROSO, 2008).

Há a nítida percepção da valorização da vida associada ao bem estar físico, ou seja, a busca pela manutenção de um corpo saudável. Num tom inegavelmente filosófico o autor demonstra claramente que a saúde é inerente à vida humana, desde as primeiras formas de sociedades, portanto a fundamentalidade desse direito garantido pelo Poder Público deve ser exercida de forma incondicional, sendo inadmissíveis as limitações, pois se encontra nesse direito a aplicabilidade plena e imediata .

Tratar-se á da estreita relação existente entre a vida e a saúde do cidadão, que hoje está mais consciente de seus direitos, direitos estes estatuídos como direitos fundamentais a vida e a saúde.

1.1 Direitos Fundamentais como compromisso do Estado Democrático de Direito

Com a nova concepção de Estado e o reconhecimento dos direitos fundamentais, este se viu mais próximo dos interesses sociais e no dever de provê-los com base nas diretrizes e princípios da formação do próprio Estado do Bem Estar- Social. Ressalte-se que o constituinte vislumbrou a ampliação do Estado do bem-estar social.

Cumpre transcrever, o seguinte enunciado de Gordilho *(apud* ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2005, p.94):

> A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas as quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem – Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respei Julio Cesar Reccanello Magalhães o aos direitos individuais e é sobre essa base que constrói seus próprios princípios.

O autor torna evidente que a Constituição de 1988 instituiu um Estado Democrático Social de Direito de forma ampla e entrelaçadora que abarcou direitos sociais, direitos políticos, religiosos, dentre outros. Não se atendo, tão somente as barreiras de limitação do Estado.

Cuidou o constituinte vincular que tais direitos subjetivos e públicos obrigam os três Poderes do Estado, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário nas esferas federal, estadual e municipal zelar, promover e efetivar todos preceitos estatuídos pelos direitos e garantias fundamentais que surgem nas suas devidas gerações, logo a saber no próximo tópico.

1.2 Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais à saúde

O artigo 5º em seu título II, da Constituição Federal de 1988 cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie de gênero de direitos e garantias fundamentais, embora tenha feito clara menção restrita a direitos e deveres, abarcou largamente as garantias fundamentais.

O direito fundamental social existe, portanto, a partir do momento em que se sobrepõe aos demais direitos e liberdades que a ele se contrapõem. Assim, é também decorrência da consagração do direito à saúde como direito social a assunção, pelo Estado, do dever de assegurar a compensação das desigualdades sociais, promovendo a implementação e igualdade material, e principalmente, assegurando o mínimo vital (RAMOS, 2005).

De acordo com a regra constitucional aplicável o Estado tem o dever de garantir a saúde das pessoas e da comunidade atuando por meio de políticas preventivas ou remediadoras. Trata-se de um direito expresso de cada cidadão exigir do Estado a aplicabilidade das normas postas que deverão se efetivar de forma prática, ou seja, na concretização das garantias tuteladas pelo Estado.

Há de se falar na aplicabilidade dos direitos fundamentais à saúde na medida em que o Poder Público mantém o funcionamento adequado do Sistema Único de Saúde, garantindo toda a assistência necessária ao cidadão, fornecendo tratamento a quem dele necessite. Aplicando o princípio da Universalidade e Igualdade como bem preceitua o Sistema Único de Saúde na Lei Nº 8.080/90 em seu capítulo II, Dos Princípios e diretrizes, artigo 7º, incisos I e II. (Conselho Nacional de Saúde) (BRASIL, 1990).

Contudo, a realidade no que diz respeito a aplicabilidade dos aludidos direitos fundamentais à saúde, quando postos em prática, evidencia a prestação de um serviço precário, onde muitas vezes os usuários do serviço público de saúde buscam no judiciário a efetivação desses direitos, por vezes, a única forma de se obter a aplicabilidade das garantias tuteladas pelo Estado.

2 DIREITO À SAÚDE

A definição do direito à saúde como condição de vida e bem estar social constitui o chamado Direito Social, que transcende a visão da oferta dos serviços de saúde e que está intimamente ligado à dignidade humana e, é a que permanece no cenário brasileiro, a partir de sua legitimação, decorrente de uma estrutura de Estado Democrático de Direito.

A saúde, por estar incluída entre os direitos fundamentais sociais, ou prestacionais, se configura como um dos elementos que marcaram a passagem do constitucionalismo liberal

para o constitucionalismo social, para a existência no texto constitucional de direitos à prestação, direitos estes que impõem um dever ao Poder Público e, que passam a exigir deste uma ação positiva, através de uma efetiva garantia e eficácia do direito fundamental prestacional à saúde.

