



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

ESTELA MENANI SERGI

(IN)EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Dourados - MS
2013

ESTELA MENANI SERGI

(IN)EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Alisson Henrique do Prado Farinelli.

**Dourados - MS
2013**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	7
1.1 Os direitos sociais na história.....	7
1.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão.....	8
1.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão.....	9
1.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão.....	10
1.1.4 Direitos Fundamentais de Quarta e Quinta Dimensão.....	11
1.2 Conceito formal e material de direitos sociais fundamentais.....	12
1.3 Classificação dos direitos fundamentais e sua funcionalidade.....	14
1.3.1 Direitos fundamentais sociais: direitos de defesa e direitos a prestações.....	15
1.4.1 Conceito de restrição aos direitos fundamentais em sentido amplo e em sentido estrito.....	17
1.4.2 Restrições não autorizadas pela Constituição Federal de 1988.....	18
1.4.3 Restrições aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	19
1.5 Conclusão.....	21
2 PREMISSAS CONCEITUAIS E TEÓRICAS DO DIREITO À SAÚDE.....	22
2.1 Do conceito de saúde ao direito de saúde.....	22
2.2 Conteúdo do direito a saúde.....	24
2.3 Regime jurídico do direito à saúde.....	25
2.4 Evolução histórica da saúde pública no Brasil.....	26
2.5 O Sistema Único de Saúde no Brasil.....	29
2.6 A efetividade do direito à saúde no Brasil.....	32
2.7 Responsabilidade pelo custeio das ações de saúde no Brasil.....	34
2.7.1 Legislação aplicável.....	34
3 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	38
3.1 O papel do Poder Judiciário pós-Constituição de 1988 e a expansão da Jurisdição Constitucional.....	38
3.2 Judicialização e ativismo judicial: conceitos e distinções.....	42
3.3 Ativismo judicial <i>versus</i> separação de poderes.....	43
3.4 Crise da saúde pública e judicialização dos conflitos na área da saúde.....	44
3.5 Aspectos positivos e as críticas a judicialização excessiva.....	47
3.6 Instrumentos processuais para garantia do direito à saúde em juízo.....	50
3.6.1 Para tutela de direito individual.....	50
3.6.2 Para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	51

3.7 O papel do Ministério Público e da Defensoria Pública na efetividade do direito à saúde no Brasil	51
4. FATORES DE LIMITAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL...	54
4.1 A reserva do possível	54
4.1.1 Delimitação conceitual e características.....	54
4.2 O custo dos direitos	57
4.3 Orçamento público, financiamento da saúde e escassez de recursos financeiros	59
4.4 A redescoberta da “reserva do possível” pelo exercício da cidadania	60
4.5 A prestação jurisdicional e o fator de limitação real das finanças públicas para a efetivação do direito à saúde.	61
4.6 A reserva do possível nos tribunais.....	65
4.7 O mínimo existencial:delimitação conceitual e características	68
4.8 A postura do Poder Judiciário frente à questão orçamentária: a apresentação de dois casos.....	71
4.8.1 Postura favorável a prevalência da vida	71
4.8.2 Postura favorável a questão orçamentária	72
4.9. Conclusão.....	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa esclarecer a atuação cada vez mais intensa do Poder Judiciário no âmbito da saúde, por ser esse direito muitas vezes esquecido pelos administradores públicos, que não cumprem de forma satisfatória o seu trabalho. Pela omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário acaba tomando para si a responsabilização pela efetivação dos direitos sociais, especificamente o direito a saúde.

A saúde é considerada um direito primordial da Constituição Federal de 1988 e diretamente relacionada a dignidade da pessoa humana. Por não haver por parte do Poder Público uma forte atuação em busca de sua concretização, cada vez mais os indivíduos vêm buscando o Poder Judiciário para ver seu direito garantido.

Nessa atuação Judiciária, muito se discute sobre o ativismo judicial, judicialização e as implicações daí decorrentes, como a ofensa ao princípio da separação dos poderes. Há uma grande discussão também entre mínimo existencial contrapondo-se a reserva do possível, a qual pode resultar tanto na ofensa a vida ou um desequilíbrio econômico nos cofres públicos.

O debate gira em torno, ainda, da priorização do direito individual em detrimento ao direito coletivo, tornando inviável o direito universal a saúde.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica dos direitos sociais e a trajetória de todas as dimensões dos direitos, que com o decorrer do tempo foram aperfeiçoando-se e enriquecendo cada vez mais o leque de direitos assegurados a população, demonstrando todo o processo de conquistas e ampliações dos direitos sociais.

O segundo capítulo esclarece o conceito de saúde, seu conteúdo e enumera diversos documentos que dispuseram sobre a importância do direito a saúde. Ademais, elucida de forma resumida toda evolução do direito a saúde no Brasil, até se chegar a Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, consagrando a fundamentalidade do direito a saúde.

O terceiro capítulo faz uma abordagem a respeito da influência da Constituição Federal de 1988 para a intensa atuação judiciária em temas relacionados a políticas públicas. Nessa atuação, contrapõem-se as consequências positivas e negativas da atuação jurisdicional, voltando ao debate entre o ativismo e a separação dos poderes.

No quarto capítulo, avaliam-se certos limites impostos ao Poder Judiciário para a efetividade do direito a saúde no Brasil, como a reserva do possível e a questão da escassez

dos recursos financeiros. Contrapõe-se a esse argumento o mínimo existencial e o respeito incondicional a vida.

Por fim, o presente trabalho apresenta a aplicação dos direitos sociais pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (TJMS), mais especificamente, como o TJMS tem decidido nos pedidos envolvendo a proteção do direito fundamental à saúde.

1 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

1.1 Os direitos sociais na história

Antes de aprofundarmos o conteúdo do presente trabalho, imprescindível que se faça uma retrospectiva da evolução histórica dos direitos sociais, até sua configuração nos dias de hoje.

Desde os primórdios da humanidade, as pessoas se atentam aos valores atrelados a dignidade humana. Obviamente, não da maneira que são vistos e consagrados hoje, mas com as particularidades do pensamento de cada época.

George Marmelstein (2008, p. 32) exprime exatamente essa ideia, deixando evidente a evolução da sociedade, *in verbis*:

É inegável, portanto, que a filosofia por detrás da limitação do poder e da dignidade humana sempre fez parte da consciência humana. Logicamente, nas sociedades mais antigas, a noção de liberdade não era igual a que se tem hoje, pois se aceitava, por exemplo, a escravidão sem maiores questionamentos. Do mesmo modo, a noção de igualdade era substancialmente diferente, sendo a mulher, em muitas sociedades antigas, equiparada a animais ou a objetos- ou nem mesmo isso.

Difícil constatar qual foi o primeiro grande documento em que os direitos do homem foram previstos, contudo, a Magna Carta de 1215, é citada por muitos autores, como a origem dos direitos do homem.

A Magna Carta foi outorgada pelo rei João Sem Terra no ano de 1215 na Inglaterra, caracterizando-se como um pacto entre referido rei e os barões ingleses. Ela trouxe importantes avanços para o reconhecimento de direitos (MARMELSTEIN, 2008, p. 32). Entre eles, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, respeito à propriedade privada, devido processo legal e o direito de ir e vir tutelável por *habeas corpus*.

Salienta-se que tal avanço tinha o exclusivo interesse em tutelar direito de uma classe privilegiada, não se estendendo a toda sociedade.

Outros documentos que foram importantes por prever direitos fundamentais dos cidadãos são, por exemplo, Petition of Rights, de 1618, o Bill of Rights de 1689, a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Esses dois últimos documentos efetivamente reconheceram os direitos fundamentais da forma como são visto hoje.

Como bem observa George Marmelstein (2008, p. 36):

A noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobbesiano. Os direitos fundamentais pressupõem um Estado juridicamente limitado (Estado de direito/separação de poderes) e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (direitos fundamentais/ democracia).

Foi, portanto, como meio de barrar o absolutismo estatal que os direitos fundamentais surgiram.

Temos que ter em mente que no decorrer do tempo, a sociedade, assim como os pensamentos do indivíduo, evoluem e se aperfeiçoam. Assim, a concepção de direitos fundamentais se altera à medida que o homem evolui. Nesta linha de pensamento, Karel Vasak, um jurista tcheco, externou em uma palestra em Estrasburgo na França, seu entendimento de que os direitos fundamentais passaram por três gerações (BONAVIDES, 2008, p. 563).

Paulo Bonavides (2008, p. 563), nesse sentido, dispõe que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo”.

Antes de tratarmos sobre o assunto, importante fazer uma observação. Alguns autores, como por exemplo, Marmelstein (2008, p. 56) acreditam que o termo “geração” pode dar uma falsa ideia de substituição gradativa de uma geração por outra. E ainda pondera que “o processo é de acumulação e não de sucessão”. Assim, vem sendo substituído pelo termo “dimensão”.

Por se tratar de apenas questão conceitual, não parece oportuno grande aprofundamento, porém será adotado o termo dimensão, por ser o mais adequado.

1.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

Os direitos da primeira dimensão são os direitos da liberdade, direitos civis e políticos. O Estado soberano reprimia de forma muito intensa a sociedade, interferindo em todas as esferas da vida particular de cada indivíduo. Não havia livre manifestação de pensamento, liberdade religiosa, e eram obrigados a pagar tributos exageradamente onerosos, com o único intuito de financiar as vontades do soberano.

Pelo fato do ser humano almejar sempre a liberdade, inevitável que viesse a ocorrer manifestações contrárias as atitudes do soberano.

A burguesia, que já era detentora do poder econômico, passou a exigir também participação política, como se extrai do texto de George Marmelstein (2008, p. 43):

Com a descoberta de novos mundos e o conseqüente incremento do comércio internacional fizeram que a burguesia – classe social até então sem qualquer importância política – passasse a desempenhar um papel econômico de destaque. E como consequência, quem tem o poder econômico tende a buscar o poder políticos, a burguesia passou a exigir também maior participação na condução dos negócios públicos.

Para Paulo Bonavides (2009, p. 563-564):

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. São direitos que valorizam primeiro o homem singular.

Importante mencionar que apesar do fato das declarações de direitos pregarem a igualdade entre as pessoas, na prática, isso não ocorria, era uma igualdade apenas formal. O exemplo que pode ser citado dessa situação idealizada foi a escravidão que permaneceu até 1888, sendo que em 1824 a Constituição brasileira já havia previsto a igualdade de direitos.

Nesta fase, não obstante a defesa dos direitos igualitários, ainda permanecia as castas sociais, onde os mais ricos e poderosos tinham mais força e os trabalhadores era proibidos de fazer qualquer tipo de exigência.

