

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

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 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

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasiela Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-213-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO
CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE
À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE
DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo
(UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

A (IN)EFFECTIVENESS OF JUDICIAL ACTIVISM IN CONSTITUTIONAL RIGHT GUARANTEED TO HEALTH

Winston de Araújo Teixeira ¹

Resumo

O presente artigo versa sobre a judicialização do acesso ao direito à saúde mediante o Ativismo Judicial. Tem por objetivo apontar a inefetividade do Ativismo Judicial como forma de garantir o acesso ao direito Constitucional à saúde. Para sua consumação, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, os métodos de procedimento histórico, interpretativo e analítico, bem como as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Procede à análise da efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam o direito à saúde no Brasil. Critica a busca excessiva do Judiciário para garantir o acesso à saúde pública.

Palavras-chave: Direito à saúde, Saúde pública, Inefetividade das normas, Judicialização, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the legalization of access to the right to health by the Judicial Activism. It aims to point out the ineffectiveness of Judicial Activism in order to guarantee access to the constitutional right to health. To its consummation , we used the deductive method of approach , methods of historical , interpretive and analytical procedure as well as the techniques of documentary and bibliographical research . Shall examine the effectiveness of constitutional and infra-constitutional rules governing the right to health in Brazil. Criticizes the excessive judiciary seeks to ensure access to public health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Public health, Ineffectiveness of standards, Legalization, Judicial activism

¹ Mestrando em Direito Constitucional do PPGDIR/UFRN.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea onde o capitalismo dita as regras de convivência e de desenvolvimento econômico e social, se faz necessário cuidar da vida, e conseqüentemente, da saúde, pois o ritmo intenso de trabalho, cujos indivíduos estão submetidos, aliado ao sedentarismo e a má-alimentação tem provocado um aumento considerável de doenças crônicas não transmissíveis, como: o diabetes, a hipertensão, a obesidade, etc.

Nesse contexto, o que se vê é uma população cada vez mais doente em busca de um serviço de saúde mais qualificado e mais eficiente, quando na realidade o que se tem é uma disparidade entre a procura e a oferta de profissionais e serviços disponíveis, o que leva os usuários do sistema de saúde a reclamar e a considerar os serviços e ações de saúde ineficientes, cabendo a estes, acionar outra alternativa disponível que, neste caso, é o acesso ao Judiciário.

Destarte, o problema para cujo foco se deseja chamar atenção está na crescente judicialização na busca pela garantia do direito à saúde. E mais, objetiva-se, aqui, proceder a delimitação do Ativismo Judicial, bem como os benefícios e prejuízos decorrentes dessa judicialização, tanto para os demandados quanto para a sociedade.

Toda pesquisa neste tema se mostra de fundamental importância para a coletividade e para os usuários do sistema de saúde pública brasileira. O caos em que se encontra o Sistema Único de Saúde (SUS) reflete na quantidade e na qualidade dos serviços prestados. Por isso, é chegada a hora de uma reflexão acerca da legislação atinente ao direito à saúde e a sua falta de efetividade, e a partir de então buscar a melhor solução para o problema dos milhares de brasileiros que vivem à espera de um atendimento qualificado capaz de promover a sua dignidade enquanto ser humano.

Destaca-se que para o desenvolvimento do vertente artigo foi utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral acerca da definição de saúde delimitada pelas organizações internacionais, mormente, a ONU e a OMS, tendo sido extraído a mais nova acepção da saúde. Quanto aos métodos de procedimento, recorre-se ao método histórico, com a análise da origem do conceito de saúde, sua garantia enquanto direito social fundamental, do método interpretativo, para o enfrentamento da legislação pertinente; e, ainda, do método analítico, através do qual se examinou as questões doutrinárias concernentes ao tema trabalhado. Por fim, no que tange às técnicas de pesquisa, lança-se mão da bibliográfica, através da extração de informações contidas em livros, periódicos e artigos de

internet; e da documental, com a obtenção de dados contidos na legislação e nas decisões judiciais do país.

