



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

FLAVIANE CANAVEZ ALVES

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: PROTEÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROMOÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

São João del-Rei

2015

FLAVIANE CANAVEZ ALVES

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: PROTEÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROMOÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada ao curso de
Direito do Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida Neves –
IPTAN – como requisito parcial à
obtenção do título de graduada, sob a
orientação do prof. Esp. Adriano Márcio
de Souza.

São João del-Rei

2015

FLAVIANE CANAVEZ ALVES

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: PROTEÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROMOÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada ao curso de
Direito do Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida Neves –
IPTAN – como requisito parcial à
obtenção do título de graduada em
Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Esp. Adriano Márcio de Souza (Orientador)

Prof. Esp. Fúlvio Jacowson Gomes

Prof. Esp. Raquel Maria Vieira Braga

AGRADECIMENTOS

À Deus por minha vida, família e amigos.

Ao meu orientador Prof. Esp. Adriano Márcio de Souza, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de analisar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, mais especificamente do órgão Supremo Tribunal Federal, no cenário das políticas públicas no âmbito do direito à saúde. Tal análise implicou no estudo da evolução do direito à saúde previsto nas diversas Constituições do Brasil, que gradativamente foi ocupando espaço enfático na ordem social brasileira. Observamos que foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que o direito à saúde encontrou previsão constitucional com caráter de direito fundamental e, por conseguinte, de direito subjetivo. Assim, por ser a saúde um direito social, corolário do direito à vida, além do estudo das legislações constitucional e infraconstitucional específicas, fez-se necessário o estudo dos princípios que a permeiam, os quais auxiliam na sua efetivação. Por fim, adentrou-se na análise dos fenômenos da judicialização e ativismo judicial, inclusive no que se refere à validade destes no ordenamento jurídico brasileiro. Esta análise final possibilitou a conclusão de que o fenômeno da judicialização é legítimo do Estado Democrático de Direito, na medida em que, observados os parâmetros legais, o Judiciário busca a proteção e promoção dos direitos fundamentais – com ênfase no direito à saúde – previstos na Carta Magna. Desse modo, ainda que a regulamentação e execução de políticas públicas sejam de competência dos poderes legislativo e executivo, respectivamente, o judiciário possui legitimidade para atuar em demandas que versem sobre sua efetivação, haja vista que o poder constituinte originário elegeu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito à saúde; Judicialização; Legitimidade; Estado Democrático de Direito; Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	8
1.1. O direito à saúde no Estado brasileiro.....	8
1.2. A saúde e a Constituição Federal de 1988.....	10
1.2.1. Direito social de segunda dimensão.....	13
1.3. Surgimento e Função do Sistema Único de Saúde	16
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE.....	19
2.1. Diferença entre Princípio e Regra	19
2.2. Princípios constitucionais relacionados ao Direito à Saúde	20
2.2.1. Princípio da Universalidade	20
2.2.2. Princípio da Descentralização	23
2.2.3. Princípio da Participação da Comunidade	24
2.2.4. Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial	26
2.2.5. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade.....	29
3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	32
3.1. Judicialização e Ativismo Judicial	32
3.2. O surgimento da judicialização das políticas públicas.....	35
3.3. Judicialização da Saúde Pública e Legitimidade Democrática	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, previsto nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988, é um direito social com característica de direito fundamental. Vale dizer, então, que trata-se de um direito subjetivo que depende da atuação do Poder Público para que seja efetivado. Ocorre que há um déficit da Administração Pública no que se refere à implementação de políticas públicas que visem assegurar o direito à saúde à população, seja por ausência de legislação ou de execução. Dessa forma, a partir do momento em que o indivíduo vê seu direito à saúde lhe sendo negado, recorre ele ao pleito do judiciário. Logo, tendo em vista esse cenário deficiente, as demandas com caráter político – implementação de políticas públicas – são recorrentes no Poder Judiciário, que se vê compelido a proferir decisões que, indiretamente, afetam as demais esferas do poder.

Tendo como parâmetro o cenário acima exposto, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a legitimidade do Poder Judiciário em atuar em demandas que tenham por objeto a implementação de determinada política pública. Isso porque, ao proferir decisões em relação a tal cenário, o Judiciário acaba por invadir e atingir, ainda que indiretamente, as esferas de atuação dos demais poderes.

A análise proposta se faz necessária tendo em vista as críticas e argumentos contrários à legitimidade de atuação do Poder Judiciário em demandas que possuam objeto de cunho político. Tais críticas e argumentos referem-se, basicamente, na afronta ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista a “invasão” judiciária nas demais esferas, e no fato de não serem os membros do judiciário agentes políticos eleitos diretamente pelo povo.

O presente trabalho insere-se na vertente teórico-metodológica denominada como jurídico-dogmática, e irá buscar a interação de elementos constantes no ordenamento jurídico interno, a fim de justificar a relevância – e, portanto, legitimidade – da atuação do Poder Judiciário nas demandas que tenham por objeto a implementação de determinada política pública, a fim de efetivar o direito à saúde. Isso se dará através da utilização, como *corpus* metodológico, de fontes primárias – jurisprudência – e de fontes secundárias diretas – legislações, doutrinas e obras do âmbito do Direito.

No primeiro capítulo, será feito um breve estudo histórico do avanço do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de entender como chegou ele a ocupar lugar relevante na ordem social da Constituição Federal de 1988. Será feita ainda, uma análise das características e peculiaridades impostas pelas legislações constitucional e infraconstitucional, do direito em comento.

No segundo capítulo, se procederá ao estudo dos princípios constitucionais que permeiam o direito à saúde. Buscar-se-á demonstrar a relevância de cada um no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a função de harmonizar a interpretação da ordem jurídica constitucional. Será ilustrada, também, através de exemplos de casos dados pela doutrina, a aplicação de alguns deles.

Por fim, no terceiro capítulo, após realizada uma comparação entre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, será analisado o surgimento daquela no ordenamento jurídico brasileiro vigente, bem como sua legitimidade e validade. Buscar-se-á demonstrar que os argumentos contrários à legitimidade de atuação do Poder Judiciário no âmbito de implementação de políticas públicas concernentes à saúde, só encontram validade se forem avaliados no caso de excesso do referido poder, conforme jurisprudências exemplificativas. Portanto, será demonstrada, ao final, a legitimidade que possui o Poder Judiciário em atuar em demandas que tenham objeto de caráter político, na medida em que possui o órgão Supremo Tribunal Federal, a função precípua de resguardar a Constituição Federal de 1988 e, portanto, os direitos nela previstos.

1. DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 O direito à saúde no Estado brasileiro

De acordo com Barroso (s.d., p. 13), a preocupação com a saúde no Brasil teve seu início com a vinda da Corte Portuguesa, no século XIX. Essa preocupação, todavia, ocorreu de maneira tênue, visando somente o tratamento pontual de epidemias como a lepra e a peste. Foi somente no século XX que a saúde começou a ser tratada de maneira mais adequada pelo Estado.

O artigo 179, XXXI¹ da Constituição de 1824, garantia aos cidadãos brasileiros os chamados “socorros públicos” que, como já mencionado, consistiam basicamente na erradicação de epidemias.

No período que compreendeu os anos de 1870 a 1930, o Estado começou a praticar ações mais efetivas no campo da saúde, que deram origem ao modelo “campanhista”. Este modelo consistia nas ações efetivadas pelo Estado por meio do uso da autoridade e força policial, a fim de manter o controle de doenças e epidemias. O modelo “campanhista” obteve êxito na erradicação da febre amarela no Rio de Janeiro, todavia, houve consequências, como, por exemplo, a Revolta da Vacina, em 1904, devido à insatisfação popular frente às medidas autoritárias adotadas pelo governo.

Ainda nesse período, foi publicado, em 24 de janeiro de 1923, o Decreto nº 4682 (Lei Eloy Chaves), que criou a chamada CAPs – Caixa de Aposentadorias e Pensões – para os empregados das empresas ferroviárias. Assim, somente os empregados ferroviários é que detinham o direito a serem segurados do seguro social.

Nas palavras de Carvalho e Santos (2006, p. 33):

A Caixa de Aposentadoria e Pensões previa os benefícios de aposentadoria por invalidez, tempo de serviço, pensão por morte e *assistência médica*. No âmbito da previdência, estavam incluídos os

¹Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...]

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

serviços de assistência à saúde, como reconhecimento da necessidade de salvaguardar a saúde do indivíduo-trabalhador.

