

DA OMISSÃO ESTATAL EM EFETIVAR O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO

Aline Agda Amapola Alves Santos¹

Resumo: O artigo discorre sobre os direitos sociais, especificamente, o direito à saúde consolidado como direito fundamental a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. O direito à saúde vem sendo descumprido pelo Estado mediante comportamentos omissos que comprometem a sua efetivação na prática ou realidade social. Sabendo-se que os recursos destinados à efetivação do direito à saúde são limitados, o Estado acaba alegando a sua irresponsabilidade em cumprir tal direito, com isso, acredita-se que se faz necessário recorrer à judicialização da saúde, dando ao cidadão uma alternativa para que obtenha medicamento e/ou tratamento negados pelo SUS por falta de previsão orçamentária do Poder Público. Dessa forma, discute-se sobre a viabilidade da atuação do Poder Judiciário para enfrentar esse problema, já que engloba ou cuida de perto da realização de um direito fundamental. Para tanto, a metodologia empregada foi estritamente voltada à revisão de literatura sobre o tema, a partir de pesquisas bibliográficas de fontes primárias e secundárias, essenciais para o fichamento sobre o tema-problema. Por fim, a judicialização da saúde é um fenômeno que vem contribuindo para efetivação de um direito fundamental.

Palavras Chaves: Direitos Sociais. Direito à Saúde. Omissão Estatal. Judicialização da Saúde.

Introdução

O presente artigo discorre sobre a importância da judicialização da saúde, sendo necessária uma reflexão sobre a intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito a saúde no Estado Democrático de Direito. Assim, para que o presente artigo seja desenvolvido é importante examinar a omissão Estatal no cumprimento do direito à saúde a ser prestado à sociedade, bem como examinar a necessidade da atuação do Poder Judiciário em suprir e complementar essa omissão, compelindo o Poder Público efetivar tal direito fundamental aos cidadãos.

Daí a necessidade de analisar os seguintes objetivos: verificar os impasses da atuação judicial ao direito à saúde, correlacionando-os com posicionamento do STF, além de analisar a atuação do Poder Judiciário na garantia da efetivação das disposições legais referentes à saúde de competência do Estado.

Os recursos destinados a efetivação da saúde são limitados e diante dessa limitação o Estado se exime da sua responsabilidade em cumprir essa segurança constitucional. Mediante o descumprimento do texto constitucional, é indispensável a intervenção do Poder Judiciário para suprir e complementar as omissões e insuficiências administrativas na efetivação da

¹Graduanda em Direito pelo Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves IPTAN. E-mail: amapolaalves@gmail.com

saúde pelo Poder Público, sendo que este órgão será ou poderá ser compelido a cumprir com seu papel constitucionalmente imposto.

Nessa seara, é importante mencionar que a saúde é essencial para que todos possam usufruir de uma vida digna, sendo dever do Estado a sua efetividade. Consoante sua necessidade e importância, tal direito fundamental social se consolida como cláusula pétrea, não somente por estar ligado ao direito à vida, mas também à dignidade da pessoa humana, não podendo, em hipótese nenhuma, ser excluído ou sofrer diminuição em seu acesso. Assim, como expresso no § 4º, art. 60 da CF/88.

No entanto, o direito à saúde no Brasil ainda enfrenta diversos problemas em relação a sua efetivação. Os desafios vinculados ao seu cumprimento estão aumentando, cada vez mais, possibilitando novos meios para que haja a efetivação desse direito, sendo um deles a atuação do Judiciário.

O artigo será desenvolvido a partir de tópicos, os quais fomentarão a discussão sobre o processo de judicialização da saúde, que pode ser entendido justamente como o ato de transferir ao Poder Judiciário decisões a serem tomadas referentes a um direito que necessita ser concretizado, cuja competência caberia a outros Poderes da República (o Poder Legislativo e o Poder Executivo). Tal processo vem apresentando um crescimento, uma vez que o sistema público de saúde no Brasil vem mostrando ineficiência na condução de uma política pública em oferecer um serviço de qualidade à sociedade. Nesse contexto, inúmeras pessoas têm pleiteado a intervenção do Poder Judiciário na efetividade desse direito fundamental.

Em seguida, tratar-se-á da previsão orçamentária para implementar ações com o direito à saúde e do ativismo judicial. Na previsão orçamentária são aprovados os recursos destinados a saúde, devendo o Poder Público realizar o cumprimento de tal direito a toda a sociedade.

O ativismo judicial, contudo, ocorre a partir da postura proativa dos magistrados em intervir de maneira regular e significativa na omissão dos poderes Legislativo e Executivo, no cumprimento da saúde. Contudo, o Judiciário busca realizar uma hermenêutica jurídica que garante a efetivação desse direito de forma célere, resolvendo o conflito existente.