A saúde é um direito social fundamental à existência humana que precisa ser garantido e efetivado, mediante políticas públicas eficientes. Acontece que mesmo havendo previsão legal desse direito e determinações neste sentido, ainda há casos, cada vez mais frequentes, de afronta às normas legais. Enquanto o Legislativo impõe regras para a aplicação e fiscalização dos recursos públicos na saúde, o Executivo impõe barreiras na sua execução, ocasionando, assim, danos à saúde individual e coletiva.

O que se quer é progredir. As inovações trazidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no sentido de tornar a saúde um bem relevante para a sociedade e para o direito não podem ser relegadas. No cenário internacional existem organizações e documentos que regulam e buscam preservar o direito à saúde de todos, pois associam à saúde à dignidade da pessoa humana. Criaram, inclusive, a cláusula do não regresso, isto é, os Estados que atingirem certo grau de desenvolvimento e aplicarem determinada quantia na política pública de saúde, não podem mais diminuir estes investimentos, mas, somente, ampliar e melhorar as ações e serviços de saúde ofertados à população.

Para melhor compreensão da temática proposta o presente estudo se propõe a analisar a doutrina da efetividade dos direitos sociais, notadamente, à saúde; a dogmática dos direitos sociais; a judicialização da vida e o ativismo judicial, bem como, as objeções à crescente intervenção judicial na saúde brasileira.

2 A DOCTRINA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS (SAÚDE)

Com o intuito de combater a definição dos direitos constitucionais sociais como meras normas programáticas, a doutrina da efetividade busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa, alcançando assim, sua eficácia plena, a fim de coibir esse comportamento adotado pelos poderes Legislativo e Judicial.

Mello (2009, p. 58) lembra que o Direito impõe condutas e que os dispositivos constitucionais “estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos”. Assim, mesmo as regras programáticas que dispõem sobre a “realização da Justiça Social” atribuem ao Estado brasileiro o “indeclinável dever jurídico de realizá-la”.

Nesse diapasão concordam (SALAZAR; GROU, 2009, p. 26) ao afirmarem que

todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.

Sobre a eficácia dos direitos sociais, vale mais uma vez lembrar o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, *in verbis*: “as normas definidoras de direitos fundamentais sejam estes civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata”. (Constituição Federal, 1988)

O que se desprende dessa doutrina é que as normas constitucionais, assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro, possui o caráter imperativo, ou seja, o condão da obrigatoriedade, o que por sua vez, pode ensejar a procurar de meios outros, necessários a essa garantia, seja por meio de ações individuais ou coletivas, mas sempre através do Judiciário, que passa a ter papel decisivo e fundamental na concretização das normas constitucionais, visto que a própria Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 5º, inciso XXXV, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o qual garante à inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário quando da lesão ou ameaça a direito.

Assim sendo, quando o indivíduo se sente ameaçado ou sofre alguma lesão a um direito garantido por lei, não lhe resta outra alternativa além da que está consagrada na Constituição, isto é, de intentar ação judicial contra o órgão competente para garantir o acesso àquele direito ameaçado ou lesionado. Esse entendimento ganha respaldo na evolução do pensamento jurídico-constitucional, que vê no Ativismo Judicial uma alternativa para o combate à inefetividade das normas constitucionais.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E O ATIVISMO JUDICIAL

A redemocratização do país fortaleceu a cidadania e favoreceu a crescente busca pela justiça na sociedade brasileira, através da expansão do judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Diante dessa realidade, a população tomou conhecimento de seus direitos individuais e difusos e passou a identificar a ameaça ou violação a que geralmente estava submetido, passando assim, a fazer uso da informação e dos métodos e técnicas disponíveis à sua concretização de seus direitos, dentre eles a saúde, o que provocou uma crescente busca pela proteção de seus direitos e interesses junto ao Judiciário.

De outra banda, nem todas as promessas feitas pela democracia foram cumpridas (STRECK; MORAIS, 2010, p. 116), em decorrência de alguns obstáculos supervenientes ao processo democrático, elencando como principais: o problema da legitimação para a tomada de decisões e a dificuldade do Estado para se organizar estrutural e funcionalmente para responder às crescentes demandas sociais.