O Estado Democrático de Direito, chamou para si a obrigação de dar garantir a eficácia de direitos aos cidadãos e, aqui, os direitos fundamentais configuram-se como pressuposto para a vida de qualquer ser humano, pois, sem estes, não há dignidade humana. Contudo, o direito à saúde se consolida em um direito público subjetivo, requerendo do Estado uma atuação positiva para sua efetivação e garantia.

Diante de tais considerações torna-se necessário, antes de qualquer outra colocação, conceituar o termo saúde e definir como tal conceito é visto e tratado na Constituição Federal de 1988 e na sociedade (BRASIL, C.F., 1988).

2.1 Saúde: conceito e atribuições jurídicas

Para a Organização Mundial de Saúde, (OMS) saúde não consiste somente na ausência de doença e sim, no bem-estar físico, mental e social. Apesar de uma definição simples e objetiva, há grandes desafios para que se possa atingir tal completude, fatores psicológicos, políticos e culturais ainda precisam ser desvencilhados fazendo uma ponte entre saúde e cidadania. (PIOVESAN, 2015).

A busca pelo bem-estar físico, mental e social é objetivo final a ser alcançado pelo direito à saúde, mas depende de outros fatores determinantes e condicionantes para a sua efetivação, tais como os direitos à proteção do meio-ambiente, saneamento, educação, bem-estar social, assistência social, e ao acesso aos serviços médicos de saúde.

A Saúde é um dos principais componentes da vida, poder-se-á dizer que é um pressuposto de existência, seja como manutenção da vida, seja como respaldo para a qualidade de vida. Portanto, saúde e vida estão intimamente ligadas. Nesse contexto, muitos doutrinadores entendem que a saúde é um direito de segunda geração, direito individual, fundamental nascido e garantido como elemento de cidadania, como determina o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos é o alicerce que nos dá a certeza de que o direito á saúde é um direito humano essencial inerente a vida humana.

A saúde é, assim um dever constitucional do Estado, mais além desta colocação, um direito social efetivo pautado em princípios jurídicos. Dentre eles, está o artigo 196 da Constituição da República.

2.2 O dever constitucional do Estado em assegurar a saúde do art. 196 da Constituição Federal

A Constituição Federal da Republica de 1988 estabeleceu a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Segundo o as colocações de Streck (2007, p.310):

> Do mesmo modo, percebemos a Constituição "como" Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição "como" Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição "como" Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os tem. [...].

Estabelece o artigo 23, inciso II a Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, razão pela qual os entes integrantes da federação atuam em cooperação administrativa recíproca, visando alcançar os objetivos descritos pela Constituição.

Pelo fato de ser solidária a responsabilidade entre os entes que compõe a federação, nenhum deles poderá invocar qualquer óbice com objetivo de abster-se do cumprimento deste preceito constitucional.

2.3 Dignidade humana da pessoa:

O princípio da dignidade humana que contempla um valor absolutamente fundamental e, que certamente, reflete em todos os demais princípios e direitos como o direito à vida, o direito a igualdade, o direito a integridade física, o direito a integridade moral ou psíquica, dentre outros. Sendo cabível nas mais diversas situações jurídicas ou até mesmo nas relações puramente cotidianas, embora reconheça-se que os princípios constitucionais exerçam diferentes funções.

Acentua a Ministra da Suprema Corte Cármem Lúcia, que princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, e seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo o contrarie é juridicamente nulo (PIOVESAN, 2015).

Notável é a inadmissibilidade de todo e qualquer ato que tenha por intenção ou resultado o desrespeito a dignidade da pessoa humana, de tal modo que o descumprimento desse princípio acarretará a nulidade de atos praticados de forma oposta, tendo em vista que

cabe ao Estado atuar na promoção e guarda da dignidade de todos, isso independe se o ato da prestação estatal decorreu da administração pública direta ou indireta. Todavia, o entendimento tanto poderia como deveria ir além, cabendo a sociedade atual uma mudança mutua e reciproca, pois sem o devido respeito nas relações humanas não há que se identificar a dignidade propriamente dita.

Ressalte-se a inerência da dignidade ao homem que reconhecidamente o acompanha desde a concepção. O homem nasce com a dignidade, como se assim fosse para ele um órgão vital que ninguém pode retirar. Por fim, entende-se que a lei maior abrigou esse direito, não o tendo criado, porém o reconheceu de tal forma que é o fundamento da República.

2.4 Direito a vida:

O Art. 5º, caput da Constituição Cidadã de 1988, assegura a todos aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida.

Como acentua Morais (2006), o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos.