Posteriormente, o artigo dissertará sobre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. O princípio da reserva do possível se faz presente ao aprovar a previsão orçamentária de um ente federado, sendo à saúde efetivada mediante orçamento público e garantida somente após avaliação das condições econômicas do Poder Público. Assim, o ente federado quando compelido pelo Judiciário a efetivar o direito fundamental, levará em

consideração se determinada condenação/despesa não ocasionará um desequilíbrio em suas contas públicas.

Já o princípio do mínimo existencial está associado ao dever estatal de assegurar aos cidadãos uma vida que seja condizente com a dignidade da pessoa humana, ou seja, o Estado tem obrigação de atender às necessidades mínimas de saúde da sociedade, e ainda, outros direitos sociais expressos na Constituição Federal.

Ao fim, apresentará como conclusão a ratificação da necessidade da atuação do Poder Judiciário para garantir a efetividade e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não efetivados, principalmente, o direito à saúde em questão, sendo importante mencionar que essa intervenção não entrará em conflito com o princípio da reserva legal, porque o Judiciário somente corroborará para garantir ao cidadão o cumprimento do direito à saúde, mas o direito de continuar vivo, respeitando-o dessa maneira como um sujeito de direitos. Para tanto, a metodologia utilizada foi o estudo exploratório a partir de pesquisas bibliográficas em fontes primárias e secundárias, essenciais para a redação do tema.

2 Direitos sociais assegurados na Constituição Federal

A Constituição é a Lei Maior de um país, criada com o intuito de estruturar o Estado e, por conseguinte, disciplinar a sua forma de governo, a formação dos poderes públicos, a distribuição de competências, a aquisição do poder, por fim, as garantias, direitos e deveres, dos indivíduos, dos grupos e da sociedade como um todo.

Acerca disso Moraes (2016, p. 58) leciona:

A Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

No Brasil, Estado Democrático de Direito, sua Constituição de 1988 foi promulgada e, posteriormente, assegurado em seu art. 6º o direito social à saúde como um direito fundamental, garantindo sua aplicabilidade imediata.

Nesse sentido Rothenburg (1999, p. 61-62) salienta:

A própria Constituição deve, além de apontar os direitos, fornecer-lhes meios assecuratórios adequados, sendo que estes devem ser dotados de aplicabilidade direta ou imediata. No entanto, os meios assecuratórios nunca podem regular o direito constitucional, restringindo-os e na ausência de previsão de meios específicos, utilizar os meios ordinariamente previstos para que os direitos fundamentais possam valer mesmo que não estejam acompanhados de garantias jurisdicionais.

Segundo Moraes (2005), a Constituição Federal tem como finalidade estabelecer direitos fundamentais a toda a sociedade, proporcionando aos cidadãos condições mínimas para usufruir de seus direitos. Incluídos no rol dos direitos fundamentais, os direitos sociais, por conseguinte, são classificados como direitos de segunda dimensão, os quais requerem uma atuação ativa do Estado em prol das pessoas menos favorecidas, e estão expressos no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), no art. 6º, segundo o qual dispõe: “São direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, o trabalho, à moradia, o transporte, o lazer, à segurança, à proteção, à maternidade e a infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988)

Silva (2002, p. 285-286) denomina os direitos sociais como sendo:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

O Estado foi intitulado como garantidor da obrigação de asseverar o direito à saúde a toda população e o cidadão a detenção da legitimidade para pleitear o cumprimento de suas garantias constitucionais do ente federado para que possa realizar o cumprimento dessas.

Moraes (2016) ressalta, conforme o art. 5º da Constituição da República, que todos são iguais perante a lei, portanto, sem distinção de qualquer natureza e ainda salienta que é garantida aos brasileiros alcançando até mesmo os estrangeiros em território pátrio, a inviolabilidade do direito à liberdade, à saúde, à segurança, à vida, à igualdade e à propriedade.

Diante dessas ponderações significativas, passa-se analisar de forma exclusiva o direito fundamental à saúde, o qual é necessário para que o presente artigo seja desenvolvido.

3 Direito à Saúde

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais que compõe esse rol constante na Carta Magna que ao ser desenvolvido será realizado uma análise da atuação do Poder

Judiciário na garantia da efetivação das disposições legais referentes à saúde de competência do Estado, fundamentada pelo cumprimento do direito à saúde mediante direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais. Por fim, uma verificação dos impasses da atuação judicial ao direito à saúde sendo correlacionados com o posicionamento do STF.

Ao analisar o texto constitucional, seria incompreensível o direito à vida ser assegurada como cláusula pétrea e não assegurar, com a mesma eficácia de cláusula intocável por emendas constitucionais, a saúde visto que o descaso desse direito pode levar à morte e, conseqüentemente o fim de todos os atos civis.