Marmelstein (2008, p. 46) esclarece que “quando essa liberdade representava uma ameaça a estabilidade, o Estado passava a agir, intensamente, para impedir a mudança social”.

O Estado absoluto foi substituído pelo Estado Democrático de Direito nos séculos XVII e XVIII, quando ocorreram as revoluções liberais.

Os séculos XVII e XVIII foram palco das chamadas revoluções liberais ou burguesas. Essas revoluções proporcionaram uma mudança significativa na política mundial. A partir delas, o Estado absoluto cedeu lugar ao Estado democrático de direito. (MARMELSTEIN, 2008, p. 44).

Pelo fato das declarações protegerem apenas a determinados grupos, o restante da população começou a se questionar e reivindicar ainda mais a igualdade tão desejada.

Assim, entram os direitos de segunda dimensão.

1.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

Pela conceituação de Paulo Bonavides (2009, p. 564), os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, culturais e principalmente os direitos sociais, como também os

direitos coletivos ou de coletividades. E ainda “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. Ou seja, os direitos de segunda dimensão são aqueles que se assentam sobre a igualdade.

A segunda geração de direitos tem como marco principal a Revolução Industrial ocorrida no século XIX. Neste período, houve um crescimento econômico nunca antes visto, devido ao desenvolvimento de novos métodos de fabricação.

Apesar disso, como salienta Marmelstein (2008, p. 48), a industrialização além da prosperidade econômica para uma pequena parcela da população, trouxe também uma grande gama de problemas sociais, gerando descontentamento entre aqueles que não dispunham de recursos.

Pela grande insatisfação devido as desigualdades sociais, os trabalhadores começaram a se organizar para que os direitos mínimos de que necessitavam fossem alcançados, visto que a igualdade formal já não os satisfazia mais, aspirando assim, a igualdade de fato. A primeira revolução socialista teve como palco a Rússia de 1917, oportunidade em que os operários mostraram sua força.

Como descreve Marmelstein (2008, p. 49), é nesse contexto que o Estado do Bem-Estar Social aparece, gerando uma maior igualdade social, porquanto foram previstos direitos trabalhistas, direitos econômicos, sociais e culturais.

Como salienta Ingo Sarlet (2010, p. 47) não se cuida mais de liberdade perante o Estado, mas liberdade por intermédio do Estado.

Os direitos de segunda dimensão foram sendo previstos de forma cada vez mais intensa nos ordenamentos jurídicos, dominando por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Cita-se como exemplo a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 na Rússia.

Com fundamento na doutrina de George Marmelstein (2008, p. 51), no Brasil, a Constituição de 1934 e de 1946 deram os passos iniciais a formação de um Estado do Bem-Estar Social, prevendo direito a aposentadoria, educação, assistência social, etc., configurando os direitos de segunda geração. Frise- que a Constituição Federal de 1988 também prevê os direitos de segunda dimensão em seus artigos 6º ao 11 e artigos 193 a 232, por exemplo.

1.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

A terceira dimensão é marcada pela “internacionalização de direitos”, compreendendo direitos que visam a proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. São os direitos que se assentam sobre a fraternidade, não abarcando unicamente a defesa de direitos individuais ou coletivos.

Ao falar sobre os direitos de terceira dimensão, Paulo Bonavides (2008, p. 569) explica:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente a proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo (...).

São exemplos de direitos de terceira dimensão: direito ao desenvolvimento, o direito a paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. São, como dito, exemplos, visto que podem existir outros.

Paulo Bonavides (2008, p. 570) cita o filósofo Etienne-R.Mbaya, que ao invés de adotar como direitos de terceira geração os direitos da solidariedade e da fraternidade, os descreve como direito ao desenvolvimento. E segundo ele, tais direitos são relativos tanto ao Estado como aos indivíduos.

Ingo Sarlet (2010, p. 49) a respeito dos direitos de terceira dimensão se posiciona no seguinte sentido:

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pede ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

George Marmelstein (2008, p. 52) cita alguns documentos importantes que refletiram de forma brilhante o ideal da terceira dimensão de direitos, em uma perfeita sintonia. Entre eles, estão a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (famoso Pacto de San Jose da Costa Rica), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e por fim, nossa Constituição Federal de 1988. Paulo Bonavides ainda acredita que existam os direitos de quarta e quinta geração. É o que se examina no tópico seguinte.

1.1.4 Direitos Fundamentais de Quarta e Quinta Dimensão

Paulo Bonavides (2009, p. 573) tende ao reconhecimento da existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, compreendendo o direito a democracia, o direito a informação e o direito ao pluralismo. Como o próprio autor assegura, seria o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional.

Como Ingo Sarlet (2010, p. 51) orienta, essa dimensão ainda não foi reconhecida efetivamente no direito positivo interno, revelando ser uma “dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica”.

Em relação aos direitos de quinta dimensão, Paulo Bonavides acredita que Karel Vasak, ao enquadrar o direito a paz nos direitos de terceira dimensão, o fez de forma equivocada. Para Paulo Bonavides (2009, p. 579) “o direito a paz caiu em um esquecimento injusto por obra, talvez, da menção ligeira, superficial, um tanto vaga, perdida entre os direitos da terceira dimensão”.

Ou seja, para o autor, ao direito a paz deve ser dada indispensável ênfase, visto que se trata de um direito de grande valor, essencial para o desenvolvimento e progresso social. Por esse motivo, o classifica como direito de quinta dimensão. O autor a consagrou como direito de quinta dimensão na Conferência no 9º Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, em Curitiba/PR.

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração. (BONAVIDES, 2009, p. 583)

Paulo Bonavides (2009, p. 592-593) destaca a importância do direito a paz, classificando-o como direito natural dos povos, direito universal do ser humano, e supremo direito da Humanidade.

1.2 Conceito formal e material de direitos sociais fundamentais

Conforme preleciona Ana Carolina Lopes Olsen (2012, p. 33), “a previsão constitucional é o aspecto formal por excelência da fundamentalidade destes direitos”. Então, pelo critério formal, são direitos fundamentais o que estão previstos expressamente no Texto Constitucional ou em outras normas positivadas.

O conceito formal se apresenta de forma inacabada para abarcar todos os direitos fundamentais, carecendo de um conceito mais amplo, que abarque também direitos não enquadrados como fundamentais de forma expressa. Surge assim, o conceito material.

Carl Schmitt, citado por Ana Olsen (2012, p. 33) adotava como critério material, o fato de estar o direito fundamental atrelado aos ideais do Estado Liberal. Nesse sentido, seriam direitos fundamentais somente os direitos de liberdade. Contudo, este critério não é o mais adequado, pois restringe excessivamente a abrangência dos direitos.

Como já visto no presente trabalho, em razão da evolução da sociedade e dos pensamentos, os direitos passaram por grandes transformações durante as três dimensões, de modo que os direitos de liberdade passaram coexistir com diversos outros, demonstrando assim a insuficiência conceitual da proposta de Carl Schmitt. Nesse sentido, Ingo Sarlet (2010, p. 83), sobre o tema, diz que os direitos fundamentais são variáveis no “espaço” e no “tempo”.

Assim, pelo fato do critério formal não permitir uma identificação vasta dos direitos fundamentais, necessita ser complementado pelo critério material. Apropriado dizer que não há um conceito material absoluto de direitos fundamentais, de modo que ele está amarrado ao pensamento de cada época.

Como bem observa Ana Olsen (2012, p. 46): “a fundamentalidade destes direitos faz referência ao núcleo axiológico de escolhas políticas da Constituição, o qual reflete o conjunto de valores de maior relevo na sociedade, expressivos de seu sentimento de justiça”.

A respeito do tema, assim se manifesta Ingo Sarlet (2010, p. 76):

Qualquer conceituação de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada. É preciso ter em mente, portanto, que um conceito satisfatório somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta.

Existem determinados parâmetros materiais que servem para identificar os direitos fundamentais fora do catálogo. Entre eles, dois se destacam: a vinculação do direito com o valor da dignidade da pessoa humana e ainda, o critério da substancia e importância.

Uma explicação razoável para que a dignidade da pessoa humana seja um dos parâmetros materiais de identificação de direitos fundamentais fora do catálogo, talvez seja o fato dela ser um valor fundamental da ordem jurídica, inerente ao ser humano, não podendo ser renunciado e alienado. Ao longo dos séculos ela vem sendo cada vez mais valorizada, de tal modo que se tornou um princípio do Estado Democrático de Direito.

Sobre esse ponto, Ana Olsen (2012, p. 40) explana que “a dignidade humana deixou a esfera puramente axiológica para adentrar o âmbito normativo, assumindo caráter de verdadeira norma constitucional”.

Outro critério referencial para definição de conceito material de direitos fundamentais é a equivalência e o significado do direito, ou seja, sua substância (conteúdo) e importância. Nas palavras de Sarlet (2010, p. 91):

(...) toda e qualquer posição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes, seja ela encontrada na Constituição (fora do catálogo), ou em algum tratado internacional, deverá, para ser considerada autêntico direito fundamental, equivaler – em conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo. Cuida-se aqui de autêntico princípio constitucional implícito deduzido diretamente do art.5º §2º da nossa Carta Magna (...).

São, por certo, aqueles direitos que apesar de não previstos expressamente no Texto Constitucional possuem um teor tão significativo que equivalem aos direitos constantes na Constituição Federal. Leva-se em conta o senso coletivo, as circunstâncias sociais e culturais em um determinado meio social para examinar quais são os valores reconhecidos pelo grupo.

Igualmente, Ana Olsen (2012, p. 40) dispõe que, seguindo os critérios da substância e da importância, “serão direitos fundamentais aqueles direitos cujo conteúdo puder ser equiparado, em grau de importância, aos direitos fundamentais do catálogo”.

1.3 Classificação dos direitos fundamentais e sua funcionalidade

É certo que usualmente os direitos fundamentais sociais são lembrados como aqueles que carecem de uma prestação do Estado. Contudo, não são todos os direitos que se enquadram nessa acepção, existindo outras funções que o direito pode exercer.

Ana Olsen (2012, p. 49) exemplifica tal teoria com o direito a greve, “para demonstrar que nem todos os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição correspondem necessariamente a uma prestação dos poderes públicos”.

Existem diversas classificações de direitos fundamentais segundo sua funcionalidade no vasto ordenamento jurídico.

Como afirma Ingo Sarlet (2010, p. 156):

A constatação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não constitui, por outro lado, nenhuma novidade e pode- a despeito dos novos e importantes desdobramentos vinculados as perspectivas subjetiva e objetiva – ser **reconduzida a doutrina dos quatro status de Jellinek**, no final do século passado, onde

encontraria sua vertente, tendo sido, além disso (inclusive entre nós), utilizada recentemente como referencial para a classificação dos direitos fundamentais.