Essa garantia de saúde ao trabalhador foi prevista na Constituição de 1934, representando um grande avanço e estabelecendo bases para o desenvolvimento social. A previsão constitucional encontrava-se no artigo 121, § 1º, “h”, da seguinte forma:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.

Como se depreende da leitura do artigo supratranscrito, a Constituição de 1934 preocupou-se apenas com o direito à saúde dos trabalhadores e das gestantes, evidenciando uma grande valorização destes em detrimento dos desempregados, dos empregados informais e dos trabalhadores rurais. Logo, a assistência médica individual cabia ao Ministério de Educação e Saúde Pública, que detinha prestação de serviço muito aquém da concedida pelo seguro social.

Não houve mudança significativa no cenário da saúde pública com a Constituição de 1946, que regulou em seu artigo 157, XVI², a mesma garantia a previdência da Constituição de 1934 aos trabalhadores e gestantes. Dessa forma, mais uma vez ficou jogado a mercê da assistência médica individual o resto da população que não possuía vínculo de trabalho formal.

A Constituição de 1967 também não inovou o cenário da saúde pública brasileira, já que continuava assegurando ao empregado com vínculo de emprego formal a garantia a “previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da

² Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

[...]

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;

maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado”, em seu artigo 165, XVI. Cabia então às chamadas “santas casas” a prestação de assistência médica individual aos demais cidadãos.

Conforme retrata Carvalho e Santos (2006, p. 33-34):

Não havia, ainda, a preocupação social de garantia da saúde do cidadão. Aqueles que tinham uma força de trabalho deveriam ter garantida uma assistência ambulatorial e hospitalar, mediante contribuição direta para o seguro social público; os demais – trabalhadores informais e não-trabalhadores, crianças, deficientes, idosos etc. –, se não pudessem arcar com os custos das despesas em hospitais privados, ficavam ao desamparo público, cabendo-lhes a assistência humanitária das santas casas.

Dessa forma, infere-se que o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, até a Constituição de 1967, apenas visou o bem estar do empregado, pilar econômico do Estado brasileiro. Foi somente com a Constituição de 1988 que o direito à saúde surgiu como “corolário do direito à vida”. (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 34).

1.2 A saúde e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro vigente até então, ao consagrar em seu corpo direitos e garantias fundamentais, entre eles o direito à saúde a toda população, independentemente de se tratar de trabalhador formal.

Nas palavras de Barroso (s.d., p. 14):

A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.

Ainda nesse sentido Chimenti *et al* (2006, p. 549) doutrinam que “a assistência à saúde independe de filiação ao sistema ou de contribuição do titular do direito subjetivo”. A saúde começou a ser tratada por nossa Carta Magna, então, como sendo um direito social garantido a todo e qualquer cidadão brasileiro, a fim de

assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil³.

Asseveram Carvalho e Santos (2006, p. 34) que:

Com efeito, a atual Constituição, ao conferir uma série de princípios e reconhecer direitos fundamentais do homem, não poderia deixar de lado o direito à saúde, sob pena de tornar inócuo esses direitos. Assim sendo, o artigo 196 é uma consequência do disposto no artigo 1º - a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República; no artigo 3º - o bem de todos os cidadãos como um dos objetivos fundamentais da República; no artigo 5º, *caput* – inviolabilidade do direito à vida, à igualdade e à segurança, abrangendo esta o direito à integridade física e moral e à saúde; e no artigo 6º - a saúde como direito social.

Assim, destaca Carvalho (2006, p. 1019):

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outros.

Como se depreende, é dever do Poder Público assegurar o direito à saúde a todos os cidadãos, independente de contribuição. Além disso, deverá a Administração Pública atuar não somente quando o cidadão o requerer, por encontrar-se debilitado, mas, sim, adotando medidas que visem ao bem estar social, prevenindo a proliferação de doenças e epidemias, o que acaba por preservar, indiretamente, a receita pública destinada a esse setor.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde é “como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos”. Essa visão é tida por parte da doutrina, como Carvalho e Santos (2006, p. 32), como sendo utópica. No entanto, há o entendimento de a saúde compreender medidas preventivas que visem assegurar o bem estar social

³Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

dos cidadão, compreendido na moradia, alimentação, trabalho, educação, atividades física etc, conforme disposto no art. 3º da Lei 8080/90⁴. Dessa forma, o Poder Público deve adotar medidas preventivas e curativas, sendo que as primeiras devem ter prioridade sobre as segundas, isso porque, sendo elas eficazes, o número de demandas por medidas curativas diminui.

Nesse mesmo sentido:

Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. “As ações preventivas na área da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo art. 198, II, da Constituição”. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 644).

Dispõe o artigo 196 da Constituição Federal ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, “garantido 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”. A partir deste dispositivo, o constituinte originário estabeleceu, no artigo 198 da nossa Carta Magna, a criação de um sistema único de saúde, a fim de assegurar as mencionadas garantias como lhe foi estipulado.

O sistema único de saúde foi criado pela Lei nº 8080/90, em conformidade com os preceitos constitucionais, a fim de assegurar a todos os cidadãos o direito à saúde em todos os âmbitos dos poderes, conforme se verá em tópico mais adiante.

Carvalho e Santos (2006, p. 38) lecionam que o direito insculpido na segunda parte do artigo 196 e no artigo 198 é de “eficácia plena, imediata, não podendo o Estado posterga-lo nem condicioná-lo a futura implementação de programas sociais e econômicos”. Assim, segundo os mencionados autores, o artigo 196 deve ser desdobrado em duas partes:

1) a de dicção mais objetiva que obriga o Estado a manter, na forma do disposto no artigo 198 da Constituição e na Lei nº 8.080/90, ações e serviços públicos de saúde que possam prevenir, de modo mais direto, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de agravo à saúde (assistência preventiva)

⁴Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (ações curativas);

2) a de linguagem mais difusa que corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão.” (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 38).

Dessa forma, infere-se que o constituinte originário deu grande ênfase e amplitude ao direito à saúde, impondo ao Poder Público o dever de assegurá-lo à população, através de medidas preventivas e curativas. Trata-se este de um dever imediato, haja vista o fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja, o de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana que tem por base, também, o direito à saúde.

1.2.1. Direito social de segunda dimensão

A doutrina classifica os direitos fundamentais em três dimensões, de acordo com o momento histórico em que surgiram e tendo em vista o bem jurídico a ser tutelado.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram com as revoluções liberais, americana e francesa, as quais buscavam obter liberdade e autonomia privada frente a forte intervenção do Estado na vida dos particulares. Foram os primeiros direitos a serem positivados, sendo considerados intrínsecos ao ser humano. Esses direitos visam o homem individualmente e não frente à sociedade.

Nas palavras de Mendes e Branco (2014, p. 137), os direitos de primeira dimensão “referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais”.

Com o grande avanço industrial, houve o crescimento populacional em massa, bem como das cidades a fim de abrigar a todos. Isso levou ao agravamento das necessidades sociais, gerando reivindicações ao Estado, para que este atuasse de forma ativa na realização de medidas sociais.

Conforme ilustram Mendes e Branco (2014, p. 137):

O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes

Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.

Dessa forma, como se observa, diversamente dos direitos de primeira dimensão, os direitos de segunda dimensão exigem uma atuação/intervenção ativa do Poder Público para garanti-los.

Por fim, os direitos de terceira dimensão compreendem a titularidade difusa ou coletiva, ou seja, visam à proteção da coletividade, e não do indivíduo isoladamente. Os direitos de terceira dimensão compreendem o direito ao meio ambiente, à cultura, à paz etc.

Passada a explicação do surgimento dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões, focaremos nos direitos de segunda dimensão, objeto do presente trabalho.

Como já mencionado, os direitos de segunda dimensão exigem uma postura ativa do Estado para que sejam eles assegurados à população. É bom pontuar aqui que há no Direito Constitucional uma doutrina que defende o caráter programático dos direitos sociais, ou seja, “significando dizer que esses direitos não têm efetividade imediata, não gerando direitos públicos subjetivos, sendo recomendações feitas pela Constituição, a serem cumpridas oportunamente” (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 35).

O mencionado entendimento, todavia, é refutado pela doutrina majoritária, que defende que os direitos sociais possuem característica de direitos fundamentais. Nessa linha, José Afonso da Silva (1999, p. 151) *apud* Carvalho e Santos (2006, p. 35) doutrina que “não lhes tira essa natureza o fato de sua realização poder depender de providências positivas do Poder Público. Por isso, caracterizam-se como prestações positivas do Poder Público”.