A vida está intrinsecamente ligada a dignidade da pessoa humana, desse modo de acordo com o texto constitucional o direito a vida não se encerra, simplesmente no fato de se estar vivo, mas importa numa existência digna que deve preceder de condições mínimas promovidas pelo Estado para a aludida existência .Sendo assim, o Estado se vê diante das seguintes obrigações, a conhecer: a obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não detenha recursos suficientes e que não tenha possibilidade de aquisição com recursos próprios, por conseguinte cumpre ao poder público a efetivação de órgãos públicos ou privados, através de autorizações ou convênios , para prestação de serviços públicos adequados, cuja pretensão é reduzir ou extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna para toda pessoa (MORAIS, 2006).

O direito a vida precede o direito á saúde, uma vez que sem saúde não há que se falar em preservação da vida com dignidade, outro aspecto importante é o de uma sobrevida com qualidade e segurança. Tem se apontado nos últimos anos um prolongamento na expectativa de vida da população mundial, inclusive do Brasil o que implica na qualidade de vida e sobrevida.

Ressalte-se a extrema importância da preservação da vida como um todo, apontada como bem supremo por nossa Constituição Federal, através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo um dever do Estado garantir sua preservação, bem como a

inviolabilidade e a irrenunciabilidade devem estar resguardadas pelo Estado Democrático de Direito.

2.5 Proibição do retrocesso:

Após a promulgação da Constituição de 1988 a importância dos direitos sociais ganhou força e destaque especial, são estes o fundamento para a realização do controle constitucional.

Tais direitos são agentes legitimadores para que o Poder Judiciário possa coibir qualquer norma criada pelo legislador, idealizada para atingir a coletividade, em detrimento do indivíduo ou de minorias.

Segundo Fernandes (2011, p.357):

> [...] o princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativa adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que tenha prestações alternativas para os direitos em questão.

O que veicula a legitimidade do Estado é o Princípio basilar da dignidade da pessoa humana, para a compreensão, interpretação e aplicação de todos os direitos inseridos na Constituição. Ressalte-se que ao mesmo passo em que o Estado possui o poder de limitar, este por sua vez também sofre limitações.

Sarlet (2001) entende que o princípio de proibição do retrocesso social possui íntima ligação com a noção de segurança jurídica, própria do Estado de Direito. Segundo seu ensinamento, não é possível falar em proteção à dignidade da pessoa humana em meio a instabilidade jurídica.

Pode-se depreender, então, que a concretização dos direitos sociais está atrelada as oportunidades que o Estado social oferta ao indivíduo. Apesar de serem inerentes a toda e qualquer pessoa é sabido que a efetivação desses direitos não chega a todos, em razão de vários fatores, desde a incapacidade estatal até mesmo, por fatores decorrentes da própria condição da pessoa.

2.6 Reserva do Possível

O princípio da reserva do possível está intimamente ligado ao princípio da eficiência positivado no caput do artigo 37 da Constituição de 1988, regulamentando que a

Administração Pública deve ser organizada de modo a alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público, uma vez que os recursos públicos devem ser aplicados prioritariamente no atendimento das necessidades essenciais da população, em consonância com a realidade econômica do país, haja vista que na reserva do possível pede-se que se note os limites jurídicos.

Questões orçamentárias e normas administrativas não podem se sobrepor aos bens maiores da vida e da saúde (art. 5º, *caput,* 196 ao 200 da Constituição Federal), ou seja, impedirem que se salve uma pessoa doente, até mesmo por que não acolhe a jurisprudência pátria a simples alegação da reserva do possível em sua cotação jurídica.

A previsão orçamentária está sendo interpretada de forma singular, como se os casos individualizados tivessem que constar dessa previsão, poso como é de sabença o orçamento do Poder Público é feito de maneira abstrata. Assim, a gestão administrativa deve ser realizada para garantir a recuperação da saúde, fundamentado no artigo 196, 197 e seguintes da Constituição Federal.

2.6 O Mínimo Existencial

O conceito de mínimo existencial é resultado de determinados princípios constitucionais que guarda um emaranhado de prerrogativas, cuja finalidade é promover condições adequadas de uma existência digna, assegurando ao cidadão o acesso efetivo a prestações positivas do Estado, viabilizando o pleno gozo de direitos sociais básicos, como o direito à educação, o direito à proteção integral, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança, dentre outros.

Contudo, o mínimo existencial não pode ser objeto de entraves, mas sim questão prioritária do Estado do bem-estar social que está comprometido com o garantismo, promovendo o acesso a vida com dignidade.