Assim a garantia do direito à saúde trouxe à sociedade a segurança de poder utilizar os serviços referentes a esse direito de forma gratuita. E, para a efetivação dessa igualdade foi implementado o Sistema Único de Saúde (SUS). A partir dessa implementação, o Brasil apresentou significativos progressos, na garantia desse direito aos cidadãos, pois abrange do indivíduo hipossuficiente ao mais rico, cumprindo desta maneira o comando expresso na Constituição.

Acerca disso, Populim e Mochi (2016, p. 166) ressaltam:

Como todo direito fundamental, o direito à saúde também possui a característica de não discriminação, portanto, o acesso deve ser igualitário, considerando até mesmo a condição econômica do sujeito; assim, mesmo uma pessoa que tem condições financeiras de arcar com um tratamento particular, em tese, terá o pleno direito a ser atendida pelos hospitais públicos ou ainda médicos vinculados ao SUS, como assim pode-se concluir pela redação do artigo 5º caput da Constituição Federal.

Ainda nesse sentido, é bom salientar que a Constituição da República dedicou atenção especial aos assuntos relacionados à saúde, notoriamente constatada mediante a divisão da responsabilidade de seu cumprimento aos três entes federados, instituindo o Sistema Único de Saúde – SUS (art.196 ao art.200). Assim sendo, foi aprovada posteriormente a Lei Orgânica da Saúde nº 8.080 de 1990, tendo como finalidades a regulamentação do SUS em âmbito nacional e a prestação dos serviços públicos de saúde.

Ainda sobre a Lei 8.080/90, Barroso (s.d, p. 16) afirma:

A Lei nº 8.080/90 procurou definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional, devendo promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal. À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde.

Para que essa efetivação seja realizada com eficácia, abrangendo todos os cidadãos, inclusive os estrangeiros residentes no país, como expresso no texto constitucional, é de suma importância um suporte financeiro capaz de atender à demanda de todos. Entretanto, os recursos destinados para o cumprimento de tal direito são limitados.

A vista disso, ocorre a possibilidade de haver omissões no cumprimento dessa segurança por parte do Estado, sendo indispensável a intervenção do Poder Judiciário para suprir e complementar tais insuficiências administrativas no cumprimento do direito à saúde pelo Poder Público. Destarte, o Estado é compelido a cumprir com seu papel constitucionalmente imposto quando os cidadãos acionam o Poder Judiciário. Ou seja, a intervenção do Poder Judiciário se faz necessária para que haja a efetivação do direito fundamental à saúde.

Populim e Mochi (2016, p. 166), por conseguinte destacam:

O Brasil constitui-se em um Estado de bem estar social, cuja principal característica é chamar para a si a obrigação de fornecimento de saúde, educação, desenvolvimento social e econômico. A partir dessa característica tem-se a função de prestação social do Estado, em que é assegurada à população brasileira a possibilidade de recorrer ao Estado com pedidos de benefícios ou ainda medidas judiciais para que se tenha efetivado os direitos fundamentais dispostos pela Constituição Federal.

Considerando a necessidade do direito à saúde e mediante a sua não concretização, caberá à sociedade pleitear o cumprimento das prestações dos serviços públicos à saúde, haja vista se tratar de uma garantia constitucional de aplicabilidade imediata.

Feitas as considerações necessárias no que concerne ao direito à saúde, passa-se para a observação da judicialização da saúde, importante processo para o desenvolvimento do artigo.

4 Judicialização da Saúde

A Constituição da República considerou em seu art. 196 que o Estado seja o garantidor

da saúde pública. A palavra Estado engloba tanto Estados-membros, quanto Municípios e União, uma vez que todos os entes possuem o dever de garantir educação, saúde, segurança aos indivíduos e o dever de proporcionar o bem estar social.

Art. 196. A saúde é 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 (BRASIL, 1988).

O direito à saúde é consequência constitucional indissociável do direito à vida e um direito fundamental que assiste a todos os cidadãos. Portanto, o Poder Público não pode, no entanto, mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população que vem crescendo exorbitantemente, sendo essa omissão considerada um grave comportamento inconstitucional.

A judicialização é um fenômeno recente. Com a promulgação da Constituição Federal foi permitido o processo de redemocratização do Brasil, onde legislador procurou instituir a dignidade humana, a aproximação da sociedade à Justiça e ainda reforçar a importância do Judiciário, que se tornou o guardião dos direitos, das garantias fundamentais e da efetivação dos mesmos casos não concretizados.