Percebe-se, portanto, que quando a sociedade se deparou com a realidade fática, e notou o grande abismo existente entre a luta travada pela redemocratização em busca da confirmação de promessas de melhoria na qualidade de vida individual e coletiva e o descompromisso dos representantes democráticos para com a concretização dos seus direitos fundamentais, como é o caso da saúde, decidiu recorrer ao Judiciário, como única alternativa, para “salvar” seus ideais de vida digna.

Outro fator que influenciou diretamente a Judicialização foi a constitucionalização abrangente, ou seja, inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária foi trazida para a Constituição Federal de 1988, com o intuito de transformar Política em Direito. Isso significa que se existe um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, e esses são, de algum modo, violados ou descumpridos, é concedido ao indivíduo a formulação de uma ação judicial a fim de obter uma pretensão jurídica, conforme o Princípio da Inafastabilidade, que permite ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou a efetivação das políticas públicas, inclusive da Saúde.

Nessa esteira segue a ideia de (CLÈVE, 2011, p. 58):

A existência de duas dimensões dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. A primeira diz respeito à condição de direitos subjetivos que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva), e a segunda compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais, aos quais vincula também o Judiciário.

Outra causa que justifica a judicialização relaciona-se com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, denominado pela doutrina como híbrido ou eclético, conforme preleciona (BARROSO A., 2003, p. 04):

[...] ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas

matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual, inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

O controle de constitucionalidade consiste na atuação do Judiciário, posterior à edição de uma lei, a fim de impedir a validade dessa norma e, conseqüentemente, paralisar seus efeitos, retirando-a do ordenamento jurídico em virtude de seu texto afrontar preceitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna. Conforme, (NOVELINO, 2008, p. 147), “o controle de constitucionalidade consiste no conjunto de órgãos e instrumentos criados com o objetivo de assegurar a supremacia formal da Constituição”.

Assim sendo, não basta que o Poder Público, por ação ou omissão, contrarie uma norma constitucional, necessário se faz que dessa ação ou omissão nasça um prejuízo para as partes envolvidas na contenda, cabendo à parte lesada sugerir o exame da constitucionalidade daquela norma, com base nas determinações legais, a fim de ver seu direito protegido, bem de como de evitar danos maiores aos envolvidos e a própria coletividade.

Outrossim, a análise do Ativismo Judicial como instrumento necessário à efetivação dessa judicialização. Para tanto, entende-se o Ativismo Judicial como a interferência do Poder Judiciário no campo de atuação dos poderes Legislativo e Executivo, objetivando a proteção e a concretização das normas constitucionais. Segundo BARROSO A. (2003, p. 06), essa postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Isso significa que a atuação do Judiciário não incide em qualquer situação ou conforme o querer dos seus membros, mas mediante a necessidade social de resposta às suas indagações decorrentes da evolução social, principalmente quando a Constituição for omissa, ou quando o legislador ordinário na intenção de preencher uma lacuna constitucional estabelecer uma norma que fira os preceitos fundamentais e ofereça ostensiva violação ao texto constitucional, ou ainda, quando o Poder Público se negar a executar as políticas públicas, como é o caso da saúde pública brasileira.

Em contrapartida existe a autocontenção judicial, que pode ser entendida como a minimização da interferência do Poder Judiciário nas ações dos outros Poderes, de modo a preservar o princípio fundamental da tripartição de poderes, garantida pela Constituição Federal de 1988. (BARROSO A., 2003)

Corroborando esse entendimento Posner (2010, p. 45) afirma que “a autoconstrição judicial, no sentido de hesitação em derrubar as decisões de outros ramos do governo, pode ser parte da concepção que o juiz tem da boa sociedade”. Por isso, é importante sopesar os benefícios e as perdas advindas da proliferação do Ativismo Judicial e do desenvolvimento da autocontenção, visto que, enquanto o primeiro busca melhorar o ordenamento jurídico pátrio através da análise das potencialidades contidas no texto constitucional sem, contudo, criar normas (já que essa é função típica do Legislativo), o segundo quer “restringir o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”. (BARROSO A., 2003, p. 07)

Diante dessa dualidade de pensamentos, onde boa parte acredita ser o Ativismo Judicial necessário à concretização dos direitos sociais, e os demais defendem o desenvolvimento da autocontenção como melhor alternativa, por acreditarem que a intromissão do Judiciário na esfera dos outros poderes representa uma afronta à Constituição Federal, faz-se necessária uma pausa para reflexão quanto à dogmática dos direitos sociais, ou seja, a análise imprescindível das dimensões dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, mas não efetivados.