E ainda, Robert Alexy (2008, p. 269) ensina que “a despeito de suas inúmeras obscuridades e algumas deficiências, a teoria dos status de Jellinek é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais”.

Assim, como o próprio autor expõe, é a Teoria dos status de George Jellinek que melhor se apresenta para que se de início ao estudo das classificações dos direitos. Segundo ele (JELLINEK, 1946, p. 4 *apud* ALEXY, 2008, p. 255), “é a posição do indivíduo em relação ao Estado que o qualifica na relação jurídica”. Deste modo, o doutrinador estruturou as quatro situações que o homem se encontra diante do Estado, quais sejam: *status* passivo (*status subiectionis*), negativo (*status libertatis*), positivo (*civitatis*) e ativo.

Pincelando a classificação feita por Jellinek, de acordo com o primeiro status, definido como *status* passivo (*status subiectionis*), o indivíduo estaria em uma situação de submissão ao Estado. Nas palavras de Jellinek (1946, p. 4 *apud* ALEXY, 2008, p. 256), trata-se de uma “sujeição ao Estado (...) no âmbito da esfera de obrigações individuais”.

Já o status negativo (*status libertatis*) consistiria na esfera de liberdade de cada pessoa, sendo que ao Estado não é permitido nenhuma intromissão. Jellinek (*apud* Alexy, 2008, p. 258) explica que “ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu imperium. Essa é a esfera individual de liberdade”.

Pelo *status* positivo, o indivíduo poderia reivindicar determinadas prestações do Estado. Robert Alexy (2008, p. 265) extraíndo os ensinamentos de Jellinek, afirma que “o cerne do status positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais”.

Por fim, o status ativo versaria sobre a possibilidade do indivíduo participar da formação da vontade estatal. Jellinek (1946, p. 5 *apud* Alexy, 2008, p. 269) afirma que o indivíduo é incorporado ao status ativo quando sua esfera “não é restringida por uma obrigação e, ao contrário, sua capacidade de agir juridicamente é ampliada”.

1.3.1 Direitos fundamentais sociais: direitos de defesa e direitos a prestações

Como visto no tópico acima, os direitos podem ser considerados de defesa ou de prestação. Tanto uma como a outra, irão depender da análise do caso concreto. Conforme preleciona Ana Olsen (2012, p. 54):

Somente a partir da estrutura da norma jusfundamental é possível identificar se o direito sob análise - no caso, os direitos fundamentais sociais – encontra-se enquadrado na categoria de **direito a uma abstenção** (direito de defesa), ou de **direito a uma ação positiva** (direito a prestação).

E ainda, para Robert Alexy (2008, p. 200):

Os **direitos a prestações** podem ser catalogados entre dois grandes grupos: aqueles que demandam do Estado uma determinada **prestação de ordem fática** (no caso, os direitos sociais em sentido estrito, como bem observou Sarlet) e aqueles que demandam uma prestação de **ordem normativa**, o que corresponderia aos direitos a proteção e os direitos a participação na organização e no procedimento (direitos a prestação em sentido amplo, segundo classificação de Sarlet).

Explicando melhor a divisão feita por Robert Alexy, a prestação fática exige do Estado uma ação que possibilite ao indivíduo pleno gozo do direito que lhe foi assegurado. Nesse caso, poderia escolher a melhor maneira de atingir esse fim, contando que o atingisse.

Na prestação normativa isso não ocorre, pois como ensina Ana Olsen (2012, p. 56) “importará como o Estado vai editar a norma que garantirá a realização do direito fundamental”, afinal, estará protegendo sua esfera jurídica.

É possível e muito comum que uma mesma norma fundamental, confira ao seu titular duas posições jurídicas: exigência de prestações fáticas e prestações normativas. Na verdade, tem-se que os direitos fundamentais assumem diversas posições dentro do ordenamento jurídico, podendo exigir do Estado uma ação, ou uma abstenção. Tal característica é denominada por Alexy como “um feixe de posições jusfundamentais”.(ALEXY, 2008, p. 202).

Isso quer dizer que uma mesma norma pode assumir uma posição de direito de defesa e direitos de prestação, a depender do caso concreto.

Ingo Sarlet (2010, p. 165) também adotou essa posição, haja vista ter afirmado se tratar de um “feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas”.

Em igual sentido, o autor (SARLET, 2010, p. 166) nos ensina que:

É de destacar-se, ainda, que a inclusão dos direitos fundamentais em um ou outro grupo se baseia no critério da predominância do elemento defensivo ou prestacional, já que os direitos de defesa podem, por vezes, assumir uma dimensão prestacional, e vice-versa.

O fato é que, apesar da utilidade das classificações, elas não estão isentas de críticas.

1.4 Restrição aos direitos fundamentais

Fala-se em restrição aos direitos fundamentais pelo fato de nenhum direito ser absoluto, de modo que sempre estarão sujeitos a intervenção dos poderes públicos a fim de equilibrá-los com outros direitos também fundamentais que podem estar em conflito.

Contudo, conforme ensina Robert Alexy (2008, p. 276) não há posição pacificada quanto ao conteúdo e extensão dessas restrições, sendo alvo de grandes discussões e divergências.

1.4 Conceito de restrição aos direitos fundamentais em sentido amplo e em sentido estrito

Acolhida a ideia de que os direitos fundamentais podem ser restringidos, é preciso verificar a legitimidade dessas restrições, visto que existem diversas formas dos poderes constituídos afetarem negativamente os direitos fundamentais (OLSEN, 2012, p. 131).

Jorge Reis Novais (2003, p. 190 *apud* Olsen, 2012, p. 139) aduz que existem dois grandes grupos de restrições: restrições em sentido amplo e em sentido estrito.

As restrições em sentido estrito ocorrem quando as normas genéricas e abstratas intervêm na norma do direito fundamental, afastando determinadas hipóteses de incidência e reduzindo o âmbito de proteção. Essas restrições são submetidas ao controle de constitucionalidade, visto que a proporcionalidade deve estar sempre presente.

Nas palavras de Ana Olsen (2012, p. 139):

Nestas condições, sempre que o âmbito de liberdade delineado pela norma constitucional se vê atingido por uma norma infraconstitucional geral e abstrata, que reduz seu campo de atuação, afastando determinadas hipóteses de incidência, ou dificulta o acesso de seus titulares ao bem juridicamente protegido, estar-se-á diante de uma restrição em sentido estrito.

Conforme Robert Alexy (2010, p. 285) as restrições em sentido estrito correspondem tanto a regras, quanto a princípios.

As restrições em sentido amplo revelam-se quando os direitos fundamentais são considerados como princípios, vez que “não se pode exigir do legislador democraticamente eleito a capacidade de prever todos os possíveis conflitos entre direitos fundamentais”. (OLSEN, 2012, p. 140).

Os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por leis, quanto por qualquer ato do Poder Público que limitem a alcance de referidos direitos.

1.4.2 Restrições não autorizadas pela Constituição Federal de 1988

Nas palavras de Ana Olsen (2012, p. 142-143):

Estes diferentes modelos de fundamentação das restrições aos direitos fundamentais se desdobram nas seguintes formas de se aquilatar a questão relativa as restrições não expressamente autorizadas na Constituição: 1) não se admite a possibilidade de restrições não expressamente autorizadas, de modo que sempre que houver restrição ao direito fundamental sem previsão constitucional, a mesma será ilegítima, e, portanto, configurará verdadeira violação a norma de direito fundamental; 2) admite-se limites não expressamente autorizados pela Constituição, desde que configurem limites *a priori* dos direitos fundamentais; 3) admite-se a existência de restrições implicitamente autorizadas pela Constituição, em virtude da necessidade de se solucionar colisões entre bens constitucionais.

A primeira hipótese é rechaçada pelo exagero de confiança dada ao Poder Constituinte, visto que referido poder não tem a capacidade de prever todas as possíveis ocorrências de restrições. Se assim o fosse, ter-se-ia os direitos fundamentais como regras, apenas. De acordo com essa hipótese, qualquer tipo de restrição seria ilegal.

Na segunda hipótese, as restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição Federal são admitidas, desde que conformem limites *a priori*. Caso contrário, seriam ilegítimas. Por essa teoria, afasta-se da abrangência do dispositivo “tudo o que não estiver aparentemente nela incluído”. Trata-se da *concepção restritiva*.

A teoria dos limites imanentes também complementa a concepção restritiva, segundo a qual “se admite a existência de limites presentes na própria norma de direito fundamental, definindo fronteiras do seu conteúdo juridicamente relevante” (OLSEN, 2012, p. 143).

Contudo, essa teoria não se mostra apropriada, haja vista que se abre espaço para uma grande discricionariedade para determinar qual o teor das normas que regulam os direitos fundamentais.

Por fim, a terceira proposição, considera as restrições aos direitos fundamentais legítimas, “já que o sistema constitucional aberto pode gerar choques entre direitos e bens igualmente protegidos pela Constituição, os quais merecem compatibilização a fim de salvaguardar a ordem constitucional” (OLSEN, 2012, p. 145). Com isso, tem-se que nenhuma norma é absoluta, nem mesmo as que prevêm os direitos fundamentais. Admite-se então, a legitimidade de restrição aos direitos fundamentais mesmo que não se forma expressa.

Como observou Ana Olsen (2012, p. 146), percebe-se a relação entre essa teoria e a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais “na medida em que compreende a

atuação dos poderes constituídos como algo externo a norma de direito fundamental, e portanto, sujeito ao controle de constitucionalidade.”

1.4.3 Restrições aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Conforme Ana Olsen (2012, p. 160):

Muitos direitos fundamentais sociais prevêm em seu dispositivo constitucional a atuação do legislador ordinário, com expressões como “na forma da lei” “fixado em lei”, “nos termos da lei”, etc. Sempre que o constituinte faz esta referência, ele concede autorização expressa ao legislador para intervir no conteúdo destes direitos, a fim de fornecer os meios de sua exequibilidade. Esta atividade, ainda que considerada como conformação dos direitos fundamentais, e mesmo estando expressamente autorizada pela Constituição, não é totalmente livre, mas pautada pelo conteúdo e sentido da norma constitucional, e pela proporcionalidade.

Nesse sentido, existe uma classificação para referidas reservas legais, elaborada por Jorge Reis Novais (2003, p. 249-250 *apud* Olsen, 2012, p. 142). Classificam-se em: *simples e qualificadas*. Constituirão reservas simples quando se deixa de prever os elementos a atuação do legislador. Há que se ressaltar que essa ausência, não permite ao legislador uma ampla discricionariedade, uma vez que não pode reduzir ou dificultar o acesso aos bens juridicamente protegidos. A ele não é dado o direito de dispor do bem da maneira que lhe aprouver. Enquanto que as reservas qualificadas apresentam elementos para atuação do legislador, elementos esses que não podem ser esquecidos na edição legislativa.