O Poder Judiciário vem deparando-se com um crescente número de processos que necessitam de sua atuação na efetivação do direito à saúde previsto no texto constitucional. Assim sendo, tal atuação configura-se na judicialização da saúde, que será examinada neste artigo através da omissão Estatal no cumprimento do direito à saúde à sociedade. Consequentemente, a intervenção do Poder Judiciário, se faz necessária para suprir e complementar uma determinada omissão, compelindo o Poder Público a cumprir o direito fundamental aos cidadãos mediante aspectos constitucionais e infraconstitucionais.

Barroso (s.d, p. 3) define o processo de judicialização como:

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: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...). Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais.

A judicialização é um meio que o Poder Judiciário tem para solucionar uma lide em face dos Poderes Legislativo e Executivo, levando em consideração a omissão destes, sendo que tal omissão configura-se como Síndrome da Ineficácia das leis constitucionais, pois certos dispositivos advêm de uma obrigação legislativa. Então, o Poder Judiciário, objetivando garantir a efetividade dos direitos assegurados no texto constitucional, tendo em vista que estes direitos só poderiam ser cumpridos com uma lei infraconstitucional se vê obrigado a

garantir no caso concreto o uso desse direito.

Acerca da atuação dos magistrados em garantir a efetividade de um direito violado, é importante mencionar que o artigo possui como tema de pesquisa a judicialização da Saúde Pública, com a necessidade de uma reflexão sobre a atuação do Poder Judiciário ao efetivar um direito fundamental, no que se refere à saúde, no Estado Democrático de Direito. Sendo que a pesquisa desenvolvida foi baseada mediante o estudo exploratório de pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias, mediante leitura e fichamentos para auxílio na dissertação do mesmo.

Wang (s.d) enfatiza que o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, teve início na década de 1990, com as ações judiciais referentes ao fornecimento de drogas, principalmente da obtenção do coquetel para o tratamento dos pacientes com AIDS. No entanto, nos últimos anos, esse processo vem crescendo e preocupando o Estado, pois propaga alterações nas contas orçamentárias dos entes federados, promovendo um desequilíbrio no orçamento destes. A decorrência do ganho de causa proporcionou a todos os pacientes portadores da doença a serem tratados pelo SUS e, mediante tal efetivação, o Estado decidiu acrescentar a medicação nos protocolos públicos. Porém, atualmente, as ações têm crescido de maneira acelerada e conseqüentemente vem ocasionando discussões exaustivas da legitimidade do Poder Judiciário em determinar o atendimento ao cidadão que teve seu direito violado.

Costa e Borges (2010, p. 78) dispõem:

A judicialização de medicamentos também está relacionada, embora de maneira menos organizada, a outras doenças com particularidades diversas. Apesar de ter sido impulsionada pelo caso específico da AIDS, o fenômeno também traz problematizações em outras esferas, como em relação ao tipo de tratamento que está sendo solicitado, seu custo e para quem e a quem serve.

O processo da judicialização acerca da despesa das ações, não é aceito, pois para o Estado cumprir determinada decisão judicial, necessitará gastar, ocasionando posteriormente deficiências orçamentárias, e dessa maneira não conseguirá efetuar tal despesa sem prejudicar outras políticas públicas. As ações interpostas contra os municípios são ainda mais graves, considerando seus orçamentos ainda menores que, mesmo assim devem cumprir a imposição do Judiciário. Dessa maneira, é possível identificar o conflito existente entre o direito individual, o direito coletivo e por fim, a política pública dos entes federados.

A discussão sobre a judicialização do direito à saúde é importante por compreender

que diante da ineficiência do Poder Público, em proporcionar as condições mínimas para os cidadãos, é essencial a atuação do Poder Judiciário, porém, este órgão deve ser provocado para atuar em prol do cumprimento do direito fundamental à saúde. Afinal, se trata de uma garantia consagrada na Constituição e regulada pela Lei nº 8080/90, devendo esta lei infraconstitucional ser assegurada pelo Estado a toda sociedade mediante a aplicação de políticas econômicas e sociais.

À vista disso, o artigo tem a situação/problema da efetivação da saúde, ratificando que é direito fundamental de todos os cidadãos, garantido na Carta Magna, mediante políticas sociais e econômicas, tendo como objetivo assegurar aos cidadãos uma vida digna. No entanto, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, e a saúde, por sua vez, um direito fundamental, faz-se necessário à intervenção do Poder Judiciário para que tal direito seja cumprido a todos que tiverem seu direito violado.