Nessa mesma linha, corroboram Mendes e Branco (2014, p. 634):

É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

Dessa forma, resta-se claro que a saúde, para ser concretizada em suas diversas dimensões e por ser um direito social consagrado no artigo 6º⁵ da Constituição Federal, depende de políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Público. Além disso, nos termos do artigo 193 do mesmo diploma constitucional, “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Conforme defendem Carvalho e Santos (2006, p. 36):

O direito à saúde não pode se consubstanciar em vagas promessas e boas intenções constitucionais, garantido por ações governamentais implantadas e implementadas oportunamente, mas não obrigatoriamente. O direito à saúde (artigos 6º e 196) é dever estatal que gera para o indivíduo direito subjetivo público, devendo o Estado colocar à sua disposição serviços que tenham por fim promover, proteger e recuperar a saúde.

Nessa mesma linha, continuam os mencionados autores:

A assistência à saúde não pode ficar à mercê de programas governamentais que podem não acontecer, esvaziando o artigo 196 da Constituição de seu conteúdo, que é a eficácia e eficiência do Estado no pronto atendimento às necessidades do cidadão. Nesse ponto, não há o que objetar. A saúde representa, a partir do texto constitucional de 1988, prerrogativa indisponível assegurada ao cidadão indistintamente. (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 37).

Infere-se, pois, que a Constituição Federal de 1988, assegurou a todos cidadãos o direito à saúde, mediante políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Poder Público, a fim de promover a ordem social, conforme artigo 193. Temos, pois, um direito social com características de direito fundamental, o que vincula o Estado a se comprometer em garantir sua execução imediata.

⁵Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Não pode o Estado, então, abster-se de implantar mecanismos eficazes à garantia da saúde, haja vista ferir diretamente a Constituição Federal e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito.

Assim, frente a tais premissas constitucionais, foi criado o SUS – sistema único de saúde – com o objetivo de assegurar a saúde aos indivíduos, conforme determinação constitucional.

1.3. Surgimento e Função do Sistema Único de Saúde

O SUS foi criado pela Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, em decorrência do disposto no artigo 198 da Constituição Federal, que estabelece que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes”. Dessa forma, podemos dizer que o SUS é uma garantia institucional fundamental.

A própria Lei nº 8080/90 o definiu, em seu artigo 4º, como sendo “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

As competências atribuídas ao sistema único de saúde encontram-se previstas no artigo 200⁶ da Constituição Federal, porém, como consta no *caput* do dispositivo em questão, poderão ser conferidos pela legislação infraconstitucional.

Doutrina Santos (2013, p. 122) que:

A Lei n. 8.080, de 19.09.1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Regula, em todo o território nacional, as ações e

⁶I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
 II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
 III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
 IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
 V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
 VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
 VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
 VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado (art. 1º).

Podemos dizer então, que a Lei do SUS visa a promoção de políticas públicas e sociais, a fim de assegurar o direito à saúde, garantia constitucional atribuída por nossa Carta Magna.

Nas palavras de Chimenti *et al* (2006, p. 552):

O SUS tem por objetivo a formulação e execução de políticas públicas econômicas e sociais que visem a redução do risco de doença e de outros agravos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde e a prevenção (promoção), proteção e recuperação.

O sistema único será financiado com os recursos advindos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entre outros, conforme § 1º do artigo 198 da Constituição Federal.

A garantia institucional em comento tem por base a descentralização, ou seja, cada esfera do governo possui direção única, conforme previsão constitucional do artigo 198 da Constituição Federal, e legal no artigo 9º da Lei nº 8080/90.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:
I - no âmbito da União, pelo Ministério da saúde;
II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de saúde ou órgão equivalente; e
III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Faz-se importante destacar que o dever do Estado em assegurar a saúde à população, não se refere apenas a saúde física, mas também a saúde mental e social. Dessa forma, como já mencionado, dispõe o artigo 3º da Lei nº 8080/90 que a saúde tem como “determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

Por fim, ainda que seja um dever constitucional do Estado garantir a saúde e o acesso a ela a toda população, dispõe o § 2º do artigo 2º da referida lei, que “o

dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Por se tratar o direito à saúde de um direito fundamental, além dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais já mencionados, há também princípios constitucionais que o regem, a fim de garantir maior eficácia em sua implementação pelos órgãos públicos. Sobre tais princípios, tratará o segundo capítulo, a seguir, abordando os aspectos específicos de cada um.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE

2.1. Diferença entre Princípio e Regra

Nosso ordenamento jurídico é formado por normas jurídicas, que podem ser divididas em princípios e regras, sendo ambos utilizados para o fim de se resolverem os litígios presentes no dia a dia forense.

Os princípios diferem das regras basicamente por possuírem um elevado grau de abstração, que será avaliado no caso concreto por meio de uma ponderação dos valores ou direitos conflitantes. As regras, por sua vez, possuem um pequeno grau de abstração, sendo mais fácil o encaixe de determinado fato à sua disciplina.

Moraes (2003) *apud* Carvalho (2006, p. 437), diferencia esses dois tipos de normas jurídicas, doutrinando que:

Princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras, de sorte que eventual colisão é removida na dimensão do peso, ao teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente.

As regras constitucionais são extraídas de enunciados normativos, com reduzido grau de abstração e generalidade, que descrevem situações fáticas e prescrevem condutas intersubjetivas, com a fenomenologia de incidência dirigida pelos princípios, de modo que eventual conflito é resolvido na dimensão da validade, à luz dos critérios cronológicos, hierárquico ou especialidade, com o sistema de Direito Constitucional.

No caso de conflito entre regras jurídicas, será ele solucionado mediante a predominância de uma sobre a outra, sendo esta afastada da aplicação do caso concreto e, conseqüentemente, retirada do ordenamento jurídico, perdendo, assim, sua validade. Dessa forma, uma regra será eliminada frente a outra mais adequada, sendo que deverão ser observados os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, respectivamente.

Já no conflito entre princípios, não ocorre o afastamento ou a eliminação de um sobre o outro, haja vista que eles podem e conseguem coexistir de maneira harmônica no ordenamento jurídico. “Assim, os princípios, por encerrarem

mandados de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, conforme seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”. (CARVALHO, 2006, p. 441). Portanto, ao ser afastado um princípio no caso concreto, não é ele retirado do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, também não perde sua validade.

Ainda nas palavras do autor:

A imprecisão dos princípios, portanto, antes de ser um elemento desvalioso, constitui uma enorme vantagem para as soluções que a prática exige, posto que são eles que viabilizam as mudanças normativas, sem que seja necessária uma contínua modificação no texto constitucional. (CARVALHO, 2006, p. 438).

Vê-se, então, a grande relevância que possuem os princípios em nosso ordenamento jurídico, haja vista desempenharem papel fundamental na garantia dos direitos previstos em nossa Constituição. Frente à colisão entre garantias e valores constitucionais, é por meio deles que se busca a justiça e a ordem social, asseguradas por nossa Carta Magna, conforme se verá adiante.

2.2. Princípios constitucionais relacionados ao Direito à Saúde

2.2.1. Princípio da Universalidade

Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, é dever do Estado garantir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços” referentes ao direito à saúde. Na mesma linha, conforme art. 7º, I da Lei n. 8080/90, o direito à saúde, constitucionalmente resguardado, será norteado pelo princípio da “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”, dentre outros.

Os dispositivos supramencionados referem-se ao princípio da universalidade, que garante o direito à saúde a todo o indivíduo que se encontra em território nacional, independentemente de recolhimento de contribuição junto à previdência social.

Nas palavras de Carvalho e Santos (2006, p. 63):

Anteriormente ao SUS, o acesso aos serviços de saúde só estava garantido às pessoas que contribuíam para o sistema de previdência e assistência social. Essas pessoas eram denominadas “beneficiários” ou “segurados”; as demais não tinham acesso aos serviços públicos de saúde. Hoje, o acesso ficou garantido independentemente de qualquer requisito. A universalidade do acesso é uma decorrência natural do novo conceito de saúde.

Dessa forma, como já mencionado em tópico passado, o direito à saúde com característica de direito fundamental surgiu somente com a Constituição de 1988, sendo que antes do advento deste diploma, o direito à saúde era assegurado somente àqueles trabalhadores formais que contribuíam para a previdência social, ficando o restante da população jogada às chamadas “santa casa”.