Importante frisar que, ao estabelecer a possibilidade de que outras leis interferiram na norma de direito fundamental, esta interferência se dá somente por ato do Poder Legislativo, excluindo atos do Poder Executivo. Ana Olsen (2012, p. 161) elucida:

É certo, todavia, que sempre que uma norma de direito fundamental prevê a possibilidade de regulamentação através de “lei”, ela faz expressa referência a atividade do Poder Legislativo, não podendo ser substituída, sob pena de inconstitucionalidade formal, por ato do Poder Executivo. Trata-se de um limite formal a restrição do direito fundamental, que deve ser respeitado pelos poderes constituídos.

Existem direitos fundamentais sociais sem reservas, ou seja, os direitos que não apresentam em seu teor, a possibilidade de restringi-los. Contudo, esclarece Ana Olsen (2012, p. 162), que tal fato não impossibilita sua restrição e seu controle através de outros elementos constitucionais. Isso ressalta a importância do controle de constitucionalidade sempre que um

direito fundamental for restringido, não podendo o legislador legislar de forma contrária o que prescreve a Constituição.

Assim, o legislador e o julgador devem estar atentos no momento da restrição do direito, vez que o próprio dispositivo apresenta indicativos de suas reservas. Luis Roberto Barroso (1996, p. 126 *apud* Olsen, 2012, p. 163) adverte a importância da interpretação gramatical, ou literal das normas constitucionais. Para Ana Olsen (2012, p. 163):

O dispositivo constitucional, com seus termos mais ou menos precisos, funciona como primeiro limite a atividade restritiva dos poderes constituídos, pois impede a edição de atos legislativos ou administrativos que firam diretamente o texto constitucional.

Para que se restrinjam os direitos fundamentais sociais é imprescindível que haja proporcionalidade, como já ressaltado no presente trabalho. Com efeito, a proporcionalidade possui determinados requisitos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Conforme Ana Olsen (2012, p. 168):

Segundo o preceito da proporcionalidade uma restrição o direito fundamental deve ser adequada, necessária e estritamente proporcional. Assim, a medida restritiva: a) é adequada se guarda relação entre o meio utilizado e o fim almejado; b) é necessária se, para alcançar o resultado em questão, corresponde ao meio que atinge em menor grau os direitos fundamentais de terceiros, de modo que o meio escolhido seja imprescindível e infungível; e, c) é proporcional, se mostra uma relação racional entre o peso e importância de um direito que restringe o outro no conflito de normas, ou seja, quanto mais atingido o direito fundamental, maior deve ser o peso do direito fundamental ou bem jurídico contraposto.

O primeiro requisito (adequação) é aquele que estabelece a relação entre meio e fim, isto é, o meio utilizado pelo legislador deve ser apto a atingir o fim almejado no princípio de direito fundamental. O segundo requisito (necessidade) é aquele em que, feita uma comparação entre os meios possíveis, escolhe-se aquele que melhor irá atingir o fim perseguido da forma mais eficaz. Por fim, no último requisito (proporcionalidade em sentido estrito), a restrição deve ser apta ao fim que se propõe, menos gravosa possível e seus benefícios devem ser maiores aos prejuízos. Conforme ensina Humberto Ávila (2003, p. 116 *apud* Olsen, 2012, p. 170):

a importância da realização do fim será contraposta ao grau de abalo aos direitos fundamentais envolvidos, analisando empiricamente se os benefícios da concretização da finalidade são proporcionais aos malefícios decorrentes da aplicação do meio escolhido e a restrição a direitos fundamentais que ele eventualmente implique.

Ou seja, a execução do fim será analisada de acordo com o nível de lesão sobre o direito fundamental em questão, observando-se os benefícios e os prejuízos oriundos da aplicação do meio selecionado.

1.5 Conclusão

Diante de todo o desenvolvimento e discussão dos pontos supra, conclui-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, por constituírem direitos basilares para qualquer ser humano, formando um núcleo intangível, que não pode ser agredido por outrem ou pelo próprio Poder Público.

Do mesmo modo, o direito a saúde é um direito social e fundamental, o qual se enquadra aos direitos de 2ª dimensão (direitos econômicos, culturais e os direitos sociais), em razão de sua característica social. O Estado não se limita a não intervir, mas atua para que o direito se concretize.

Referido direito a saúde se apresenta com dupla fundamentalidade: formal e material, em razão de estar previsto na Carta Constitucional de 1988 e outras normas infralegais e também por traduzir valor de maior relevo na sociedade. Ele pode assumir tanto uma posição de prestação positiva, como negativa, porquanto ao mesmo tempo que se exige o respeito e proteção, é necessário uma postura ativa por parte dos Poderes Públicos com o intuito de implementá-lo.

2 PREMISSAS CONCEITUAIS E TEÓRICAS DO DIREITO À SAÚDE

2.1 Do conceito de saúde ao direito de saúde

Para que se dê início a discussão da matéria, primordial que se conceitue o termo “saúde”. Essa primeira tarefa já se mostra árdua, visto que durante toda a história tentou-se chegar a essa conclusão, entretanto não existe um consenso sobre o assunto. Sueli Dallari (1988, p. 327) aduz que há um “halo nebuloso que circunda o núcleo básico do conceito”.

Moacyr Scliar (1987, p. 10 *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 77) explica que os povos primitivos viam o doente como vítima de demônios e espíritos malignos.

Hipócrates, filósofo grego afirmava que a saúde sofria influencia do meio em que a pessoa habitava, ou seja, suas observações não se restringiam apenas a análise da pessoa, mas também a fatores externos. Nas palavras de Mariana Figueiredo (2007, p. 77) “introduziu ele a discussão dos fatores ambientais ligados a doença e defendeu o que hoje poderia ser chamado de um conceito ecológico de saúde-enfermidade”. Igualmente, Paracelso, médico e alquimista suíço alemão seguiu a mesma linha de entendimento, demonstrando que o ser humano sofria influências do meio de trabalho.

Sueli Dallari (1988, p. 58) cita também o filósofo alemão Engels:

Também Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, nos albores da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações.

Entretanto, essa não era a única corrente existente. Havia outro entendimento, o qual pregava que a saúde significava a ausência de doenças. Conforme Sueli Dallari (1988, p. 58) foi Descartes, filósofo francês do século XVII quem deu origem a tal corrente.

A passagem para a Idade Média representou um significativo retrocesso na saúde, visto que foi um “período de pestilências e surtos epidêmicos decorrentes, entre outros, de movimentos populacionais, conflitos militares, miséria, promiscuidade e falta de higiene nos burgos” (FIGUEIREDO, 2007, p. 78).

Com a Revolução Industrial, houve uma espantosa negligência em relação aos cuidados com a saúde. Devido ao crescimento populacional nas cidades, e as habitações próximas as fábricas, a propagação de doenças se tornou mais intensa. Nas palavras de Mariana Figueiredo (2007, p. 79):

A Revolução Industrial acarretou um grande movimento de urbanização, com a migração populacional do campo para as cidades e a formação de cinturões ao redor das fábricas que, pela proximidade espacial e absoluta falta de higiene, permitiam a rápida proliferação de doenças entre operários, patrões e familiares. Tais fatos foram decisivos a reivindicação por melhores condições sanitárias, dada a necessidade de resguardo a saúde dos operários, seja pela manutenção dos níveis de produção das fábricas, seja pela proteção da saúde dos próprios patrões (...).

Apesar de todas essas considerações, foi somente no século XX, principalmente após a 2ª Guerra Mundial em que a proteção da saúde se tornou intensa. A assistência a saúde passou a integrar as atividades protetivas do Estado, passou a ser política de governo, visto que se percebeu a óbvia interdependência do operário com sua atividade produtiva.

O surgimento da Organização das Nações Unidas – ONU e a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos estimularam a criação de órgãos destinados a garantir alguns direitos fundamentais, dentre eles Organização Mundial de Saúde – OMS.

A Organização Mundial da Saúde – OMS¹ define no preâmbulo de sua Constituição a saúde como sendo o “completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Isso significa que o conceito de direito à saúde foi internacionalmente reconhecido, não só por força da Declaração Internacional dos Direitos do Homem e Cidadão, mas, por essa instituição.

Dessa conceituação, conclui-se “a essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels” (DALLARI, 1988, p. 58).

Para Mariana Figueiredo (2007, p. 80), o conceito proposto pela OMS teria alargado em demasia a noção de saúde, e que tal estado seria impossível de ser alcançado.

No mesmo sentido, Sueli Dallari (1988, p. 59), aduz que os trabalhadores sanitaristas condenaram o conceito proposto pela OMS, visto que ele corresponderia a definição de felicidade, e que tal “estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se”.

A Constituição Federal prevê que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, contudo, não estabelece qual é o seu conceito exato. E por isso, muito se discute sobre a sua real e verdadeira abrangência.

Logo se vê que não há um conceito de saúde perfeito e acabado, tendo em vista que não há uma conclusão invariável. O que realmente importa é que o direito a saúde é amplamente protegido, sendo assegurado pelo ordenamento jurídico.

¹ Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)-1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 01 de outubro de 2013.

2.2 Conteúdo do direito a saúde

Pela gama variada de doutrinadores que lecionam sobre o direito a saúde, impossível que se esgote o conteúdo de referido direito no presente tópico. Contudo, será feita uma breve análise sobre a matéria.

Para Mariana Figueiredo (2007, p. 81) a doutrina converge quanto aos aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde, interpretando os textos jurídicos dentro desse enquadramento. Morais (2003, p. 23-24 *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 81) aduz que a saúde estaria ligada à qualidade de vida, e integraria um dos elementos da cidadania. Não seria apenas não ter uma doença, mas viver de forma saudável.

Da mesma forma, Ingo Sarlet (2003, p. 2 *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 82) equipara a vida digna a uma vida saudável.

Para Mariana Figueiredo (2007, p. 82): “o completo bem estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade”.