4 A DOGMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Com o intuito de justificar a decisão tomada pelo Judiciário no momento da colisão apresentada faz-se necessária a ponderação dos direitos envolvidos na lide, diferenciando os direitos sociais dos direitos individuais com base nas dimensões dos direitos fundamentais e nas concepções de existência desses direitos.

Nesta esteira de pensamento, abre-se um parêntese nessa discussão, para informar o pensamento de Esteves (2007, p. 40), segundo o qual existem duas concepções quanto à existência desses direitos, uma restritiva e outra ampliativa. A restritiva decorre do pensamento de Torres (1999, p. 40), que assim infere: “os direitos sociais somente existem como condição para o exercício dos direitos de liberdade”. É possível justificar essa tese com base no dever que o Estado tem de garantir o mínimo existencial a todos, já que sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e

desaparecem as condições iniciais da liberdade. Por outro lado, existe outra corrente que enxerga limites à garantia desse “mínimo existencial”, sendo Barcellos (2002) adepta dessa teoria, que por sua vez entende que há restrição aos direitos sociais, inclusive limitando o “mínimo existencial” à tese de uma “reserva do possível” vinculada à existência de um orçamento. (ESTEVEVES, 2007, p. 42)

Assim sendo, pode-se concluir que conforme a concepção restritiva de direitos, o Estado tem o dever de efetivar os direitos sociais previstos na Constituição Federal, mediante o atendimento ao “mínimo existencial”, ou seja, ao atendimento das necessidades básicas de todo e qualquer indivíduo independentemente de sua condição física, psíquica ou financeira, mas esse atendimento deve estar limitado à “reserva do possível”, que representa a existência de um orçamento previamente elaborado para aplicar os recursos captados de acordo com as diretrizes contidas no orçamento.

Já a concepção ampliativa de direitos, que tem como defensor José Carlos Vieira de Andrade é aquela que entende ser necessária a restrição dos direitos individuais para, assim, assegurar a realização ou a proteção de direitos econômicos, sociais e culturais. (ESTEVEVES, 2007, p. 44)

É importante ponderar esse entendimento porque conforme o pensamento de Sarlet (2010, p. 47), todos os direitos fundamentais são, em última análise, de natureza individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. O que dificulta a restrição de um direito individual para garantir a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, já que todos os direitos possuem natureza individual, ainda que, em algumas situações sejam de expressão coletiva, como no caso do voto.

Outro aspecto combatido por estas correntes se relaciona com a afirmação de que os direitos individuais ensejam uma prestação negativa do Estado, não tendo para este, qualquer gasto para sua efetivação, enquanto que os direitos sociais ensejam uma prestação positiva que demandam custos para o Estado garantir sua consecução.

É sabido que a efetividade dos direitos, sejam eles individuais ou coletivos, requerem uma atuação negativa e positiva do Estado, através do custeio financeiro necessário para sua garantia conforme estabelecido pelas normas constitucionais e pela legislação ordinária. No entanto, a grande celeuma se depara com a possibilidade de colisão entre esses direitos, o que levaria o intérprete a estabelecer uma prioridade e definir qual direito prevaleceria em face da ausência de recursos para atendimento de todos os direitos tutelado. (ESTEVEVES, 2007, p.55)

A atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação de que as ações positivas estatais não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Públicos – especialmente o Executivo, pois inexisteria necessidade de uma decisão derivada do sistema jurídico caso tais Poderes cumprissem o seu papel. (SCHWARTZ, 2001, p. 75)

A dignidade da pessoa humana deve nortear todas as decisões judiciais, pois nesse sentido tem-se certeza de que não haverá violação à vida, já que os direitos fundamentais serão preservados, visto que os direitos humanos não nascem de uma única vez nem tampouco representa uma ideologia utópica, mas urgente e necessária na sociedade contemporânea, que presencia a todo instante grandes violações às normas morais, éticas e jurídicas, que por sua vez trazem em seu bojo a essência da humanidade.