Nesse sentido, o art. 2º, §1º da Lei 8080/90 dispõe:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. §1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990)

Acerca disso, merece destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) a qual o Estado de Sergipe, em cumprimento da referida decisão, foi condenado a entregar o medicamento à autora da ação em novembro de 2009, através de sua Secretaria da Saúde. O juízo *a quo* corroborou a tutela antecipatória na sentença, no entanto, após dois meses, a autora veio a falecer, provocando a cessação da obrigação de fazer.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Manifestação: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela UNIÃO, com fulcro no art. 102, III, a, da Constituição da República, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que possui a seguinte ementa: Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde. Édito judicial que condenou o Estado e a União a fornecer medicamento de nome BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg). Falecimento da autora. Pretensão da União em ver reconhecida sua ilegitimidade passiva para eximir-se do cofinanciamento do custeio do medicamento. Impossibilidade. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Eventuais questões de repasse de verbas atinentes ao SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, é notório constatar que a sociedade vem enfrentando dificuldades em usufruir de um direito constitucional, em questão o direito à saúde, pois se depara com a falta de comprometimento da Administração Pública em oferecer serviços com eficiência e de qualidade a toda a população que necessita de um atendimento médico, de uma cirurgia, de um tratamento e de medicamentos. Mediante omissão Estatal é necessário que ocorra a intervenção do Judiciário para efetivação do direito social fundamental.

A intervenção tem se verificado ao longo dos anos no Poder Judiciário como meio para se obter a garantia dos direitos fundamentais, em especial, o direito à saúde; inúmeras ações são distribuídas por ano objetivando o fornecimento de determinado medicamento, próteses, atendimentos, cirurgias. É certo que a Constituição Federal garantiu o acesso à saúde por todos indiscriminadamente por meio de distribuição orçamentária e políticas públicas, porém tais medidas não têm se mostrado eficazes, portanto o que se coloca em questão é se o Poder Judiciário seria o órgão competente para determinar a extensão da responsabilidade do Estado no que concerne à saúde pública. Pois há que se considerar que a Constituição Federal ao garantir o direito à saúde a todos atendendo ao princípio da igualdade e universalidade, não deixa margem para o judiciário negar o acesso à saúde. (POPULIM; MOCHI, 2016, p. 175)

Destarte, Asensi (2010) destaca que o Poder Judiciário tem sido cada vez mais o órgão responsável por decisões e políticas significativas na efetivação de direitos não consagrados e implementação de políticas públicas. Sendo que no processo de judicialização da saúde o Poder Judiciário está ocupando a centralidade no processo de resolução das lides sociais e políticas, ocorrendo, assim, uma sobrevalorização da decisão judicial.

Após as observações pertinentes no que tange ao processo da judicialização, passa-se para análise da previsão orçamentária.

4.1 Reflexão da Previsão Orçamentária

É importante mencionar que o Estado apenas pode gastar se houver previsão orçamentária para concretizar um direito garantido no texto constitucional, principalmente, no que concerne ao âmbito de ações judiciais apreciadas com o intuito de efetivar o direito à saúde, no qual são advindas de liminares do Poder Judiciário.

Oliveira (2006, p. 405) dispõe:

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe à interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.

No Brasil, os poderes Executivo e Legislativo, possuem dentre suas funções a de elaborar e aprovar um plano de governo mediante leis orçamentárias, criadas para vigorarem por um tempo e com o intuito de controlar todas as receitas e despesas desse período, não permitindo que as despesas superem as receitas. No entanto, durante a administração dessas finanças, “os administradores estão unidos às políticas públicas postas no orçamento, sendo, no caso vedada a possibilidade de efetuar despesas sem previsão orçamentária, conforme art. 167, II”. (SOUZA, s.d)

A efetivação e a proteção dos direitos fundamentais, certamente, necessitam de recursos para que os mesmos sejam cumpridos. O Estado, no entanto, possui limitações para programar as políticas públicas de saúde, uma vez que os recursos públicos financeiros são bastante limitados e estabelecidos previamente em orçamentos públicos, aprovados pelo poder legislativo, de cada ente federado.

Nas palavras de Gonçalves (2015, p. 30):

É inegável o impacto negativo provocado pela judicialização sobre o orçamento e o planejamento de custeio da saúde. Mesmo que seja reservada uma determinada parcela das receitas públicas para atender às demandas judiciais, pautado e abalizado por um planejamento que considere variáveis tais a média dos gastos dos últimos anos, a inflação, o aumento da população, é impossível fixar o valor que será dispensado para garantir o atendimento das ações que surgirão durante aquele exercício.

Contudo, o Estado é obrigado a garantir a toda sociedade uma vida condizente com os princípios da dignidade da pessoa humana, sendo de sua responsabilidade atender às necessidades mínimas de saúde de seus cidadãos, inclusive, outros direitos sociais assegurados no texto constitucional.