Fagot Largeault (2001, p. 87-88 *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 82) aduz que a qualidade de vida envolve um gama de características, dividindo-as no aspecto individual e aspecto coletivo. Sob o primeiro aspecto, enumera alguns elementos que tornam a vida mais agradável, como amor, alegrias, etc. Sob o segundo aspecto,

a noção de qualidade de vida é certamente pluridimensional, por envolver um aspecto individual, qual seja, o desejo não apenas de simples sobrevivência, mas daquilo que torna a vida boa – saúde, amor, sucesso, conforto, alegrias, enfim, felicidade; bem como, já sob um viés coletivo, por não se reduzir a prosperidade econômica (nível de vida e desenvolvimento), comportando bens políticos (liberdade, igualdade, segurança), bens culturais (educação, informação, liberdade de criação), recursos demográficos (taxas de natalidade convenientes, saúde da população globalmente considerada, pouca mortalidade). (FIGUEIREDO, 2007, p. 82)

Gialdino (2001, p. 505 *apud* FIGUEIREDO, p.84) elenca quatro elementos que consolidariam o conteúdo do direito a saúde, quais sejam: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade. No que tange a disponibilidade, seria a satisfatória oferta de bens e serviços de saúde. A acessibilidade se subdividiria em três: “acessibilidade física (localização geográfica), econômica (universalidade do atendimento) e a informação (direito a informação e ao sigilo dos dados pessoais em matéria de saúde)”. A aceitabilidade consiste na ética médica e no respeito à cultura de cada pessoa. E por fim, a qualidade, seria o direito de todas as pessoas aproveitarem os avanços da medicina.

Não sendo um conteúdo certo e determinado, pode-se dizer que a saúde abrange um rol indefinido de bens, serviços, condições para atingir o grau mais elevado de saúde plausível, compreendendo dois aspectos, quais sejam “o direito a conservação do capital de saúde herdado, por um lado, e o direito de acesso aos serviços de saúde adequados em caso de dano a esse capital, por outro” (GIALDINO, 2001, p. 505 *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 84).

2.3 Regime jurídico do direito à saúde

Como já foi mencionado no presente trabalho, após a Segunda Guerra Mundial, os países estrangeiros começaram a discutir sobre as precárias condições humanas e a necessidade de se garantir a saúde. Entenderam que era necessário dar “sentido concreto aos direitos sociais” (SILVA, 2009, p. 15).

No âmbito internacional, a primeira manifestação sobre esse movimento foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas do ano de 1948, o qual exerceu profunda influencia nas Constituições posteriores, assegurando a garantia da saúde.

Em seguida, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do ano de 1966, o qual foi ratificado pelo Brasil, dispôs em seu artigo 12 “o direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental”. Na Convenção dos Direitos da Criança e na Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1989 ambas ratificadas pelo Brasil também fizeram referencia ao direito a saúde (SARLET, 2007, p. 04). Referidos pactos internacionais foram ratificados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento jurídico interno.

A doutrina converge no sentido de que a primeira Constituição a prever o direito a saúde como sendo fundamental e de interesse da coletividade foi a Constituição Italiana de 1º de janeiro de 1948 (FIGUEIREDO, 2009, p. 85).

O Brasil sofreu grande influência das aludidas declarações e atualmente a saúde está prevista na Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos, sendo a ele dedicado a Seção II (Da saúde) no título VIII (Da ordem social). É assegurada não só como um direito, mas como um dever do Estado.

Podem ser citados artigo 6º, artigo 7º, inciso XXII; artigo 23, inciso II; artigo 24, inciso XII; artigo 30, inciso VII, artigo 194, artigo 195, artigos 196 a 200, artigo 208, inciso VII, artigo 220, §3º, II, e por fim, artigo 227, todos presentes da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que a saúde é assegurada também no plano infraconstitucional, sendo a ela dedicadas leis, decretos, portarias, etc. Podem ser citados:

A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei orgânica da Saúde) dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

A Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

A Portaria 2.203, de 05 de novembro de 1996 aprova a Norma Operacional Básica (NOB 01/96), que redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde. A Portaria 373, de 27/2/2002 dispõe sobre a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002. A Resolução 399, de 22/2/2006 Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as diretrizes operacionais do referido pacto.

São muitas os dispositivos que prevêm diretamente sobre o direito a saúde, o que confirma a preocupação do constituinte em dar efetividade a este direito.

2.4 Evolução histórica da saúde pública no Brasil

A saúde, como já dito neste trabalho, está consagrada no artigo 6º, *caput* e artigo 196 da Constituição Federal de 1988, como sendo um direito de todos e dever do Estado. Entretanto, nem sempre foi assim, uma vez que nas Constituições anteriores a saúde não era objeto de proteção por parte do Estado.

Conforme os ensinamentos de Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos (2006, p. 32) o Estado era encarregado de editar normas com intuito de proteger a saúde pública ao trabalhador filiado ao regime previdenciário, entretanto, sem assegurar ao cidadão o direito a saúde em seu aspecto mais abrangente.

Com a proclamação da República em 1889, a sociedade sentiu necessidade de modernizar e melhorar a economia do país, e ao mesmo tempo houve a percepção de que isso seria possível com a valorização do próprio ser humano, visto que ele seria o grande gerador de riqueza do país. Assim, a medicina avocou para si a responsabilização sobre a saúde pública, responsabilizando-se de igual modo para a modernização do país (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 33).

O Brasil não era detentor de uma modelo sanitário eficiente, e por isso sofria com as consequências gravosas das epidemias. Como maneira de melhorar a situação, o Estado começou a intervir na saúde individual e coletiva da população. O governo republicano começou elaborar planos de combate às enfermidades. Nesse sentido:

A atenção para as epidemias nas cidades, como a de peste bubônica em 1899, no porto de Santos, esteve na origem da criação, em 1900, das duas principais instituições de pesquisa biomédica e saúde pública do país: o Instituto Soroterápico Federal – transformado posteriormente em Instituto Oswaldo Cruz (1908) e Fundação Oswaldo Cruz (1970) –, no Rio de Janeiro, e o Instituto Butantan, em São Paulo. Nessas instituições, uma nova geração de médicos, formados segundo o paradigma da bacteriologia e influenciados pela pesquisa científica praticada na França e na Alemanha, começaria a exercer forte influência nas concepções sobre as doenças transmissíveis e nas propostas de ações em saúde pública. (CONASS, 2011, p. 01).

A Lei Eloy Chaves de 1923 foi a primeira lei a regular e proteger verdadeiramente o direito a saúde. Ela é considerada como “o momento inicial da responsabilização do Estado pela regulação da concessão de benefícios e serviços” (CONASS, 2011, p. 13) A partir desta regulamentação a assistência médica passou a ser considerada política pública. Foi o reconhecimento da necessidade de salvaguardar a saúde do indivíduo-trabalhador (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 33).

Referida lei regulamentou as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), que previa benefícios como aposentadoria por invalidez, tempo de serviço, pensão por morte e assistência médica (CONASS, 2011, p. 13). Foram destinados aos servidores específicos, não abrangendo os trabalhadores rurais. Importante constar que o custeio dos benefícios dependiam de contribuições dos segurados.

Getúlio Vargas aderiu parcialmente a lei Eloy Chaves, aplicando-a a algumas categorias profissionais. No ano de 1930 instalou um ministério para a saúde, o Ministério da Educação e da Saúde Pública, dando uma atenção especial a área sanitária. Na verdade, o que se pretendia era o controle desses serviços, oriundo do centralismo político-administrativo pretendido por Vargas (FILHO, 2001, p. 30). As decisões na área as saúde eram tomadas por políticos, excluindo os médicos de tal função. Apesar de todas as deficiências no setor, o governo Vargas representou um relativo avanço.

A Constituição Federal de 1934 em seu artigo 121, § 1º, “h” assegurou assistência médica e sanitária ao trabalhador e a gestante, o que foi uma clara influencia da lei Eloy Chaves de 1923. Nos anos seguintes outros direitos foram assegurados na legislação trabalhista, até que em 1943 surge a Consolidação das Leis do Trabalho.

Conforme nos ensina Cláudio Bertolli Filho (2001, p. 34) a política de saúde adotada por Vargas, o atendimento aos operários expandiu-se, de modo que o setor previdenciário tornou-se o “principal canal de assistência médica da população trabalhadora dos centros urbanos”.

Devido as manifestações populares insatisfeitas com o governo, em outubro de 1945 ocorreu a deposição de Getúlio Vargas no poder e no ano seguinte elaborou-se uma Constituição democrática. O presidente Eurico Gaspar Dutra instituiu como prioridade os serviços públicos (FILHO, 2001, p. 39).

No ano de 1953, no segundo período presidencial de Getúlio Vargas o Ministério da Saúde foi criado, contando com verbas insignificantes, ocasionando um péssimo atendimento e a total ineficácia de atendimento a saúde.

Devido as intensas reclamações dos trabalhadores, em 1960 o governo federal sancionou a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), cuja principal característica foi a uniformização das contribuições a serem pagas pelos trabalhadores (FILHO, 2001, p. 44).

Em 1964 houve o golpe militar liderado pelos chefes das Forças Armadas. De acordo com Cláudio Bertolli Filho (2001, p. 51) o principal efeito do golpe militar no Ministério da Saúde foi a redução das verbas a ele destinadas, visto que a política de governo era a segurança e o desenvolvimento, sendo que o orçamento foi destinado a outros Ministérios.

Em 1966 criou-se o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) integrando todos os órgãos previdenciários. Ocorre que este instituto se mostrava impotente ante a complexidade do sistema previdenciário, de modo que em 1974 criou-se o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), incorporando o INPS.

A Constituição de 1967, ainda, não apresentava dispositivos de proteção a saúde do cidadão de maneira ampla, apenas ao trabalhador. É o que nos informa Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos (2006, p. 33):

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. O direito a saúde como corolário do direito a vida só veio a ser reconhecido, em nosso país, em 1988.

No início da década de 80 pouco se fez para alterar o quadro sanitário das décadas anteriores. Assim, começou-se uma grande luta para a melhoria das condições de vida e de saúde. Até mesmo os profissionais da saúde de organizaram na defesa da profissão e dos direitos dos pacientes, começando assim, o movimento sanitário.

Em 1986 foi realizada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, oportunidade em que foram difundidos os princípios da Reforma Sanitária. Nessa data, percebeu-se que a definição de saúde, e também os meios de promovê-la deveriam ser alterados em prol de uma melhor

prestação à sociedade. O documento da Conferencia Nacional de Saúde serviu de fundamento na Assembleia Nacional Constituinte.

Foi debatida a unificação do Instituto Nacional de Assistência Médica - INAMPS com o Ministério da Saúde. “Para os conferencistas, a Previdência Social deveria ater-se às ações próprias do seguro social, enquanto a Saúde deveria ser entregue a um órgão federal com novas características” (CONASS, 2011, p. 22). Foi, portanto, nesta Conferencia que foi aprovado a criação de um Sistema Único de Saúde, separando assim, a Previdência da saúde.

De acordo com o que dispõe o Conselho Nacional de Secretários da Saúde (2011, p. 23):

Enquanto se aprofundavam as discussões sobre o financiamento e a operacionalização para a constituição do Sistema Único de Saúde, em julho de 1987, criou-se o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (Suds), que tinha também como princípios básicos: a universalização, a equidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação comunitária.