Nessa mesma linha, Carvalho e Santos (2006, p. 63-64):

A saúde no contexto constitucional não é mais um “seguro social” a ser satisfeito mediante contribuição especial do cidadão. Nesse particular, a saúde difere da previdência social, que continua a ser um direito assegurado mediante o pagamento de contribuição especial do beneficiário do sistema (artigo 195, II, da Constituição, e Lei nº 8.212/91 e nº 8.213/91).

Assim, segundo o mencionado princípio, todos os cidadãos possuem os mesmos direitos referentes ao acesso à saúde, sem qualquer distinção. Podemos dizer que está ele atrelado ao princípio constitucional da isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Segundo Mendes e Branco (2014, p. 644), “questão que pode ser incluída no rol das políticas para um acesso universal ao sistema de saúde é a quebra de patente de medicamento”, haja vista que isso dá maior efetividade ao acesso à saúde, pois facilita a obtenção e distribuição de medicamentos.

Ainda nas palavras dos autores,

Melhor exemplo é a quebra de patente de medicamentos para o tratamento da AIDS e o Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis. Antes de sua ocorrência, o deferimento de pedidos para a obtenção de “coquetel” para o tratamento da AIDS era extremamente comum no Supremo Tribunal Federal, e os custos com sua compra, elevados. (MENDES; BRANCO. 2014, p. 644)

Observa-se, então, que o direito à saúde, consagrado por nossa Constituição Federal e regulado pela Lei n. 8080/90, deve ser assegurado pelo Estado a toda população que se encontre em território brasileiro, sem qualquer distinção, mediante a adoção de políticas públicas, econômicas e sociais.

Nesse ponto, faz-se necessário uma ressalva, em relação aos beneficiados pelo referido direito. Ao assegurar o direito universal à saúde, o legislador de fato se referiu a toda população que se encontre em território nacional, porém, teve como objetivo maior assegurar o direito à saúde àqueles que não detêm condições de arcar com ela, com recursos próprios. Isso porque, como já visto, o direito à saúde era garantido somente aos trabalhadores com vínculo formal, que contribuíam junto à previdência social, ficando os demais à mercê dos chamados “socorros públicos” ou “santas casas”.

Nesse sentido, é a doutrina de Mendes e Branco (2014, p. 651):

O levantamento também evidenciou que, geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema. Essa constatação foi feita levando-se em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares – 74% dos casos analisados.

Esse quadro indica o desenvolvimento de situação completamente contraditória ao projeto constitucional, quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse a existência de qualquer benefício ou privilégio de alguns usuários.

Nota-se, frente ao quadro acima exposto, que a população que mais se aproveita do direito à saúde, é justamente aquela que possui condições plenas de arcar com o referido direito, com seus próprios recursos. Isso gera um descompasso social ainda maior, visto que, como já mencionado, além de o Estado ter o dever de assegurar o direito e acesso universal às políticas públicas no âmbito da saúde, é dever da família assegurá-la também, na medida em que possui condições. Logo, cabe à Administração Pública e ao Poder Judiciário, analisadas as situações fáticas do destinatário, promover o acesso igualitário à saúde a todos, na medida de suas desigualdades.

2.2.2. Princípio da Descentralização

O princípio da descentralização encontra previsão legal no art. 198, I⁷, da Constituição Federal, e no art. 7º, IX⁸, da Lei n. 8080/90. Segundo os referidos dispositivos e consoante previsão da organização político-administrativa contida no art. 9º da Lei nº 8080/90, a direção do SUS “é única (...) sendo exercida em cada esfera do governo pelos seguintes órgãos”: na União, pelo Ministério da Saúde; nos Estados e Distrito Federal, pela respectiva Secretaria Estadual de Saúde; e nos Municípios, pela respectiva Secretaria Municipal de Saúde.

Frente ao mencionado princípio, cada ente possui direção e administração única, sendo responsáveis pela sua gestão. Esse modelo de gestão tem como objetivo a busca por um atendimento de maior qualidade e eficiência, o que acaba por facilitar, também, a participação e controle da população na atuação do órgão competente.

Na doutrina de Carvalho e Santos (2006, p. 81):

A execução de ações e serviços de saúde, bem como de outros serviços de interesse social imediato, deve ser atribuída ao órgão ou à autoridade que esteja em contato direto com o administrado ou usuário. Além de ser mais racional, tal procedimento permite ao usuário identificar o responsável pela ação, aumentando, assim, o grau de consciência do cidadão e a sua participação no governo. A municipalização das ações e serviços de saúde é o grande avanço do SUS porque efetiva a descentralização política, que é a base do federalismo.

São pressupostos da descentralização, a regionalização e hierarquização da rede pública. Podemos dizer que esses pressupostos são unidades de determinado órgão. Para Carvalho e Santos (2006, p. 82), deve-se “conhecer primeiro as necessidades e os serviços no processo social, hierarquizá-los e regionalizá-los”.

⁷Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

⁸Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

[...]

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

A regionalização diz respeito a um espaço geográfico ou área delimitada para a atuação daquele determinado órgão, no domínio de sua direção. Já a hierarquização de serviços diz respeito à organização das unidades de atendimentos, de grau mais simples a grau mais complexo, por meio de uma rede tecnológica de serviços.

Conforme pontuam Carvalho e Santos (2006, p. 82):

Regionalizar serviços não significa, portanto, apenas distribuí-los espacialmente, mas também, e sobretudo, organizá-los com o indispensável suporte técnico e de recursos humanos, com suficiência de recursos e poder decisório definido sempre de acordo com as necessidades daquela população. Do contrário, um dos objetivos principais da regionalização, que é o de evitar a duplicidade de meios para fins idênticos (inciso XIII, do artigo 7º), não será conseguido, produzindo-se, ao revés, efeitos perversos, como deixar de prover serviços onde estes se fazem necessários e manter ou criar serviços onde deles não há necessidade.

Dessa forma, observa-se que o objetivo da descentralização do SUS é justamente assegurar uma melhor prestação do serviço de saúde à população, haja vista que cada ente e seus órgãos possuem autonomia em sua direção e, também, o dever de assegurar ao administrado o acesso a essa garantia constitucional.

2.2.3. Princípio da Participação da Comunidade

Dispõe o art. 198, III, da Constituição Federal que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade”.

Trata-se de um princípio que consagra o Estado Democrático de Direito, haja vista que concede ao povo o direito de participar de maneira direta dos atos praticados pela gestão do SUS.

Conforme escrevem Carvalho e Santos (2006, p. 244):

A participação da sociedade nos atos de gestão dos administradores públicos decorre, como bem preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, do conceito do que seja Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos pelo voto direto. É por meio desse controle e dessa participação que a sociedade pode exercer o seu poder

político, opinando, rejeitando, esclarecendo, denunciando, oferecendo subsídio, como administrado, aos agentes públicos, em busca da prevalência dos interesses sociais.

A participação da sociedade na gestão do SUS retrata a democracia participativa, ou seja, a participação direta da população nos atos de governo, como acontece com o plebiscito, referendo, iniciativa popular etc. Assim, podemos dizer que “o direito da população de controlar os atos dos administradores públicos é direito público subjetivo”. (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 245).

Foi a Lei n. 8142, de 28 de dezembro de 1990, que regulou a participação da comunidade no SUS, ao criar a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.

A Conferência de Saúde tem a representação de vários segmentos sociais, com reuniões a cada quatro anos, mediante convocação do respectivo Poder Executivo ou, em caráter extraordinário, do Conselho de Saúde ou autoconvocação, para avaliar a situação de saúde e propor diretrizes de políticas públicas (art. 1º, § 1º).

O Conselho de Saúde tem caráter permanente e deliberativo. É órgão colegiado, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários. Sua atuação se volta para a formulação de estratégias e para o controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo (art. 1º, § 2º). (CHIMENTI *et al*, 2006, p. 552).

Nos dizeres de Carvalho e Santos (2006, p. 246):

No tocante ao controle econômico e financeiro da aplicação dos recursos do SUS, a Emenda Constitucional nº 29/2000, em seu ADCT, artigo 77, § 3º, também instituiu o controle social sobre os atos dos administradores públicos, ao propugnar que os recursos da saúde serão aplicados por meio de fundo de saúde, que será acompanhado e fiscalizado por conselho de saúde. A participação da comunidade no SUS significa, tomando emprestada a expressão utilizada por Carlos Ayres Britto, “o povo assumindo enquanto instância deliberativa, tanto quanto se assumem como instância deliberativa, os ‘representantes eleitos’ por esse mesmo povo”.