Assim, o Poder Judiciário vem adotando uma postura ativista, quando acionado pelos cidadãos que necessitam de ter seu direito cumprido, compelindo os entes federados o cumprimento do direito à saúde, assegurando, portanto, aos indivíduos o pagamento de medicamentos ou procedimentos de saúde de alto custo.

Feitas as considerações pertinentes sobre a previsão orçamentária, segue-se para uma observação do ativismo judicial.

5 Ativismo judicial

Quando o Poder Judiciário profere uma decisão no caso concreto determinando a compra de um medicamento ou até mesmo um tratamento que não fora ordinariamente previsto, está, no entanto invadindo a competência do Poder Executivo em estabelecer políticas públicas, atuando desta maneira como um legislador ordinário.

Acerca disso, alguns doutrinadores sustentam que o fenômeno da Judicialização da saúde fere o princípio da independência e harmonia dos poderes, no entanto Schwartz (2001) enfatiza que o Poder Judiciário está constitucionalmente assegurado em proferir decisões favoráveis a este fenômeno e obrigado a efetivar o cumprimento dos direitos fundamentais, dispondo de instrumentos jurídicos específicos para sua função.

Nas palavras de Brito (2012, p.3):

Não obstante esteja o princípio da separação dos poderes inserido no rol das cláusulas pétreas, ele não é absoluto. Ao contrário, é facilmente mitigado quando posto na balança da ponderação juntamente com outros princípios constitucionais, a exemplo da vida, de onde se origina o direito à saúde. A conclusão pela relatividade deste princípio decorre da regra hermenêutica da Máxima Efetividade das Normas Constitucionais, segundo a qual estas devem ter a mais ampla efetividade social. Utiliza-se também o princípio hermenêutico da Concordância Prática, que veda a possibilidade de um princípio anular os efeitos de outro quando em rota de colisão, devendo-se aproveitar o máximo da efetividade de cada um deles.

Para Mendes (2015), ao Poder Judiciário cabe à função de defender os direitos e, principalmente, os direitos fundamentais que são violados. O entendimento doutrinário é que

os tribunais detêm o dever de conferir a tais direitos a máxima eficácia possível, abrangendo a todos os cidadãos.

Asensi (2010, p. 133) ressalta que “em função da inércia da jurisdição, o Judiciário somente pode agir para a concretização de direitos mediante provocação de quem se sentir lesado pela ação ou omissão de outrem, de modo a adotar uma postura estática enquanto não for chamado à resolução de um litígio.”

O fenômeno do Ativismo Judicial adveio mediante a promulgação da Constituição da República através de exaustivas discussões necessárias envolvendo diversos cientista políticos e os operadores do direito. No Brasil atualmente o Poder Judiciário tem registrado, em muitas situações a necessidade de sua atuação.

Barroso (2009, p. 6) dispõe que o Ativismo Judicial é uma opção do juiz, pois é uma interpretação do texto constitucional expansiva que objetiva à reparação do Poder legislativo.

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 de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 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; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Tal fenômeno vem depreendendo um posicionamento desfavorável, pois a judicialização está sendo criticada por configurar-se excessiva por vários doutrinadores.

Afirma Barroso (s.d apud TORRES, 2004) a crítica frequente é a financeira, formulada sob a denominação de reserva do possível. “Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros”.

Ressalta ainda Barroso (s.d, p. 27) outra vertente crítica, é a “impugnação à atuação judicial na matéria, repetidamente formulada, diz respeito à intrincada questão da legitimidade democrática”.

Menciona Barroso (s.d apud GOUVÊA, 2003) por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que “o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, não tendo como avaliar se determinado medicamento é necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública”.

Contudo, após a discussão da legitimidade do Poder Judiciário em legislar positivamente, ocorre à necessidade de dar uma maior atenção ao texto constitucional, pois a Constituição Federal ao garantir o direito à saúde a todos, atendendo dessa forma ao princípio da igualdade e universalidade.

Após as observações sobre o ativismo judicial, prossegue com análise do princípio da reserva do possível.

5.1 A reserva do possível

“A Teoria da Reserva do Possível, em sua origem, não se refere única e exclusivamente a orçamentos e recursos, mas também menciona a condição de razoabilidade como referência principal” (SOUZA, s.d).

No Brasil, o princípio da reserva do possível possui um papel de garantir os direitos sociais de acordo com a razoabilidade, restringindo-os as contas orçamentárias, mitigando, dessa maneira, tais direitos fundamentais.

Lazari (2012, p. 59) ressalta que “a reserva do possível somente comporta alegação excepcional, não podendo ter justificativa a toda e qualquer demanda que lhe é formulada, mas apenas àquela que, de fato, remonta ao inacessível pelo orçamento estatal sem que isso se traduza a prejuízo à coletividade.”