Assim, ao mesmo tempo em que se pretendia que os recursos federais fossem aplicados a toda sociedade brasileira, almejava-se que ele não fosse aplicado para outros fins, se desvirtuando.

A Comissão Nacional de Reforma Sanitária foi criada mediante Portaria Ministerial MEC/MS. MPAS n° 02/86 em 22 de agosto de 1986 (CONASS, 2011, p. 23), servindo de base para a criação da lei do SUS, e também nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987. A Constituição Federal de 1988 aprovou a criação do Sistema Único de Saúde.

2.5 O Sistema Único de Saúde no Brasil

Como visto acima, o Sistema Único de Saúde foi criado pela Constituição Federal de 1988 e posteriormente foi regulamentado pelas Leis 8.080/90 e 8.142/90. Desde então, vem sendo edificado notadamente por meio de Normas Operacionais elaboradas pelas três esferas de governo e concretizadas pelas Portarias Ministeriais.

Esse novo sistema de saúde que vem sendo descentralizado e administrado por todas as esferas de governo vem gerando grandes mudanças nas relações do poder político e na distribuição de responsabilidades entre Estado e sociedade, cabendo a cada um a auxílio na concretização dos princípios da reforma sanitária (CONASS, 2011, p. 32).

O Sistema Único de Saúde é definido em lei (artigo 4° da Lei 8080/90) como o “conjunto de ações e serviços públicos de saúde executados ou prestados por órgãos,

entidades ou instituições federais, estaduais e municipais da administração direta, indireta ou fundacional”. Além disso, o mesmo artigo dispõe que o setor privado poderá participar do SUS, se submetendo a sua normatividade.

O artigo 5º da lei 8.080/90 aponta quais são os objetivos fundamentais do SUS. Pela leitura de referido artigo, destaca-se a integração dada as medidas assistências e preventivas. Lenir Santos (2006, p. 58) afirma que a intenção do SUS em integrar as duas ações é por consequência dos resultados negativos da priorização da assistência médico-hospitalar em detrimento das medidas de prevenção da doença e dos riscos de agravo a saúde individual e coletiva.

Além disso, o mesmo autor (SANTOS; CARVALHO, 2006, p. 58) afirma que a disposição da lei 8.080/90 não contraria a disposição constitucional (artigo 198, II da Constituição Federal) que estabelece: “atendimento integral, com *prioridade* para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”, visto que as normas se complementam e se aperfeiçoam.

O Sistema Único de Saúde é orientado por princípios e diretrizes que o encaminham para uma maior eficiência da prestação do direito a saúde. As diretrizes são a descentralização (cada esfera de governo possui direção própria), atendimento integral (atividades assistenciais curativas e preventivas) e a participação da comunidade (controle social sobre os serviços de saúde).

No que tange a descentralização, comenta Santos e Carvalho (2006, p. 80) que ela é a “espinha dorsal” do Sistema Única de Saúde. Antigamente os serviços de saúde do SUS eram centralizados apenas na União, contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi inaugurado a descentralização política, passando a ser dever de cada esfera do governo. Ela facilita que o solicitante se aproxime do responsável pela ação.

Conforme Santos e Carvalho (2006, p. 81) “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”. Além disso, permite um maior controle social por parte da população.

Para o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS, 2011, p. 120, v. 1):

A regionalização no Sistema Único de Saúde constitui estratégia prioritária para garantir o direito à saúde, reduzir desigualdades sociais e territoriais, promover a equidade e a integralidade da atenção, racionalizar os gastos, otimizar os recursos e potencializar o processo de descentralização.

Descentralizar não significa apenas fazer uma separação espacial, mas atribuir também certa medida de poder decisório de acordo com a necessidade de cada localidade. As esferas devem conjugar interesses com o fito de alcançar um progresso nas prestações de saúde. Além disso, evita-se a reiterado duplicidade de serviços para o mesmo fim. Logo, tem-se que a organização do SUS se dá de forma regionalizada e hierarquizada.

Quanto a direção, nos esclarece Santos e Carvalho (2006, p. 86) que embora “único”, o sistema é dirigido em cada esfera de governo pelo órgão político-administrativo responsável pelo setor da saúde (Ministério da Saúde e Secretaria da Saúde).

Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos (2006, p. 87):

A direção única em cada esfera de governo significa que o Sistema Único de Saúde – embora conceitualmente uno, porque informado pelos mesmos princípios e diretrizes da União, nos Estados, no Distrito Federal e nos municípios – deve ser operado, em cada uma dessas esferas de governo, segundo os interesses e peculiaridades de cada uma das entidades estatais, e nos termos da respectiva autonomia política e administrativa e da competência que a cada uma é atribuída pela Constituição da República, Lei Orgânica da Saúde e legislação suplementar federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso.

Assim, tem-se que cada esfera de governo, respeitando os limites legais, é autônoma nos limites de seu território.

Quando se fala em direção única, nos alerta Santos e Carvalho (2006, p. 88) que no sistema de saúde não poderá haver mais de um órgão ou ente jurídico responsável institucionalmente pelo Sistema Único de Saúde. Na esfera federal, quem dirige é o Ministério da Saúde, nos Estados é dirigido pela Secretaria de Estado de Saúde e nos municípios pela Secretaria Municipal de Saúde. Essa direção única tem o fim evitar a execução dos serviços de forma desorganizada e desarticulada.

Busca-se sempre a unificação dos serviços de saúde de todas as esferas, sendo que o comando de cada ente ficará nas mãos de um único dirigente. Não se pode ter em mente que cada ente poderá expedir atos gerais, de alcance nacional, visto que essa competência é privativa do Ministro da Saúde e do Conselho Nacional de Saúde.

Cabe a cada representante da esfera de governo designado para as funções do Executivo em gerir o Sistema Único de Saúde, e conforme definição de Souza (*apud* CONASS, 2011, p. 33) as funções gestoras podem ser entendidas como “um conjunto articulado de saberes e práticas de gestão, necessários para a implementação de políticas na área da saúde”.

2.6 A efetividade do direito à saúde no Brasil

A saúde, ao mesmo tempo em que assume um status de direito fundamental, é também um dever fortemente assegurado pela Constituição Federal de 1988², conferindo a esse direito uma proteção jurídica superior. Ela possui “dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais” (SARLET, 2007, p. 02).

Como já delineado no primeiro capítulo deste trabalho, a fundamentalidade formal está diretamente relacionada ao direito constitucional positivo, ou seja, o direito está expresso/escrito na Constituição. A fundamentalidade material está relacionada “a relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional” (SARLET, 2007, p. 03).

Daí se extrai que, sendo a saúde um direito-dever importante na ordem constitucional, é claramente presumível a compromisso essencial do Estado em efetivá-lo. Determina-se assim, além da obrigação de respeito, a obrigação de promovê-la através de ações do Poder Público. Para Ingo Sarlet (2007, p. 05) “sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito a saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação”.

O direito a saúde pode ser considerado como um direito de defesa e ao mesmo tempo um direito a prestação, gerando diversas implicações práticas no âmbito de sua efetividade.

Nas palavras de Ingo Sarlet (2007, p. 08):

Assim, o direito a saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito a saúde.

A Carta de 1988 dispôs em seu artigo 5º § 1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, evidenciando que “as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos” (SARLET, 2007, p. 8). Assim, fica claro que foi imposto ao Poder Público de uma forma

² **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.

geral, a obrigação de aplicar as normas que dispõem sobre os direitos fundamentais a maior efetividade possível.

Como pontua brilhantemente Ingo Sarlet (2007, p. 09) “tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções (...)”.

Na dimensão negativa, o Estado garante o direito à saúde não criando obstáculos para sua consolidação, tendo o “dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde” (SARLET, 2007, p. 10).

Na dimensão positiva, o Estado concede alguma prestação material, como medicamentos, internação, com o fito de conceder a maior efetividade ao direito a saúde. Aqui imperam grandes argumentos contrários a essa efetividade, visto que ela “implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos” (SARLET, 2007, p. 12-13).

O mesmo autor (SARLET, 2007, p. 13) ainda acredita que,

embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) que implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais (...) não se poderá sustentar – pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça – que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenando a morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano a saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.

A efetividade dos direitos fundamentais será obtida quando a sociedade em geral e os Poderes Públicos os consagrarem como verdadeiros valores essenciais de um Estado Democrático de Direito, e unirem esforços para que os indivíduos possam viver com a mínima dignidade possível.

Nessa linha de pensamento, Ingo Sarlet (2007, p. 16) nos diz que:

a efetividade dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos direitos sociais a prestações) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve no plano exclusivamente jurídico, transformando-se em um problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.

Destarte, não basta apenas a previsão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, sendo fundamental o zelo e a aplicação por parte dos Poderes Públicos em conjunto com a sociedade.

2.7 Responsabilidade pelo custeio das ações de saúde no Brasil

2.7.1 Legislação aplicável

Em primeiro lugar, ressalta-se que a Constituição Federal, em seu artigo 198 §1º estabelece que o financiamento do sistema é de responsabilidade das três esferas de governo “tendo como eixo estruturante e fundamental o orçamento da seguridade social” (MENDES, 2009, p. 88).

Dessa forma, em continuidade, a Constituição Federal dispõe que a seguridade social será financiada pela sociedade de forma indireta e de forma direta. Esta última, através de contribuições sociais identificadas no artigo 195, I, II, III. De forma indireta, através de recursos oriundos dos orçamentos fiscais da União, dos Estados e dos Municípios.

A Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei 8.212/91) reproduzindo a Constituição prevê que a seguridade social possui como orçamento as receitas da União, contribuições sociais e receitas de outras fontes. Além disso, em seu artigo 16 é previsto que a União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da seguridade social.

Conforme nos ensina Santos e Carvalho (2006, p. 197) a divisão do orçamento da seguridade social entre os três entes é feita a cada ano, em conformidade com o que dispõe a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Além disso, referida lei define os percentuais a ser oferecidos, observando sempre os recursos mínimos destinados a saúde por ordem da Emenda Constitucional n. 29 de 2000.

A Emenda Constitucional n.29³ promulgada em 13 de setembro de 2000 asseverou que o financiamento das ações e serviços de saúde é de responsabilidade das três esferas de governo, os quais devem dispor de recursos mínimos para o âmbito da saúde. Referidos recursos são derivados da aplicação de percentuais calculados sobre o produto da arrecadação dos impostos.