A participação da população na gestão do SUS não se dá apenas no setor que corresponde à elaboração e execução das políticas de saúde a serem prestadas, mas também no setor econômico e financeiro. Vê-se, pois, que o trabalho deve ser desenvolvido de maneira conjunta pelos administradores e administrados.

Ainda nas palavras dos referidos autores:

Por meio desse canal institucional (conselhos de saúde), a comunidade pode agir no sentido das duas possibilidades de participação e cobrança: fornecendo subsídios às autoridades gestoras do sistema, propondo ou reivindicando medidas específicas de interesse da coletividade, atuando na tomada de decisão com a formulação de políticas de saúde e controlando, *a posteriori*, os atos praticados pelos administradores. (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 246)

Observa-se, então, a importância do princípio da participação da comunidade na gestão do SUS, haja vista ser ela “a expressão mais viva da participação da sociedade nas decisões tomadas pelo Estado no interesse geral, ou seja, da participação popular no exercício do poder político” (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 244).

Por se tratar a saúde de um direito fundamental, que se desdobra de um dos direitos mais importantes presentes em nosso ordenamento jurídico – o direito à vida –, a participação da sociedade na atuação do Estado frente a esse princípio se faz essencial, a fim de auxiliá-lo e fiscalizá-lo, para, dessa forma, se alcançar uma prestação eficaz.

2.2.4. Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

O Princípio da Reserva do Possível tem sua origem na Alemanha, com um julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em relação ao pleito de estudantes que não foram admitidos na universidade no curso de medicina, sob o argumento da limitação de números de vagas. Segundo o Tribunal, apesar da liberdade do indivíduo em poder escolher seu local de formação, deve ser observada a limitação ao número de vagas, ou seja, o limite disponível do Estado.

No cenário jurídico brasileiro, no entanto, o princípio em questão foi adotado com foco na ordem econômica do Estado. Nos dizeres de Masson (2015, p. 289-290):

Com o reconhecimento da estreita e inequívoca ligação entre a realização dos direitos fundamentais sociais e a realidade financeira e econômica do Estado, e com a aceitação de que os recursos são escassos e as necessidades sociais imensas, passou-se a

compreender que o Estado, na sua tarefa de definir prioridades e determinar suas políticas públicas de alocação das verbas existentes, poderia alegar a cláusula da “**reserva do possível**”.

Esta seria uma **limitação jurídico-fática** que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos tanto em razão das **restrições orçamentárias** que lhes impediria de implementar os direitos e ofertar todas as prestações materiais demandadas, quanto em virtude da **desarrazoada prestação exigida pelo indivíduo**.

Nos casos de demandas que tenham por objeto a concretização de direitos sociais, sendo alegado o Princípio da Reserva do Possível por parte da Administração Pública, é necessário que esta comprove a limitação de recursos públicos para garantia da efetivação daquele direito.

Nos dizeres de Masson (2015, p. 293):

Ressalte-se, ainda sobre esta dimensão da teoria da “reserva do possível”, a impossibilidade de a cláusula da reserva do possível servir de fundamento, ao Poder Público, para frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Nesse sentido, ressalvada a ocorrência de **motivo justo e objetivamente verificável**, a reserva do possível não pode ser alegada pelo Estado no intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações firmadas no texto constitucional, especialmente quando “dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

A alegação da cláusula é, portanto, um ônus que recai sob o Poder Público quando este a alegar como defesa frente ao não atendimento das prestações solicitadas, cabendo-lhe o dever de comprová-la satisfatoriamente, não sendo suficiente a alegação genérica de que não há possibilidade orçamentário-financeira de se cumprir o direito, será preciso demonstrá-la cabalmente. Nas palavras de Marmelstein, é o Estado “quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não efetivação do direito fundamental”.

O entendimento atual do STJ e do STF é nesse mesmo sentido de que, salvo por meio de prova inequívoca da ausência de recursos públicos, não deverá ser aplicado o referido princípio sem antes se proceder a uma análise detalhada da demanda.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45/DF:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais,

notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Ainda relacionado à aplicação do princípio da reserva do possível, o Ministro ainda defendeu o entendimento de que deve ser ele condicionado a dois requisitos, quais sejam, a razoabilidade da pretensão e a disponibilidade de recursos públicos.

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Como se vê, é possível e plausível a alegação do princípio da reserva do possível, haja vista não serem infinitos os recursos públicos. Além disso, o Estado não é o garantidor universal de todos os cidadãos, mas possui ele o dever de assegurar a esses o mínimo existencial para uma vida digna, devendo, portanto, comprovar a insuficiência de recursos orçamentários para eximir-se de sua obrigação.

Barroso (2002, p. 245-246) *apud* Masson (2015, p. 296), conceitua o mínimo existencial como sendo o “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”. Dessa forma, como já mencionado, pode o Poder Público alegar a reserva do possível, e ser ela, inclusive, acatada pelo judiciário, porém, nunca poderá ela ser causa de violação ao mínimo existencial.

Nas palavras de Masson (2015, p. 296-297):

Quanto à possibilidade de os Poderes Públicos alegarem a cláusula da reserva do possível diante dos direitos mais básicos à subsistência do cidadão, que compõem o mínimo existencial, há divergência doutrinária. Para alguns (Ingo Sarlet), os direitos que integram esse mínimo, exatamente por serem imprescindíveis a uma existência digna, não se sujeitam à cláusula. Parece-nos ser este o entendimento de Celso de Mello, quando determina a “impossibilidade de invocação, pelo poder público, de cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação,

comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”. Em contrapartida, Novellino nos informa haver “quem defesa não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado”.

Caberá ao Poder Judiciário, então, frente ao caso concreto, analisar de maneira detalhada a situação fática, ponderando a razoabilidade da pretensão e a existência de disponibilidade financeira pelo ente acionado, além de visualizar a possibilidade de ser violado o mínimo existencial. Pois, sendo este violado, não há que se falar em princípio da reserva do possível.

2.2.5. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade é um princípio constitucional que se encontra implícito na Constituição Federal, servindo de norte para a interpretação e solução de casos nos quais há colisão entre dois ou mais valores ou direitos constitucionais. Há, no entanto, expressa previsão do mencionado princípio em legislações infraconstitucionais como, por exemplo, no art. 156, I⁹, do Código de Processo Penal e no art. 2º, VI¹⁰, da Lei n. 9784/99.

Coelho (s.d., p. 109), esclarecendo a doutrina de Karl Larenz (1989, p; 585-586), *apud* Lenza (2012, p. 159), leciona que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade é

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive

⁹Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

¹⁰Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Vê-se, pois, que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade visa, frente à colisão entre valores ou direitos constitucionalizados, realizar uma ponderação ao caso concreto que vise sua solução de maneira justa, levando em conta o equilíbrio social e o bom senso.

No caso específico do direito à saúde, Mendes e Branco (2014, p. 650) expõem uma situação na qual o cidadão vê seu direito à saúde bloqueado ao requerer um medicamento que o SUS não fornece, sendo fornecido pelo mencionado órgão apenas um similar, que, porém, não pode o cidadão fazer uso, seja por qualquer motivo significativo. Assim, conforme doutrinam os autores:

Configurada tal situação, faz-se necessário o exame das razões que impedem o paciente de utilizar a droga escolhida pelo SUS. E, a partir de um critério de ponderação, verificar a razoabilidade do fornecimento requerido. É certo que meras questões burocráticas não podem prejudicar a vida e a saúde da população. Assim, verificado, no caso concreto, que o cidadão em questão não pode fazer uso dos medicamentos fornecidos pelo órgão público (porque já usou e não fez efeito ou por ser alérgico a determinada substância que o compõe, por exemplo), será razoável que, para este paciente, seja adquirida outra droga, desde que seu custo não inviabilize o sistema de saúde como um todo. (MENDES; BRANCO. 2014, p. 650-651).

Ainda exemplificando a aplicação do mencionado princípio no âmbito do direito à saúde:

Na hipótese de o medicamento ainda ser experimental, a Administração Pública deve zelar pela segurança e qualidade das ações e prestações de saúde, não sendo razoável que decisões judiciais determinem o custeio dessa espécie de tratamento, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas. (MENDES; BRANCO. 2014 p. 651).

Nas palavras de Sarlet (2007, p. 14):

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras

constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade.

Infere-se, portanto, que frente à colisão entre dois preceitos, deve haver uma ponderação, a fim de se chegar a uma solução justa, uma vez que a aplicação do princípio em questão será realizada pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, quando acionados.