Desta forma, o mínimo existencial está pautado pela prestação mínima de direitos e garantias fundamentais, exigidas por circunstancias de sobrevivência física e moral como pessoa, daí a qualificação existencial ou vital, implica em uma proteção contra as ameaças à sobrevivência, uma garantia mínima, de existência fisiológica, associado, portanto, à garantia dos pressupostos mínimos a sobrevivência com dignidade, isto é, o acesso ao básico, de alimentação, roupa, cuidados de saúde e de alojamento sem os quais mão há vida digna concernente a toda pessoa.

Gustavo Amaral (2001) expõe sua divergência quanto à posição de exigibilidade do mínimo existencial. Primeiro, afirma que a real determinação do mínimo existencial seria

fugida e variável na história e no lugar onde ocorressem, histórica, portanto haveria uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o "não mínimo" (AMARAL, 2011).

Em seguida, o mesmo autor (AMARAL, 2011) faz outra crítica, no que tange à unidimencionalidade do enfoque, que vislumbra apenas o grau de essencialidade, já que a exigibilidade não decorre apenas de características relativas da necessidade, mas da análise do caso concreto". Exemplifica citando que um cataclismo, natural ou social, pode momentaneamente tornar inexigível algo que pouco antes o era.

3 DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROTEÇÃO AO DIREITO À SAÚDE:

No cenário atual é notório o posicionamento ativista do judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, vendo-se compelido a intervir em searas especificas dos Poderes Legislativo e Executivo, no que diz respeito ao direito fundamental á saúde, no entanto a postura ativista da Suprema Corte possui grande relevância a se considerar na medida em que o Tribunal é chamado a se manifestar, quanto as decisões a serem tomadas, acerca do direito fundamental á saúde.

3.1 A judicialização das relações sociais e políticas

A crescente judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil surge a partir de importantes mudanças institucionais, amparadas pela Constituição da República de 1988. Sendo um marco relevante o surgimento de constitucionalidade, que no Brasil assume caráter distinto ao fazer uso do sistema difuso e concentrado.

Assim, sempre que ocorrer violação do direito, o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, será provocado para intervir e aplicar o direito ao caso concreto.

Não se olvida que a Constituição prevê expressamente o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou Princípio da Proteção Judiciária artigo 5º, XXXV, Constituição Federal, que constitui "a principal garantia dos direitos subjetivos"

Na lição de Barroso (2009, p.5)

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização (...) é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente

> ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva

Apesar, de os institutos em questão caminharem juntos e um preceder o outro, não se confundem. Existe um equívoco que ainda repousa acerca das diferenças. Todavia, mediante ofensa a um direito social, seja ele proveniente da omissão do Estado, há que se sobrepor as normas constitucionais efetivando sua aplicabilidade.

O Poder Judiciário é de fato aquele que faz cumprir o direito. Ou seja, se a Administração Pública ou um particular - ou mesmo o Legislativo - de quem se cobra a correta aplicação do direito, nega-se a cumpri-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de cumpri-lo.

A falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado, seja a assistência farmacêutica, fornecimento de insumos terapêuticos, ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de acarretar lesão irreparável. Sendo assim, é legítima, dentro deste contexto, a intervenção jurisdicional que prima pelo afastamento da lesão ou ameaça a esse direito. Inúmeras e cada vez mais frequentes, são as demandas ajuizadas com o fim de que o Estado cumpra com a sua obrigação de fazer, ou seja, prestar tratamentos e assistências de saúde de qualidade.

Segundo Carlos Paz, defensor público geral da União, o custo dos medicamentos deve ser olhado da perspectiva de quem precisa: "Para uma população de baixa renda, o que é alto custo pode ser algo muito mais acessível" (CANCIAN, 2016), disse ele, para quem os processos judiciais colaboram para a incorporação de alguns tratamentos no Sistema Único de Saúde e, assim, para redução dos preços.

Possibilitando ao cidadão, ter a ação satisfativa de ver a efetivação das garantias constitucionalmente positivadas e tuteladas pelo Estado, que atuar de forma a ofertar a igualdade material que nem sempre se pode atingir através de políticas públicas pouco definidas, não chegando a determinados grupos da sociedade.

3.2 Ativismo Judiciário:

O termo judicialização é empregado para descrever as transformações constitucionais a partir de1988, que viabilizou maior acesso aos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial ao cidadão.

A judicialização, propriamente dita é o ingresso em juízo de determinada causa, referindo-se a decisões particulares aos tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político ou referente a decisões privadas dos cidadãos. O fenômeno da judicialização surge

como uma procedimentalização do Direito e, também uma extensão dos instrumentos judiciais na seara pública com o intuito de proporcionar a formação da opinião e o acesso ao cidadão as instituições políticas, no caso em análise, a saúde.