Bobbio (1992, p. 06) afirma que

Os direitos humanos não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-políticas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos, podendo-se falar, assim, em gerações de direitos humanos, cuja primeira estaria ligada aos direitos civis e políticos – as liberdades negativas -, uma segunda geração atrelada aos conteúdos das liberdades positivas, como os econômicos, sociais e culturais, e uma terceira vinculando as questões que afligem os homens em conjunto, como os relativos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, etc.

Nesse mesmo sentido, Bonavides (2001, p. 233) assevera que

Toda problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados

Nesse contexto pode-se inferir que o objetivo maior da preservação e proteção do princípio da dignidade humana é de ver uma sociedade mais justa e igualitária, onde o desenvolvimento econômico caminha junto com a preservação ambiental, e que as liberdades individuais e coletivas (positivas e negativas), não justifiquem o crescimento da violência, mas o estabelecimento da paz, por meio da aplicação imediata e efetiva das normas constitucionais concernentes aos direitos sociais, principalmente, o direito à saúde.

5 OBJEÇÕES À CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE BRASILEIRA

Segundo Barroso L. (2006, p. 08) três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. Essa intervenção está amparada pelo binômio “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Quanto aos riscos para a legitimidade democrática, deve-se lembrar que os juízes não foram eleitos pelo povo como os membros do legislativo e do executivo, por isso se questiona de onde provêm o direito de os juízes e os desembargadores tomarem decisões contrárias aos membros dos outros poderes, vindo inclusive a anular seus atos e vontade.

Segundo o pensamento neoconstitucional há duas justificativas para essa intervenção, a primeira é a normativa, isto é, a própria Constituição Federal prevê e assegura essa intervenção dos agentes públicos nas decisões políticas, sendo, portanto, o Judiciário convocado para exercer o seu papel de intérprete e julgador da lei, pois os juízes e tribunais não possuem apenas um papel mecânico, mas são coparticipantes do processo de criação do Direito.

A segunda justificativa é de caráter filosófico, que por sua vez encontra respaldo em um dos pilares do Estado de Direito, onde a democracia representa a vontade da maioria e o Constitucionalismo defende o limite do poder e a preservação e garantia dos Direitos Fundamentais, ou seja, quando a vontade da maioria for contrária à Constituição ou violar qualquer direito fundamental, aquela não prevalecerá.

Com isso, afirma-se que o Ativismo Judicial bem exercido é antes uma garantia para democracia do que um risco, visto que o Judiciário, através do STF, deve ser deferente para com as deliberações do Congresso, preservando a democracia e os direitos fundamentais, de modo a não suprimir o papel do Legislativo.

Enquanto isso, o risco de politização da justiça representa outra objeção à judicialização no Brasil, podendo ser entendida como o temor de transformar a justiça social em política. Nesse sentido, é importante entender que o Direito não é política, já que em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana.

Aliás, segundo Barroso L. (2006, p. 13) o Direito pode ser Política quando:

[...] sua criação for produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; sua aplicação não for dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; juízes não forem seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.

Acrescentando ao risco da politização da justiça, Esteves (2007, p. 59) entende que

A procura ao Judiciário encontra obstáculo em questões ligadas à capacidade da tutela judicial para responder às demandas que dizem respeito a questões de eficácia de suas decisões, eficiência e acessibilidade ao sistema judicial, consagrando assim, a existência de um direito que não é estatal, logo torna o Judiciário incapaz para resolver questões ligadas ao exercício da cidadania social.

Por outro lado, é evidente que o Direito não é Política, já que esta é a maior inimiga do Constitucionalismo, pois esse não admite escolhas livres, tendenciosas, padronizadas ou de discricionariedade plena. Essa característica é facilmente identificada quando o juiz se depara com uma situação, que em tese, comporta mais de uma solução, devendo, portanto, o juiz aplicar aquela que favoreça a justiça, a paz e o equilíbrio social, mediante o emprego de argumentação racional e convincente, já que todas as decisões dos juízes devem ser motivadas, o que por sua vez garante específica legitimação.