³ Os percentuais das receitas que deverão financiar a saúde durante os anos 2000 a 2004 ficaram estabelecidos no ADCT, artigo 77, do seguinte modo: a) União: no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999, acrescido de 5% no mínimo; do ano de 2001 ao ano de 2002, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; b) Estados e Distrito Federal: doze por cento do produto da arrecadação dos impostos previstos no art.155 e dos recursos mencionados no art.157 e 159, I, “a” e II, deduzidas as parcelas que forem transferências aos respectivos municípios; c) Municípios e Distrito Federal: quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art.156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, “b” e §3º. Ficou ainda estabelecido que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III, ou seja, 12% e 15% deverão elevá-los, gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, na proporção de um quinto por ano, não permitindo percentuais inferiores a 7%, desde 2000. (SANTOS; CARVALHO, 2006, p. 198).

Para o ano de 2000, foi definido um limite mínimo de 7% das receitas municipais e estaduais a serem destinadas a saúde, e um aumento de 5% sobre o montante empenhado pelo Ministério da Saúde em 1999. Nos anos posteriores, até o ano de 2004 ficou estabelecido que os percentuais para os Estados e Municípios deveriam majorar-se até alcançar 12% das receitas estaduais e 15% das receitas municipais. Já no que se refere à União, seria corrigida pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) (FAVERET, 2003, p. 372).

Não se adentrará detalhadamente no conteúdo da Emenda, porém importante frisar que ela pacificou alguns temas, como por exemplo, a obrigatoriedade da União em transferir recursos para estados e municípios, a manutenção dos recursos nos fundos de saúde e fiscalização pelos conselhos de saúde (SANTOS; CARVALHO, 2006, p. 201).

A Portaria GM/698 de 30 de março de 2006 definiu a nova forma de transferência dos recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde em blocos de financiamento.

Antes disso, entretanto, é importante citar que ocorreu em Sergipe o 1º Seminário do CONASS, cujo tema principal foi "Preocupações e prioridades dos secretários estaduais quanto à organização, gestão e financiamento do SUS". Nesta oportunidade, atentou-se para a necessidade de uma nova política de alocação de recursos federais visando a redução de desigualdades, contribuindo assim para a garantia dos princípios constitucionais do SUS (CONASS, 2012, p. 02). Nesse sentido:

O Pacto pela Saúde 2006, assinado pelo Ministério da Saúde, pelo CONASS e pelo Conasems, representou o compromisso político dos gestores com os princípios constitucionais do SUS e expressou-se nos Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão (...). O pacto de gestão contempla os princípios do SUS previstos na Constituição Federal de 1988 e na Lei 8080/90. Estabelece as responsabilidades solidárias dos gestores de forma a diminuir as competências concorrentes, contribuindo, assim, para o fortalecimento da gestão compartilhada e solidária do SUS. (CONASS, Nota Técnica, 2006, p. 06)

Dessa forma, com o Pacto de Gestão há um progresso na regionalização e descentralização do SUS, melhorando as particularidades de cada região, expondo as diretrizes do sistema de financiamento público dos três entes em grandes blocos de financiamento federal.

De acordo com a Nota Técnica do CONASS (2006, p. 07), são princípios gerais do financiamento para o SUS a

responsabilidade das três esferas de gestão – União, Estados e Municípios pelo financiamento do SUS; a redução das iniquidades macrorregionais, estaduais e

regionais, a ser contemplada na metodologia de alocação de recursos; o repasse fundo a fundo definido como modalidade preferencial na transferência de recursos entre os gestores; e o financiamento de custeio com recursos federais organizados e transferidos em blocos de recursos.

A Portaria nº. 698/GM de 30 de março de 2006 determina que é de responsabilidade da União, Estados e Municípios o custeio das ações de saúde, sempre em consonância com o que estabelece a Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS. Conforme prevê a Nota Técnica do CONASS (2006, p. 08) “os recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde passam a ser organizados e transferidos na forma de blocos de financiamento”.

Importante mencionar que os recursos federais que serão destinados aos Estados e Municípios, são repassados “de forma automática fundo a fundo, observado os atos normativos específicos referentes a cada bloco” (CONASS, 2006, p. 9). Além do que, os recursos de cada bloco são aproveitados apenas as ações e serviços daquele bloco específico.

Os blocos de financiamento para o custeio são: Atenção Básica; Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar; Vigilância em Saúde; Assistência Farmacêutica; e Gestão do SUS⁴. Não se fará um detalhamento de cada bloco de financiamento visto que demandaria uma longa análise, o que não é objeto de estudo do presente trabalho.

O Ministro Gilmar Mendes, na Audiência Pública nº4, de 28 de abril de 2009 (MENDES, 2009, p. 87), tratando das questões relativas a responsabilidade dos entes da Federação e o financiamento do SUS, expôs que o Poder Judiciário vem entendendo que a competência comum dos entes implica na responsabilidade solidária. Para ele, os serviços de saúde devem resultar da comunhão de esforços da União, Estados e Municípios, para cumprirem o mandamento constitucional.

Francisco Batista Júnior, Presidente do Conselho Nacional de Saúde, em sua participação na Audiência Pública sobre a saúde ressalta que há uma sobrecarga nos Municípios, os quais não recebem a ajuda necessária do governo federal em termos de responsabilidade política e financeira. Para ele, a “participação dos atores que constroem o SUS na gerência do serviço é absolutamente fundamental” (BATISTA JUNIOR, 2009, p. 91).

Antonio Carlos Figueiredo Nardi (Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde) corrobora a fala de Francisco, ao afirmar que, “ainda que os recursos sejam reconhecidamente insuficientes” o SUS tem como executor principal o Município, que

⁴ Os dados e detalhes desses blocos estão presentes na Nota Técnica do CONASS.

está empenhado em garantir o direito a saúde. Ressalta ainda, que algumas ordens judiciais levam o Município a ter um gasto com uma única pessoa, equivalente ao recurso total reservado a atenção básica do seu Município. Uma importante menção que Antonio Carlos faz é que o SUS é uma rede regionalizada e hierarquizada, sendo que “rede requer gestão interfederativa compartilhada entre as três esferas de governo” (NARDI, 2009, p. 97).

Edelberto Luiz da Silva (Consultor jurídico do Ministério da Saúde) afirma que em decorrência da responsabilidade solidária entre os entes, os magistrados condenam indistintamente e de forma simultânea a União, dos Estados e dos Municípios na prestação jurisdicional reclamada pelo autor (SILVA, 2009, p. 100).

Nas palavras de Agnaldo Gomes da Costa (Secretário de Estado da Saúde do Amazonas) “o SUS é uma política de Estado que reconhece o direito de todos os brasileiros a saúde e a responsabilidade pactuada, compartilhada e solidária entre a União, os Estados e os Municípios na sua organização e funcionamento” (COSTA, 2009, p. 103). Além disso, destaca que a descentralização cada vez mais crescente, tem transferido responsabilidades ao Municípios que antes competia ao governo federal e estadual.

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas (Subprocurador- Geral do Estado do Rio de Janeiro) adverte que devido a constante judicialização da saúde, prejudica-se cada vez mais a gestão do sistema (MASCARENHAS, 2009, p. 109).

Luiz Roberto Barroso (2007, p. 15) no que toca a esse assunto afirma que, como há uma competência legislativa concorrente entre União, Estados e os Municípios sobre a proteção e defesa da saúde, deve haver também uma cooperação entre elas, com o fito de atingir o equilíbrio e desenvolvimento do bem estar em âmbito nacional, conforme prevê o artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal de 1988.

Ele destaca que à União e aos Estados cabe executar as políticas sanitárias de modo supletivo, quando o Município eventualmente falhar ou tiver deficiências, tratando-se do princípio da descentralização (BARROSO, 2007, p. 16).

Terminando o estudo sobre este tópico, Barroso adverte que cabe aos três entes o financiamento do sistema, mas o “fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente” (BARROSO, 2007, p. 17). Isso nos remete ao que Agnaldo Gomes da Costa opinou sobre a concorrência entre os três entes.

O que se não se compreende é: porque temos uma legislação quase perfeita, dispendo de forma mais ampla e específica possível e não se tem um retorno satisfatório na vida prática das pessoas.

3 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

3.1 O papel do Poder Judiciário pós-Constituição de 1988 e a expansão da Jurisdição Constitucional

Antes de se falar especificamente sobre a Constituição Federal de 1988, é preciso que se volte um pouco no tempo para que possamos entender de maneira exata as inovações trazidas por referida Carta e que movimento a influenciou.

Foi o modelo neoconstitucional que trouxe diversas alterações em algumas concepções do direito, dentre elas, a expansão da jurisdição constitucional. No modelo antigo (Liberal), as pessoas possuíam liberdade, contudo, ela se resumia na falta de empecilhos colocados por parte do Estado, ou seja, “os direitos fundamentais se restringiam aos direitos de defesa ou de abstenção, exigindo dos agentes públicos somente condutas negativas (obrigação de não fazer)” (CAMBI, 2009, p. 174).

Dessa forma, o Estado Liberal não tinha como dever jurídico o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, apenas eram obrigações morais. Este modelo cumpria a risca o clássico princípio da separação dos poderes. Como consequência, houve uma “neutralização política da atividade judicial (...) os órgãos judiciais deveriam se mover em um quadro jurídico político pré-constituído” (CAMBI, 2009, p. 175). A única fonte do direito era a lei, sendo que o juiz aplicava o direito fazendo a subsunção do fato a norma, e nada mais.

Como se verá mais a frente, o princípio da separação dos poderes, como era idealizado no Liberalismo, não mais subsiste.

Eduardo Cambi (2009, p. 177), fazendo um comparativo entre o Estado Liberal e o Estado Social, articula que:

A concepção liberal sustenta que a liberdade individual de ação e de decisão requer a ausência de intervenção estatal. Em contrapartida, o Estado Social afirma que a liberdade negativa a que se refere a proteção de direitos fundamentais, implica assegurar a criação de estruturas sociais que garantam a maior oportunidade possível de desenvolvimento da personalidade.

Assim, constata-se que enquanto o Estado Liberal pregava a igualdade formal, o Estado Social já havia percebido a necessidade de uma igualdade material, onde o Estado deveria agir para proteger os mais carentes, entendendo que a igualdade de fato está sujeita a desigualdades jurídicas.

Nas palavras de Eduardo Cambi (2009, p. 177), a partir do Estado Social “o Estado deixa de ser visto como um inimigo dos direitos fundamentais, não ficando as suas atividades limitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição indispensável para assegurar os direitos fundamentais na sociedade civil”.

Assim, no Estado de Bem-Estar Social, o papel do Judiciário deixa de ser neutro, expandindo a sua visibilidade social e política, sendo que foi chamado para “enfrentar a gestão das contradições entre igualdade formal e justiça social” (CAMBI, 2009, p. 178). Isso se deve ao aumento significativo de demandas e a busca incessante pela efetivação dos direitos sociais.