Como marco teórico sobre judicialização da saúde analisou-se, dentre outros A Audiência Pública Nº04/2009 do Supremo Tribunal Federal foi de grande relevância no que definições delineadas pela Suprema Corte.

Assim, o fenômeno da judicialização surge como uma procedimentalização do direito e também como uma ampliação dos instrumentos judiciais no âmbito da arena pública com o objetivo de propiciar a formação da opinião e o acesso do cidadão a organização das instituições políticas e sociais como, por exemplo, a saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

É notória a representatividade das diferentes nuances dos anseios da sociedade no Supremo Tribunal Federal, quando da formulação de suas decisões.

Enquanto a judicialização se apresenta como uma consequência do reconhecimento de direitos pelo texto constitucional que aviva a ideia de cidadania, aliada a uma maior possibilidade de acesso ao judiciário, o ativismo se caracteriza como um comportamento próprio do direito, enquanto instrumento da sociedade. A judicialização, assim, é reflexo da ingerência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Na seara da saúde pública, a judicialização é decorrente da falta das prestações garantistas não cumpridas pelo Estado. Contudo, o ativismo decorre de uma interpretação das normas e princípios constitucionais de forma a ampliar sua aplicação a situações não prevista pelo ordenamento jurídico.

O ativismo decorre de uma postura adotada pela corte em exigir do Estado que se faça cumprir aquilo com o que se comprometeu garantir, consequentemente invadindo o campo das políticas públicas formuladas pelos entes federados, por vezes ineficazes, quando não obsoletas. O questionamento acerca da legitimidade democrática desse novo modelo de ação judicial é algo que se coloca com pertinência, na medida em que a ação judicial acaba por tornar tensa a relação entre os poderes. Assim, atribuir à jurisdição constitucional um caráter contrário à democracia seria tendencioso. Há, contudo, limites isso porque, a consolidação da democracia e o respeito às garantias dos direitos fundamentais, tem como prerrogativa a existência de um equilíbrio entre os poderes constituídos judiciais neste sentido, sem o estabelecimento de um amplo diálogo entre os Poderes e a sociedade, pode acarretar prejuízos ao orçamento público, comprometendo a realização de outras políticas

públicas também necessárias à garantia de saúde da população. Acaba por provocar um desequilíbrio na relação entre os poderes.

Cumpre ainda destacar que especificamente, as desigualdades simbolizadas na distribuição dos bens, na limitada forma de participação política e, ainda a inexistência dos mecanismos e das instituições democráticas demonstram a fragilidade das estruturas sociais, impedindo assim a realização da justiça. As diferenças, por sua vez, são características que integram a dinâmica da natureza, da ação humana e do funcionamento da sociedade. Não levar em consideração em um sistema social excluiria o exclui o valor moral substantivo da liberdade, fundamental para a formação da justiça. A Teoria da Justiça de Amartya Sen, estruturada com base no valor moral substantivo da liberdade, é decisiva para a implementação e a avaliação da justiça nas sociedades contemporâneas. Nessa perspectiva, as pessoas têm as condições indispensáveis para o exercício das liberdades substantivas.

REFERÊNCIAS:

AMARAL, G.. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAUJO, L. A. D.. NUNES JR., V. S.. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 9.ª edição. 2005.

BARROSO, L. R. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo**. Migalhas, 2010. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100204-04.pdf. Acesso em: 20 out. 2016.

_____, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática**. Revista eletrônica de direito do Estado**, n. 18 - abr/mai/jun. de 2009, p. 05. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 out. 2016.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, P. **Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo.** 2004. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14991-14992-1-PB.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL (Brasília) Supremo Tribunal Federal. A falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado ao recebimento de medicamento necessários a sua sobrevivência: o direito a saúde. STF AI 562,561/RS- Min. Sepúlveda Pertence, DJ; 14 dez. 2005. **Jus.** Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20150319_055.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL (Brasília). Supremo Tribunal Federal. **Audiência**. Brasília, Pública Do Supremo Triunal Federal, 4, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>. Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

CANCIAN, N.. Decisão do STF sobre fornecimento de remédios guiará ações pelo país. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-acoes-pelo-pais.shtml>. Acesso em 21 maio 2017.

CARMONA, G. L. P. **A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?** 2012. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605. Acesso em: 15 out. 2016.

DIDIER JR, F. **Ações constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERNANDES, B. G.. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p.526.

MORAIS, A. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, I. W. **Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988.** Brasília: Revista Diálogo Jurídico, v. 1, n. 1, Abril de 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

SEN, A.. **A ideia de justiça.** Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____, A.. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, L. L.. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.