Cabe reavivar os ideários de (BINENBOJM, 2010, p. 60) que assim infere:

Só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Já Esteves (2007, p. 60) acrescenta a ideia de que

Há uma cultura jurídica que impede a tomada de decisões por parte do Judiciário, sob orientações que proíbem os juízes de julgar contra a lei e somente o fazem agir para reconstruir uma realidade que leve a subsunção de um fato a uma norma, sempre em conflitos particularizados, com a prevalência da garantia de direitos do indivíduo.

Em contrapartida é possível asseverar que a intervenção do Judiciário, não caracteriza uma politização do direito, mas, sim, um órgão auxiliar da democracia, que serve como contrapeso nas decisões dos outros poderes, que não agem livremente segundo seu desejo (a vontade da maioria), pois serão submetidos ao aval de juízes, desembargadores e ministros, que por sua vez, sanarão as omissões legislativas e tornarão inválidas as leis inconstitucionais, com o objetivo único de conservar e promover os direitos fundamentais.

O direito fundamental à saúde integra o mínimo existencial e este pode ser exigido judicialmente, não podendo ser restringido pelos outros poderes constituídos. Isso significa que em caso de ofensa a direito fundamental, a discricionariedade legislativa e administrativa é reduzida e passa a se submeter ao controle judicial. (ALEXY, 2008, p. 42).

Por fim, deve-se analisar a capacidade institucional do Judiciário e seus limites, já que o Brasil adota o princípio da separação de poderes proposta por Montesquieu, em o espírito das Leis. E o próprio art. 2º da Constituição Federal aduz que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, o que corrobora a ideia de que os poderes são independentes em suas respectivas esferas de atuação, e devem ser equilibrados, respeitando seus limites e evitando interferir um no outro, de modo que entre eles haja equilíbrio, a fim de se evitar a supremacia de qualquer deles sobre outro.

Encerrando seu pensamento Esteves (2007, p. 60) assevera que

A judicialização dos conflitos sociais frustra a possibilidade de desenvolvimento das lutas populares pela reivindicação de direitos, já que neste caso, não contribui para a análise do problema abordado, uma vez que não se preocupa com a postura que deve ser levada a cabo pelo Estado em face da demanda apresentada, mas tão-somente propõe o deslocamento do campo onde se trava a batalha pela consolidação dos direitos fundamentais.

Acontece que cada poder possui funções específicas como criar normas (Legislativo), administrar e prestar serviços públicos (Executivo), aplicar o direito nas lides (Judiciário), mas juntos devem interpretar, aplicar e proteger a Constituição, cabendo ao Judiciário a decisão final em caso de divergências na interpretação feita pelos poderes. Contudo, essa

garantia não significa que todas as questões conflitantes devam ser resolvidas em um Tribunal.

Por isso, é aconselhável que o Poder mais habilitado, com mais gabarito para causa seja responsável por emitir a decisão final no caso, e não apenas restringir essa aptidão ao Judiciário, já que em muitos casos, os juízes não possuem o conhecimento necessário das consequências de sua decisão e acaba colocando em risco o acesso e a concretização de outros direitos, como é o caso da judicialização do direito à saúde, pois o juiz está preparado para realizar a microjustiça, isto é, atender a tutelas específicas, como um medicamento ou tratamento terapêutico, pondo em risco a própria continuidade das políticas públicas, que deverão relocar os recursos financeiros de um setor para outro.

Quanto a este tema preleciona Posner (2010, p. 58) que a melhor solução é acabar com a ideia de separar formulação de políticas públicas do trabalho judicial. Ele, que é juiz federal, disse que diante de casos difíceis, a decisão do julgador não tem como não passar pela análise de políticas públicas. O resultado final seria, na verdade, uma escolha entre políticas públicas possíveis.

Cumprir observar que alguns problemas da saúde, no Brasil, já foram resolvidos graças a uma atuação eficiente do Estado, mas outros ainda precisam de atenção e cuidado, como: o aumento da expectativa de vida, o que conseqüentemente, proporcionará uma sociedade com mais idosos; a obesidade infantil, fruto de uma má-alimentação e de um sedentarismo precoce; o tempo de espera pelo atendimento do SUS; a incerteza no atendimento e a demora na marcação de exames; a precarização no atendimento; e a ausência de médicos nas unidades de atendimento primário.