Observa-se, portanto, que frente ao fenômeno da judicialização da saúde pública, foco do presente trabalho, perceptível se faz a importância dos princípios acima estudados em nosso ordenamento jurídico face aos casos concretos. Isso porque frente a insuficiência ou ausência de regras jurídicas, são eles essenciais ao deslinde das causas, conforme já demonstrado.

Como se vê, é por meio dos referidos princípios que a judicialização encontra sua validade em nosso ordenamento jurídico, tendo o judiciário como garantidor de direitos fundamentais, e promovendo o Estado Constitucional Democrático de Direito.

No próximo capítulo iremos tratar justamente sobre o surgimento e a legitimidade do fenômeno da judicialização no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre o ativismo judicial, ressaltando os benefícios e riscos de cada um, principalmente no âmbito do direito à saúde.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1. Judicialização e Ativismo Judicial

Conforme destaca Barroso (s.d, p. 01), nos últimos anos, o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, vem proferindo decisões “de largo alcance político”, como a implementação de políticas públicas, que vêm sendo aplaudidas pela sociedade, mas que merecem certo cuidado, haja vista a repercussão que isso causa nos âmbitos executivo e legislativo.

É fato que há um grande número de ações de obrigação de fazer tramitando no Judiciário, que visam a prestação ou implementação de determinada política pública, devido a ineficiência ou omissão de determinado ente, o que repercute, então, nas três esferas do poder.

Todavia, ainda que os assuntos referentes as políticas públicas sejam de competência dos poderes executivo (prestação) e legislativo (regulamentação), não pode o judiciário escusar-se de cumprir as prestações jurisdicionais que lhe são acionadas. Isso porque, além do princípio da indeclinabilidade ou inafastabilidade¹¹, as questões que tem como objeto a prestação ou regulamentação de políticas públicas, geralmente estão previstas e asseguradas em nossa Carta Magna. Logo, cabe ao Judiciário – Supremo Tribunal Federal – a guarda e proteção da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, ainda que seja o Supremo Tribunal Federal o guardião de nossa Carta Maior, não pode ele adentrar nas esferas de atuação dos demais poderes, tendo em vista o princípio da separação dos poderes¹².

Os dois fenômenos objetos de preocupação por parte da doutrina e jurisprudência, são a judicialização e o ativismo judicial. Em ambos os fenômenos, o poder judiciário é o responsável em proferir decisões envolvendo questões de largo

¹¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹²Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

alcance político, desvencilhando-se, a princípio, de sua esfera de atuação. O que os diferencia é a forma como a decisão é proferida, bem como a extensão dos impactos acarretados por ela.

Nas palavras de Barroso (s.d., p. 03):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Como se vê, a judicialização ocorre quando as questões levadas ao Poder Judiciário possuem caráter político, afetando diretamente as demais esferas do poder. No entanto, tratam-se de questões com fulcro em direitos constitucionalmente assegurados ao indivíduo, sendo, então, de competência do judiciário o seu desfecho.

Cabe ao judiciário, assim, conhecer e julgar dessas demandas, porém, sempre obedecendo aos limites dos pedidos formulados pela parte, bem como aos limites legais. Não pode o magistrado ou órgão colegiado extrapolar os limites de julgamento, criando novas regras e políticas públicas a serem implementadas, sob pena de invadir as esferas de atuação constitucionalmente atribuídas aos demais poderes.

Por outro lado, Barroso (s.d., p. 06) conceitua o fenômeno do ativismo judicial da seguinte forma:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros dois Poderes. A 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 abstenção ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

No ativismo judicial, além de o poder judiciário decidir sobre matérias políticas previstas e resguardadas constitucionalmente – e em alguns casos nem previstas neste documento maior –, ele invade o campo de atuação dos demais poderes, interpretando de maneira diversa sobre aquele determinado assunto ou criando novas “regras” de aplicação. Trata-se de um fenômeno em muitas situações perigoso, haja vista ir em sentido oposto ao princípio constitucional da separação dos poderes.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmo lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (...) 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. (BARROSO, s.d., p. 06)

Nota-se, portanto, que a judicialização é um fenômeno decorrente e legítimo do Estado Democrático de Direito, haja vista que encontra respaldo constitucional, possibilitando ao cidadão a efetivação dos direitos e garantias constitucionais assegurados a ele que, por algum motivo, o foi negado em um primeiro momento.

Já o ativismo judicial trata-se de um fenômeno prejudicial ao Estado Democrático de Direito, uma vez que desrespeita o princípio da separação dos poderes, sendo que o judiciário invade o campo de atuação dos demais poderes. Podemos exemplificar a interpretação proativa do Poder Judiciário em alguns casos, que não excluem outros mais: a) na descriminalização do aborto nos casos de fetos anencéfalos, pelo STF no julgamento da ADPF nº 54/DF, ampliando, consequentemente, o rol do art. 128 do Código Penal¹³; b) no julgamento dos

¹³Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário (...)

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Mandados de Injunção (MI) 670, 708 e 712, que tinham como objeto a ausência de norma infraconstitucional regulamentando o direito de greve dos servidores públicos, nos quais o STF permitiu ser aplicada a lei de greve do setor privado enquanto não sobrevir legislação específica; e c) na edição de súmulas com efeito vinculante, conforme dispõe o art. 103-A (advindo com a EC 45/2004).

3.2. O surgimento da judicialização das políticas públicas

O fenômeno da judicialização, como já discutido em tópico anterior, é um fenômeno legítimo do Estado Democrático de Direito, na medida em que respeita os parâmetros legais e restringe-se ao objeto pleiteado pela parte. Dessa forma, necessário se faz o estudo de seu surgimento.

Nas palavras de Asensi (2013, p. 189-190):

De fato, é possível pensar o protagonismo do Judiciário no Brasil de uma forma ainda mais ampla e conceitual, isto é, como uma “profecia que se cumpre por si mesma”. O fortalecimento do Judiciário no Brasil ocorreu em função de uma série de circunstâncias e fatores sociais, políticos e culturais no século XX, que culminaram na intensificação da judicialização dos conflitos e dos próprios direitos. Tais transformações foram decisivas para o fortalecimento institucional do Judiciário enquanto “profecia”, recebendo este o “chamado” para ser a instituição privilegiada de direitos Brasil.

Barroso (s.d., p. 03-06) lista três causas responsáveis pelo surgimento da judicialização das políticas públicas.

A primeira foi a redemocratização. A Constituição de 1988 desconstituiu a função meramente técnica do judiciário, investindo-o com a função precípua de fazer valer seu texto e as demais leis, inclusive nos confrontos com os demais poderes. Além disso, com a redemocratização e o poder soberano nas mãos do povo, este passou a se informar e a buscar seus direitos, acionando o judiciário quando aqueles lhes são negados. “Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”. (BARROSO, s.d., p. 03).

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, ou seja, questões não só de cunho jurídico foram constitucionalizadas. Logo, política também virou matéria de direito. Assim, qualquer matéria disciplinada em norma constitucional acarreta

direito e, conseqüentemente, pode vir a ser objeto de ação judicial. Nas palavras de Barroso (s.d., p. 04) “a carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador”, o que acarretou, então, a constitucionalização em massa.

Enfim, a terceira e última causa é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que permite a análise de constitucionalidade de determinada norma em abstrato – por meio de ADI, ADC, ADO e ADPF –, a ser proposta por qualquer dos legitimados listados no art. 103¹⁴ da Constituição Federal. “Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”. (BARROSO, s.d., p. 04).

Barroso (s.d., p. 05-06), por fim, ressalta que:

Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

No cenário das políticas públicas referentes ao direito à saúde não podia ser diferente. É um dos setores nos quais há maior quantidade de ações judiciais em trâmite.

Nos dizeres de Mendes e Branco (2014, p. 644):

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

¹⁴Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [...]

Numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento.

É de fácil visualização que no cenário acima apresentado por Mendes, a judicialização é medida essencial a fim de sanar o déficit das políticas públicas concernentes à saúde pública. Isso porque o direito à saúde é um direito social, com característica de direito fundamental, previsto e assegurado por nossa Carta Magna a todo aquele que se encontre em território brasileiro, princípio já comentado.

Assim, ainda que caiba aos poderes executivo e legislativo sua implementação e regulamentação, respectivamente, o judiciário é competente quando acionado, a fim de decidir acerca daquele fato, desde que respeitados os limites do pedido formulado pela parte, bem como os limites legais.