A escassez dos recursos públicos tem sido uma justificativa para à ausência do cumprimento do dever-ser normativo, porém tal fundamento não admite que o administrador não concretize os direitos assegurados, principalmente, os direitos fundamentais ligados a uma qualidade de vida. No caso de uma alegação por parte do Estado mediante a impossibilidade de asseverar um direito aos seus cidadãos, não poderá em hipótese alguma somente se valer do princípio da reserva do possível para eximir de sua responsabilidade. Esta alegação, no caso, deverá ser analisada dentro de um contexto da administração pública, levando em consideração a comprovação de que determinada despesa poderá ocasionar um desequilíbrio nas contas.

Há que se observar, no entanto, que o poder público se vale do princípio da reserva do possível para restringir acesso da população às políticas públicas de qualidade, como dispõe Sampaio (2012, s.p):

A imposição por parte do Executivo do argumento da reserva do possível como grande barreira para a promoção de uma melhor e maior implementação de políticas públicas e de qualidade, e como salvador e justificador das suas omissões gerou total descrédito. Na verdade, ainda que a situação seja de complexa resolução, não seria plausível que a reserva do possível justificasse o injustificável, haja vista ser inquestionável a falta de organização administrativa, os gastos públicos desmedidos e desnecessários despendidos em serviços e bens dispensáveis, e a má gestão em todas as esferas públicas, uma vez que não são estabelecidas metas prioritárias pautadas na transformação da realidade social garantidora de melhor qualidade de vida através da oferta do mínimo vital. É irrefutável a dificuldade de lidar com o argumento da reserva do possível, principalmente no que tange a prestações relacionadas à saúde.

É necessário, portanto, utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana para que o princípio da reserva legal não seja uma forma do Poder Público eximir-se da obrigação de asseverar os direitos fundamentais aos cidadãos. Importante ressaltar que este princípio não contém a ideia do mínimo existencial, dever Estatal, pois o mínimo existencial tem como concepção que o Estado garanta somente os direitos que possibilitem que o indivíduo possa ter uma vida digna.

No entanto, é notória a necessidade de uma insurgência jurídica no cumprimento do direito à saúde, visto que o Poder Executivo, responsável em criar as políticas públicas, a distribuição orçamentária, não tem sido eficaz, ocasionando uma majoração no fluxo de processos judiciais em busca da efetivação do direito à saúde.

Terminadas as considerações do princípio da reserva do possível, segue-se para a observação do princípio do mínimo existencial.

5.2 Mínimo Existencial

O mínimo para uma existência condigna do ser humano é outro limite que orienta as decisões dos magistrados no processo de judicialização da saúde. (GONÇALVES, 2015)

É obrigação Estatal asseverar a todos os cidadãos uma vida que esteja condizente com os princípios da dignidade da pessoa humana, sendo assim responsabilidade do Estado atender às necessidades mínimas de saúde da sociedade, incluindo outros direitos sociais dispostos na Constituição da República.

Para Gonçalves (2015), a obrigação Estatal está incluso o princípio mínimo existencial, sendo de responsabilidade do Estado assegurar às condições dignas de vida a sociedade. Mediante a ineficácia e a omissão Estatal é que o Poder Judiciário vem intervindo ativamente, quando acionado pelos cidadãos para assim garantir o mínimo existencial que é considerado base principiológica da maior parte das ações judiciais, condenando os entes

federados ao pagamento de medicamentos ou de procedimentos de saúde de alto custo.

Conforme art. 1º, III, CF/88, o mínimo existencial é um conjunto de necessidades essenciais para qualquer pessoa ter uma vida com dignidade, como moradia, saúde e educação fundamental. No entanto, é importante observar que o mínimo existencial deve ser ampliado ao máximo de modo a não permitir a redução do conceito do mínimo existencial à noção de um mínimo essencial.

O Brasil não possui recursos materiais suficientes para suprir todas as demandas sociais consideradas graves, porém, mesmo perante essa realidade, é necessário preservar o chamado princípio mínimo existencial para que possam ser asseguradas as necessidades básicas do cidadão.

O mínimo existencial constitui em assegurar as condições mínimas de existência da pessoa humana, não podendo ser considerado, portanto, objeto de ação restritiva do Estado, pois esse princípio permite exigir do Poder Público ações afirmativas que concretizem e concedam a sociedade meios suficientes para manutenção de uma vida condigna e saudável.

O princípio do mínimo existencial é apresentado como o núcleo básico dos direitos prestacionais indispensáveis incluídos no rol dos direitos fundamentais sociais e, portanto, fundamentais.

Considerações Finais

É notória que a constitucionalização dos direitos foi demasiadamente uma conquista da democracia brasileira e, por conseguinte, ter o direito à saúde reconhecido como um direito subjetivo proporcionou a qualquer indivíduo pleitear no Judiciário o cumprimento de tal direito assegurado pela Carta Magna.