Segundo o Ministério da Saúde o Programa Saúde da Família (PSF) atinge anualmente 100 milhões de brasileiros, conseguindo reduzir em mais de 70% (setenta por cento) a mortalidade infantil nos últimos 30 anos; ampliou o número de consultas de pré-natal e diminuiu a desnutrição. Eliminou-se a paralisia infantil e o sarampo, em 2007, e a rubéola, em 2009. No campo de urgências e emergências, surgiu o SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência) que atende anualmente mais da metade da população brasileira, garantindo atendimento pré-hospitalar com qualidade. Foi criado também o programa da Farmácia Popular, que disponibiliza medicamentos com até 90% (noventa por cento) de desconto e, desde março de 2011, a população pode adquirir sem nenhum custo, ou seja, gratuitamente, vários medicamentos para o tratamento da hipertensão e do diabetes.

Nesse sentido, (POSNER, 2010, p. 37) preleciona que

O juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências das opções alternativas: consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro, em suma, para a sociedade.

Isto significa que a atuação do juiz, é possível sim, porém ele não deve tomar a decisão com base apenas no caso específico, mas deve analisar toda a conjuntura envolvida, ou seja, quais as consequências dessa sua decisão, tanto para as partes envolvidas (microjustiça), quanto para os outros direitos econômicos, sociais, políticos e culturais. Pois, é notório para o direito que os efeitos de uma sentença se estende à coletividade, atingindo todos os outros setores da sociedade, podendo trazer melhorias ou retrocessos.

Outra característica do Poder Judiciário é a discricionariedade, a qual concede ao juiz a liberdade de interpretar as normas e aplicá-las ao caso concreto, fazendo uma análise sucinta dos fatos e das leis que regulamenta a situação. Acontece que nestes casos, muitas vezes, os juízes não atentam para os reflexos de sua decisão na sociedade, que poderá interferir na vida de outrem. Além do que, essa discricionariedade pode gerar sentenças diversas para casos semelhantes, pois cada ser humano possui características próprias, e como os juízes não são máquinas que apenas reproduzem ideias, mas são seres pensantes, no momento de tomarem suas decisões, podem chegar resultados diferentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização não é a melhor alternativa para a saúde pública brasileira, senão vejamos os dados atuais da saúde e os principais avanços do setor, os quais surgiram em decorrência de planejamento estratégico e atuação eficiente dos outros poderes, e não do Judiciário.

Nesse diapasão pode-se afirmar que a busca pelo Judiciário não é a melhor solução para a saúde pública brasileira, até porque como falado a judicialização realiza uma microjustiça, quando na verdade o problema da saúde pública é bem mais amplo, necessitando de uma política pública bem elaborada para que seja eficiente. É óbvio que a demanda da saúde pública é maior que os recursos públicos disponíveis, mas nesse caso o que se espera é um serviço de melhor qualidade, onde haja otimização do uso do dinheiro público.

Com base no exposto infere-se que a saúde pública brasileira deu grande passos desde a edição da carta política em 1988, melhorando ainda mais quando da sua regulamentação em 1990, pelas leis 8.080 e 8.142. Contudo, muitos outros problemas ainda subsistem, os quais

possuem amparo legal, mas não são combatidos pelo Poder Público, o que tem gerado a busca excessiva do Judiciário para dirimir estas questões.

Porém, conclui-se, portanto, que a judicialização do acesso à saúde não é a melhor solução para o caso, pois não traz nenhum benefício direto e/ou concreto para a sociedade, podendo oferecer respostas imediatas àqueles envolvidos na demanda, o que caracteriza uma colisão de direitos, pois enquanto o direito de um é garantido por determinação judicial, outros são renegados, já que a “reserva do possível” não é capaz de garantir a execução de todos os direitos individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, A.F. **Aspectos relacionados à efetivação do direito à saúde no Brasil através do poder judiciário**. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, 2003.

_____. **Direito à Saúde no Brasil através do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, 2003.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLÈVE, C. M. **Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ESTEVES, J. L. M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. Método, 2007.

MELLO, C. A. B. de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOVELINO, M. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

POSNER, R. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac. M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SCHWARTZ, G. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, R. L. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.