3.3. Judicialização da Saúde Pública e Legitimidade Democrática

A judicialização das políticas públicas é legítima do Estado Democrático de Direito, haja vista ser decorrente do mesmo. Dessa forma, no que diz respeito especificamente à judicialização da saúde pública, o STF já se manifestou no sentido de sua legitimidade para atuar quando acionado.

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE n. 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que a “interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que a “essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 643)

Nesse mesmo sentido é a doutrina de Masson (2015, p. 1261):

A atuação estatal deficiente (ou inexistente) na implementação deste direito fundamental autoriza qualquer pessoa (nacional ou estrangeira) a **acionar o Poder Judiciário**, que é legitimado a interferir quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. Segundo o STF, é viável o controle e a intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas sempre que os órgãos estatais, anomalmente, deixam de “respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento estatal desviante”.

Segundo Barroso (s.d., p. 10), são três as objeções que podem ser opostas à judicialização, sendo que “nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria”. Tratam-se dos “riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário”.

No que se refere aos riscos para a legitimidade democrática, o mencionado autor doutrina que deve ser observado que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos pelo povo, mas que, ainda assim, exercem manifesto poder político, podendo, inclusive, anular os atos praticados pelos poderes executivo e legislativo que são, via de regra, legítimos, devido à escolha direta de seus agentes pelo detentor do poder soberano, qual seja, o povo. Feita essa ressalva, é questionado, então, qual seria a legitimidade do judiciário em praticar o mencionado ato de caráter político.

O fato é que, como já mencionado, com o advento da Carta Magna de 1988, matérias de cunho político acabaram por se tornar matérias de direito, haja vista constar expressamente no corpo de nosso documento maior. Dessa forma, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal o posto de guardião da Constituição e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, o legislador originário concedeu mecanismos de proteção ao referido órgão – como, por exemplo, decidir sobre temas que envolvem políticas públicas. Isso porque ao proteger a Constituição, o STF assegura ao povo a efetivação dos direitos nela previstos, que dependem de implementação pelos demais poderes.

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior

parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agente públicos que não são recrutados pela via eleitora, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. (BARROSO, s.d., p. 11)

Em relação à politização indevida da justiça, a problematização se justifica no cuidado que o Poder Judiciário deve ter ao proferir suas decisões, principalmente no cenário de políticas públicas, uma vez que elas nunca devem ser partidárias e, portanto, discricionárias. Isso significa que a diferença básica entre direito e política está, justamente, na discricionariedade de seus agentes; sendo que no primeiro caso, as decisões são vinculadas nas normas e na motivação frente a estas; já no segundo caso, os agentes políticos atuam com uma maior liberdade em sua atuação, a depender do que é mais relevante e propício para o interesse público naquele momento. Porém, é bom pontuar que ainda que os agentes políticos possuam uma certa margem de liberdade, deverá ela sempre se ater aos ditames das leis. Dessa forma, fácil é a visualização de que “evidentemente, Direito *não* é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas” (BARROSO, s.d., p. 14).

Todavia, indiscutível é o fato de que a linha divisória entre direito e política, em muitas situações, não se faz tão nítida.

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são 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. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma

dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. (BARROSO, s.d., p. 13).

Com isso, ainda que o magistrado se encontre frente a um caso que comporta mais de uma solução, não possui ele discricionariedade, haja vista que deverá optar por aquela que mais se enquadra nos preceitos legais, ainda que não seja a que mais lhe agrade.

Por fim, a terceira objeção se dá em face dos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário. Nesse ponto, deve-se destacar que a maioria dos Estados Democráticos de Direito se organizam tendo por base o princípio da separação dos poderes, o qual atribui a cada esfera do poder – legislativo, executivo e judiciário – funções típicas e atípicas. Assim, ainda que cada poder deva atuar na sua esfera típica, haverão situações, previstas constitucionalmente, que ensejam a prática de funções atípicas (é o chamado sistema de freios e contrapesos¹⁵).

Na doutrina de Barroso (s.d., p. 16), nem sempre o Judiciário deverá interferir na tomada de decisões, isso porque há situações que necessitam de conhecimento técnico específico. Dessa forma, ao interferir em determinados âmbitos, o judiciário reflete indiretamente nos demais, acarretando prejuízo.

Pontuadas as objeções acima estudadas, Barroso (s.d., p. 19) conclui da seguinte forma:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Observa-se, pois, que as objeções levantadas pelo supramencionado jurista são relevantes, devendo o Judiciário estar atento as mesmas, a fim de evitar o desvio e abuso de função. Isso porque o Estado Democrático de Direito do qual

¹⁵*Checks and Balances.*

fazemos parte pressupõe a separação dos poderes. Logo, cada poder deve atuar de acordo com suas funções precípuas.

Porém, ainda que exista questionamento acerca de legitimidade democrática frente à judicialização da saúde pública, esta encontra respaldo legal em nossa Carta Magna, como já ilustrado em tópicos anteriores, tanto na forma de regras quanto na de princípios constitucionais.

Conceituando o Estado Democrático de Direito, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 171), assim doutrinam:

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

O Estado Democrático de Direito pressupõe, então, a atuação dos poderes conjuntamente a fim de promover os direitos assegurados constitucionalmente, o que possibilita o desenvolvimento social. Dessa forma, frente à ineficácia ou ausência dos poderes legislativos e executivo em implementar políticas econômicas e sociais eficazes a efetivação do direito à saúde, cabe ao Judiciário assegurá-lo à população. Isso porque, como já mencionado, o direito em questão, com o advento da Constituição de 1988, está presente em nossa ordem social como sendo um corolário do direito à vida.

De tal forma, o que deve ser combatido são os excessos. Nesse sentido, é a lição de CARVALHO FILHO (2009, 85/86):

Apesar da inegável dificuldade na demarcação, temos entendido que o pedido, principalmente no caso de se tratar de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é juridicamente possível quando estiver preordenado a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado, da qual se origine a violação aos interesses coletivos ou difusos. Em contraposição, não se pode considerar possível juridicamente o objeto da ação se o autor postula

que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento, de forma genérica, abstrata, inespecífica e indiscriminada, de obrigação de fazer ou não fazer. Em outras palavras, não pode o Judiciário impor a implementação de políticas públicas de caráter geral, ainda que sejam necessárias - e geralmente o são - para atender a interesses de ordem social. Tais atividades competem aos órgãos administrativos incumbidos da gestão dos interesses coletivos, não sendo lícito a órgão que não disponham de tal competência investir sobre suas atribuições. Infelizmente, pedidos dessa natureza têm sido formulados em ações civis públicas, mas o Judiciário, salvo uma ou outra exceção tem agido com isenção e dentro de seus poderes constitucionais, repudiando esses tipos de pretensões que, na verdade, são despidos de suporte jurídico... Assim, é possível juridicamente que o autor da Ação Civil Pública pleiteie e seja o Município obrigado a efetuar reparos em certa sala de aula, em virtude de situação degenerativa que venha provocando ameaça à integridade física ou mesmo à vida dos alunos que diuturnamente nela permaneçam. Já não teria possibilidade jurídica o objeto que pretendesse que um Estado fosse condenado a cumprir, genérica e indiscriminadamente, a obrigação de dar segurança pública a todos os cidadãos. Na primeira hipótese, o objeto é concreto e o interesse sob tutela é plenamente definido, ainda que não se possa identificar com precisão todos os seus titulares. Na última, ao contrário, a sentença, se acolhesse o pedido, estaria obviamente invadindo o poder de gestão da Administração, sabido que os serviços públicos coletivos reclamam vários requisitos, como recursos orçamentários, atendimento a planos de prioridade administrativa, criação de cargos públicos, realização de concursos etc. A decisão, nesse caso, estaria enveredando nas linhas de gestão próprias dos órgãos administrativos. (grifos nossos).

Portanto, a judicialização é validade, mas com ponderação, vez que não pode extrapolar os limites da separação dos poderes.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

(...) Contudo, não pode substituir a pretensão de compelir o réu a fornecer, genericamente, determinado medicamento a todo paciente munido de receita médica, sob pena de invasão de competência vedada pelo art. 2º da Constituição Federal. (TJMG, Proc. n.º 1.0702.05.241553-7/001, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. SILAS VIEIRA, Rel. para o acórdão Des. EDGARD PENNA AMORIM, j. 17/04/2008, DJ. 15/07/2008; destaques deste voto.)

Indiscutivelmente, é vedado ao Poder Judiciário em realizar funções conferidas de competência privativa da Administração, diversamente do cinzelado no texto constitucional. Devemos lembrar que a “municipalidade tem liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ser

prioridade, não cabendo ao Poder Judiciário Intervir” (REL. MIN.FRANCIULLI NETTO, J.19.12.2003 - BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. nº 169.876/SP 1988, 2009).