Os direitos fundamentais, expressos no texto constitucional, em questão o direito à saúde, no art. 196, dispõe que é direito de todos e ainda dever do Estado a sua proteção, promoção e recuperação. Dessa forma, mister se faz salientar a importância de determinado direito, pois além de estar interligado diretamente à vida, também está associado à dignidade da pessoa humana.

O presente estudo procurou melhor compreender a realidade da saúde pública brasileira ante a omissão estatal e, posteriormente, verificar a necessidade da atuação do Poder Judiciário para efetivar direitos fundamentais não concretizados, compelindo, dessa forma, o Poder Público cumprir e assegurar a saúde ao cidadão que teve seu direito violado.

Desse modo, verifica-se que a atuação do Poder Judiciário supre e complementa determinadas omissões, impondo ao Estado que cumpra os direitos fundamentais não

concretizados, mediante aspectos constitucionais e infraconstitucionais.

Entretanto, o direito à saúde vem enfrentando diversos obstáculos em sua efetivação, quais sejam de ausência de políticas públicas, bem como de ausência de recursos. Assim, aqueles cidadãos que necessitam de um medicamento e/ou tratamento médico para continuarem vivos são obrigados a acionarem o Judiciário para efetivar um direito fundamental.

Nesse sentido, cabe ao Judiciário a tarefa de sopesar as circunstâncias e os pedidos e optar motivadamente por algum deles em razão dessas circunstâncias que giram em torno do problema.

Como resultado da discussão teórica apresentada e do objetivo do presente artigo, conclui-se que é importante e necessária a atuação do Poder Judiciário em compelir o ente federado a cumprir seu papel constitucional de efetivar a saúde a todos. Com isso, a posição ativista do Judiciário deve continuar até que o Poder Público possa prover os direitos fundamentais essenciais a todos, bem como o direito à saúde e, conseqüentemente, o direito à vida.

Neste prisma, tornou-se possível compreender que a judicialização é um meio que o cidadão tem para pleitear um medicamento e/ou tratamento médico ao ente federado que possui como dever o de prover a todos direitos fundamentais, bem como a saúde. Frisa-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário permite os cidadãos ter acesso à saúde, ou seja, a efetivação do direito à saúde, assegurado, constitucionalmente, que vem sendo desrespeitado pelo Estado mediante sua omissão, sendo suprido mediante atuação judicial.

Referências:

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização: O Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010. Disponível em: <<http://biblioteca.jfjb.jus.br/arquivos/ebooks/direito/Indo%20Alem%20da%20Judicializacao%20o%20Ministerio%20Publico%20e%20a%20Saude%20no%20Brasil.pdf>> Acesso em: 21 de mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. [s.d]. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view. Acesso em: 28 de fev. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 12 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm> Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178**. Acórdão em Recurso Extraordinário. Recte. União e Recda: Maria Augusta Da Cruz. Relator: Min. Luiz Fux. DJ 13 de março 2015. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIR+EITO+A+SAUDE%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/z8323er>> Acesso: 25 de mar. 2017.

BRITO, Augusto Vieira Santos de. **Judicialização razoável como meio de efetivar o acesso à saúde** (2012). Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3173. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21258>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

COSTA, Anabelle Carrilho da; BORGES, Máira Selva. A judicialização como acesso ao direito à saúde: considerações ao debate brasileiro. **Sociedade em Debate**. Pelotas. n.16, p. 77-89, jan./jun. 2010.

GONÇALVES, Francismar Sebastião, **A Interferência da Judicialização sobre a Efetivação do Direito à Saúde**. São João Del-Rei: IPTAN, 2015.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. Editora Saraiva; São Paulo; 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32 ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016; São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

POPULIM, Carolina Storti; MOCHI, Tatiana Giovanin. Judicialização da Saúde Pública. In: MORAES, Carlos Alexandre et al (org). **Temas Jurídicos Atuais**. Vol.7. 1º edição. Paraná: Editora Vivens, 2016, p. 166, 175.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, n. 29, 1999.

SAMPAIO, Leyla Brito de Castro. **Judicialização do direito à saúde**. Revista Direito UNIFACS. n.º 140, Salvador: UNIFACS, 2012.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **A Intervenção Judicial na Garantia da Efetivação do Direito à Saúde: Possibilidade e Limites no caso dos Medicamentos**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf> Acesso: 11 jun. 2017

WANG, Daniel. **Judicialização: um risco para a saúde pública no Brasil**. FGV-Direito SP- Escola de Direito de São Paulo. Disponível em: < <http://direitosp.fgv.br/node/71962>> Acesso em: 11 jun. 2017