Por exemplo, uma decisão judicial não pode de forma genérica alcançar a esfera jurídica de número indeterminado de pessoas usuárias e potencialmente usuárias da rede pública de saúde, vez que seus efeitos interferirão claramente na execução da política pública do Poder Executivo.

Nesse sentido, é o entendimento consolidado do TJMG:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - EXTENSÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A TODOS OS PACIENTES PORTADORES DE CÂNCER - PEDIDO GENÉRICO - IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO - VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1) Não há dúvida acerca da legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública na defesa de interesses sociais e de direitos individuais indisponíveis, mister que lhe foi atribuído pela própria Constituição Federal (caput, art. 127, CF), sendo, portanto, indiscutível, desde que esteja configurado interesse social relevante, como quando se discute sobre o direito à medicamento essencial e, portanto, direito à saúde e à própria vida (arts. 5º e 196, da CF). 2) Contudo, a pretensão consistente na obrigação de "facere" formulada pelo Ministério Público, de que o fornecimento de medicamento seja extensivo a todos os demais pacientes, usuários do SUS, portadores de câncer, do Município de Uberlândia esbarra em objeto genérico, indeterminado e abstrato, a exigir comando judicial de natureza eminentemente administrativa, com ingerência indevida em seara imprópria e poderia vulnerar o princípio da separação dos Poderes insculpido na Carta Magna (art. 2º). (TJ-MG, Relator: EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, Data de Julgamento: 09/09/2008)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS - FALECIMENTO DE UM DOS BENEFICIÁRIOS - PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO QUANTO A ESTE - PEDIDO GENÉRICO - VULNERABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1) Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de se reconhecer, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda. 2) O falecimento de um dos beneficiários da demanda faz com que a Ação fique prejudicada quanto a ele. 3) Pedido de fornecimento de medicamentos não só a ele mas a todos os demais portadores de Mal de Alzheimer no Município, esbarra em objeto juridicamente indeterminado e abstrato, sendo genérico e indiscriminado o provimento pretendido, inadmissível, sob pena de ter-se por vulnerado o princípio da separação dos poderes, insculpido na Constituição da República. 4) Em reexame necessário, dá-se por prejudicada a Ação Civil Pública em relação ao beneficiário

já falecido, e reforma-se a sentença para julgar improcedente o pedido inicial quanto aos demais portadores do Mal de Alzheimer no Município. (TJMG, Proc. n.º 1.0702.05.220137-4/002, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. NILSON REIS, j. 08/01/2008, DJ 22/01/2008; destaques deste voto.)

Assim, a atuação do Poder Judiciário, quando acionado em ações que tenham por objeto o direito à saúde, se faz legítima, com ponderações, uma vez que visa efetivar esse direito subjetivo constitucionalmente resguardado, e desde que se vincule ao pedido da parte. Podemos dizer, então, que “a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco” (BARROSO, s.d., p. 12).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se analisar no presente trabalho a legitimidade do Poder Judiciário em atuar em demandas que tenham por objeto a implementação de políticas públicas, principalmente no âmbito do direito à saúde. Ilustrando que é por meio da atuação do Poder Judiciário, frente à inércia ou déficit dos demais poderes, que se possibilita a proteção dos direitos fundamentais e a promoção do Estado Democrático de Direito.

Verificou-se que a saúde encontra previsão constitucional desde a primeira Constituição de 1824, todavia, não como sendo um direito e garantia fundamental. A saúde era tratada pelos governos passados por meio de ações autoritárias que visavam não o bem estar social, mas apenas a erradicação de epidemias com vistas ao bem estar governamental. Foi somente com a Constituição de 1934 que o direito à saúde começou a ganhar força constitucional, porém, somente no que dizia respeito aos trabalhadores formais que contribuía junto à previdência social. Esse cenário perdurou até o advento da Constituição de 1988 que trouxe o direito universal à saúde, como “corolário do direito à vida”. (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 34).

O texto constitucional de 1988 deu um novo enfoque ao direito à saúde, garantindo este a todo cidadão que se encontre em território nacional, independentemente de contribuição. Além disso, os preceitos constitucionais exigiram regulamentação infraconstitucional a fim de criar o SUS, garantia institucional constitucional. Este órgão foi criado justamente para possibilitar a efetivação do direito à saúde a todos no âmbito nacional.

Viu-se que, por ter o direito à saúde assumido caráter de direito fundamental, o texto constitucional de 1988 trouxe diversos princípios a fim de permearem o tema. Tais princípios encontram-se explícitos ou implícitos na Constituição Federal de 1988, e são responsáveis em harmonizar a interpretação constitucional no que se refere ao direito à saúde nos casos concretos. Além disso, foi por meio desses princípios que o legislador viu a possibilidade de dar maior acesso e efetivação à saúde.

Todavia, percebeu-se, que ainda que o direito à saúde esteja previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação infraconstitucional de maneira exemplar, sua efetivação por parte da Administração Pública é um problema

recorrente. Isso acaba por se tornar demandas judiciais, que visam a implementação de determinada política pública, o que gera a discussão acerca da legitimidade do Poder Judiciário em proferir decisões nesse âmbito. Assim, procedeu-se ao estudo dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, e da validade e legitimidade daquela em nosso ordenamento jurídico.

Constatou-se que a judicialização surgiu justamente devido ao Estado Democrático de Direito, tendo como este, portanto, seu fundamento de validade. Não se trata, pois, de uma vontade ou ação proativa dos membros do Poder Judiciário, mas sim da função desempenhada por estes. Ainda que não sejam os membros do Poder Juiciário eleitos diretamente pelo povo, possuem eles o dever funcional de zelar pelo ordenamento jurídico brasileiro, logo, de zelar, primordialmente, pela Constituição Federal de 1988. Assim, a integralidade do texto constitucional deve ser resguardada. Portanto, ao ser acionado em demandas que tenham por objeto a não observância de preceitos fundamentais, ainda que possuam elas caráter político, não poderá o judiciário abster-se de julgar. Cabe destacar, porém, que o julgamento realizado pelo Poder Judiciário deverá sempre observar os limites legais e os pedidos da parte, características do fenômeno da judicialização, não podendo ele legislar ou dar interpretação diversa do texto constitucional.

Por fim, concluiu-se que judicialização é validade, na medida em que se busca a efetivação do texto constitucional pelo judiciário, nos casos em que os demais poderes mostram-se inertes ou ineficazes. O Poder Judiciário, ao proferir decisões que invadem o âmbito dos demais poderes não está ferindo o princípio da separação dos poderes, haja vista estar efetivando os preceitos constitucionais não observados por aqueles.

O que deve ser observado, portanto, são os excessos. A legitimidade de atuação do Poder Judiciário vincula-se aos limites legais e pedidos realizados pela parte. A decisão proferida pelo referido órgão deve se ater a esses limites. Dessa forma, no caso de ser proferida decisões de largo alcance político, ou seja, que extrapolem os limites legais ou o âmbito individual de determinada demanda, estará o judiciário ferindo, de maneira direta, o princípio da separação dos poderes. Assim, nesses casos, não há que se falar em legitimidade de atuação do Poder Judiciário, pois estará ele afrontando e não resguardando o texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Leigitimidade Democrática. OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 16 jun. 2015.

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

_____ (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824.

_____ (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934.

_____ (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Assembleia Constituinte, 1946.

_____ (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1967.

_____ (1923). Decreto nº 4682, de 24 de janeiro de 1923. *Lei Elóy Chaves*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1923.

_____ (1941). Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941.

_____ (1940). Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, 1940.

_____ (1990). Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. *Lei do Sistema Único de Saúde*. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

_____ (1990). Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

_____ (1999). Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999. Brasília: Congresso Nacional, 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Rel. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 4 maio 2004.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública nº 1.0702.05.241553-7/001 (1)*. Rel. Edgar Penna Amorim. Diário de Justiça, Belo Horizonte, 17 abril 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública nº 1.0707.05.205164-7/012 (1)*. Rel. Edivaldo George dos Santos. Diário de Justiça, Belo Horizonte, 09 set. 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública nº 1.0702.05.220137-4/002*. Rel. Nilson Reis. Diário de Justiça, Belo Horizonte, 22 jan. 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen & Júris: 2009.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 3. ed. de acordo com a Lei n. 12.618/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em 11 maio 2015.