O grande marco que consagra o nascimento do modelo neoliberal foi o fim da Guerra Fria, com a queda do muro de Berlim. Nas palavras de Eduardo Cambi (2009, p. 178) “a globalização econômica influenciou a emergência de um novo direito transacional, reduzindo a soberania dos Estados e, conseqüentemente, provocando a erosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controle da legalidade”.

O Estado Neoliberal pregava que a Constituição deveria ser mínima, apenas contendo regras sobre organização política, sem prever normas programáticas ou direitos sociais. Eduardo Cambi (2009, p. 179) diz que o neoliberalismo aposta na desconstitucionalização.

O Estado deve concretizar os direitos sociais com a observância rígida da Constituição. Para Eduardo Cambi (2009, p. 181):

Nos países periféricos, o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social.

Logo, constata-se que o princípio da separação dos poderes não pode ser considerado um fim em si mesmo, só fazendo sentido “se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais” (CAMBI, 2009, p. 193).

A partir do momento em que se modificou a concepção sobre os direitos fundamentais, os três poderes passaram a ter mais diálogo e colaboração entre si, tudo em prol de uma melhor interpretação do texto constitucional. Dessa forma, com o surgimento do Estado Social, o Judiciário deixou de ser neutro, passando a concretizar, ao lado do Legislativo e Executivo, os direitos fundamentais. O Poder Judiciário passou a ter mais

relevância social, visto que as demandas aumentaram consideravelmente, exigindo uma postura mais ativa desse poder.

Esclarecido que foi o neoliberalismo que inspirou as mudanças da jurisdição constitucional, importante discorrer um pouco sobre as modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Barroso (2007, p. 02) afirma que no Brasil a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar marcaram historicamente o novo direito constitucional. Não foi apenas a partir de sua promulgação, mas a discussão prévia, convocação, elaboração também já anunciaram o renascimento do direito constitucional.

A Constituição “foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2007, p. 03).

A partir da Carta de 1988 todos os conflitos existentes foram resolvidos com os olhares atentos a legalidade constitucional, não se admitindo qualquer solução que fugisse ao seu respeito. Mais uma vez, Barroso (2007, p. 04) afirma que “sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”.

O autor (BARROSO, 2007, p. 05) elenca três acontecimentos que caracterizam a trajetória do direito constitucional nas últimas décadas, que são: “a) o reconhecimento de força normativa a Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

Em relação ao primeiro (força normativa da constituição) tem-se que antigamente a Constituição era considerada apenas um documento político. Contudo, com a reconstitucionalização após a Segunda Guerra Mundial, essa situação se modificou, sendo que atualmente as normas constitucionais são dotadas de imperatividade; possuem caráter vinculativo e obrigatório.

Conforme nos ensina Barroso (2007, p. 06) “o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil de maneira consistente, ao longo da década de 80”. Antes disso, o país sofria com o autoritarismo e as promessas vagas de concretização dos direitos. A Carta de 1988 veio com a grande missão de romper “a posição mais retrógrada”.

No Brasil, a jurisdição constitucional se expandiu a partir da Carta de 1988, sendo que a causa decisiva foi a ampliação do direito de propositura e a criação de novos mecanismos de controle concentrado.

Já no que tange a nova interpretação constitucional, ela deriva da força normativa da Constituição. Barroso (2007, p. 08) adverte que a interpretação jurídica tradicional não está superada como um todo, apenas que em algumas situações ela não é suficientemente apta a solucionar os problemas. A partir de então, começou-se a elaborar novos conceitos para uma nova interpretação constitucional.

Na interpretação tradicional, a solução para o caso está integralmente no sistema jurídico, onde a resolução do problema se dará mediante subsunção apenas. Nas novas técnicas de interpretação, com o avanço do direito constitucional, a solução nem sempre estará na abstração da norma, oportunidade em que “o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador” (BARROSO, 2007, p. 09).

De acordo com referido autor “a aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual” (BARROSO, 2007, p. 13).

A Constituição Federal de 1988 representou a travessia para a democracia brasileira. A partir deste momento ela começou a usufruir de supremacia formal e supremacia material “axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios” (BARROSO, 2007, p. 20).

A Constituição não era apenas considerada em si mesma, mas um ponto de partida e de reflexão para os demais ramos do direito, visto que toda norma jurídica deve antes de tudo, respeitar os mandamentos constitucionais. A constitucionalização do direito infraconstitucional teve como sua principal característica a “reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional” (BARROSO, 2007, p. 20).

No Brasil, a jurisdição constitucional é praticada desde o juiz estadual até o Supremo Tribunal Federal, visto que todos interpretam a Constituição, podendo até mesmo não aplicar a lei se esta for inconstitucional.

Desde a promulgação da Carta de 1988, houve uma expressiva ampliação das demandas judiciais. Isso se deve primeiramente, a “redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos” (BARROSO, 2007, p. 34). Houve também a criação de novos direitos, o que culminou no papel cada vez mais importante de juízes e tribunais.

Com isso, chega-se a conclusão que houve uma “ascensão institucional do Poder Judiciário”. Este passou a desempenhar também, um papel político. Deu-se no Brasil uma significativa judicialização de questões políticas e sociais.

3.2 Judicialização e ativismo judicial: conceitos e distinções

Como já foi dito neste trabalho, o Poder Judiciário vem protagonizando a determinação de políticas públicas, gerando grandes discussões.

A palavra judicialização ganhou maior atenção com o trabalho dos norte americanos Tate e Vallinder (1995 *apud* MACHADO, 2008, p. 81) no qual defendem que referida judicialização significa assumir algo sob a forma de processo jurídico tanto em relação “a transferência das decisões sobre direitos da legislatura, do gabinete, do serviço civil para as cortes, como em termos da disseminação dos métodos e decisões judiciais para além da esfera judicial propriamente dita”.

Para Tate (1995 *apud* MACHADO, 2008, p. 81) a expansão do Poder Judiciário prescinde de três condições essenciais: a existência de um regime democrático, a separação dos poderes e a política de direitos. Mas para ele, essa junção de condições não é o suficiente, visto que a judicialização da política exige que “acima de tudo da opção dos juízes de participarem do processo de decisão política, no lugar de simplesmente deixarem que as decisões sejam tomadas nos órgãos e instituições usualmente competentes para tanto” (2008, p. 82).

Para Maciel e Koerner (2002, p. 113 *apud* MACHADO, 2008, p. 82) no caso do Brasil, essa judicialização precisa de um estudo mais aprofundado, porque sua utilização está sendo feita de forma paradoxal, impedindo uma real definição de seu conteúdo.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 3-6), em seu artigo Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática faz uma diferenciação entre o que se entende por “judicialização” de temas políticos e “ativismo judicial”:

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 – 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. (...) A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos 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. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia 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: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Enquanto a judicialização representa a transferência de poder político ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, que em razão disso, passa a decidir matérias importantes para o País, o ativismo judicial decorre do déficit de atuação de outros poderes, e da normatização de situações fáticas a partir da aplicação de princípios e mecanismos de interpretação constitucional, haja vista a ausência de lei.

3.3 Ativismo judicial *versus* separação de poderes

Aqui se assenta uma das maiores discussões atualmente. De um lado, o princípio da separação dos poderes, em que cada poder é responsável por determinadas ações, não podendo invadir a competência dos demais. De outro, a deficiência e a falta de cumprimento dos deveres incumbidos a certo poder, e a necessária intervenção de um poder diverso em sua esfera com intuito de concretizar os direitos.

Como já visto, o ativismo judicial é a postura proativa do Poder Judiciário, o qual intervém nas opções políticas dos demais poderes. Para José Afonso da Silva⁵: “O ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva”.

O ativismo judicial ocorre quando os demais poderes se omitem, ou falham no cumprimento dos mandamentos constitucionais, mais especificamente no objeto deste trabalho, nos direitos fundamentais (direito a saúde). O Poder Judiciário atua com o intuito de efetivar aquilo que não foi realizado pelos demais poderes.

Como se vê, aquele ideário da separação dos poderes concebido no Estado Liberal não encontra fundamento nos dias atuais. Existe um direito pós moderno, que foi sofrendo mudanças devido a alterações sociais e políticas atuais.

⁵ DA SILVA, Jose Afonso. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>> Acesso em: 21 de setembro de 2013.

Quando a Administração Pública, no exercício de suas funções se omite ou excede em sua capacidade, aceita que o Poder Judiciário opere, passando “parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete” (CAMBI, 2009, p. 252).

Quando o Legislativo e o Executivo se omitem, as questões que antes deveriam ser resolvidas por eles, passam ao Poder Judiciário, aumentando cada vez mais as lides judiciárias, visto que problemas que poderiam ser decididos fora do Judiciário, não o são. Não podemos nos conformar que o direito fundamental seja desamparado, por isso, nessas situações não há invasão de competência, “mas apenas suprimento da prestação do dever de proteção do Estado, em razão da omissão dos órgãos que, inicialmente, deveriam tê-lo feito” (CAMBI, 2009, p. 254).

Dessa forma, o Poder Judiciário não substitui a atuação dos demais poderes, apenas complementa a atuação deficiente. Cambi (2009, p. 256):

Assim, a adoção de medidas judiciais (...) não consiste na usurpação das atividades do Poder Executivo ou do Legislativo, mas apenas um complemento da atuação deficiente, com o objetivo de evitar lesões a direitos fundamentais. Caso contrário, os direitos fundamentais se tornariam fórmulas vazias, em virtude de o legislador ou o administrador não ter vontade ou ser incapaz de realizar os direitos fundamentais (...). Portanto, verificada a omissão inconstitucional, total ou parcial, cabe ao Judiciário atuar para efetivar o direito fundamental e, destarte, evitar a violação da Constituição.

Portanto, não há violação a separação dos poderes, porquanto o Judiciário também é responsável pelo respeito aos direitos fundamentais. Se assim não o fosse, o cumprimento da Constituição incumbiria apenas ao legislador, o que não se pode admitir.

3.4 Crise da saúde pública e judicialização dos conflitos na área da saúde

Diante da falta de políticas públicas na área saúde, ou sua ineficiência, as pessoas estão se socorrendo do Poder Judiciário para ver seus direitos garantidos. Houve um grande aumento nessas demandas, ocasionando grandes discussões doutrinárias e jurisprudências sobre a legitimidade do Judiciário.

A atuação judiciária em defesa dos direitos fundamentais e da cidadania ao mesmo tempo que se mostra essencial, tem sido objeto de grandes discussões, pelo fato dos criadores de políticas públicas se verem obrigados a garantir direitos na área da saúde, que não haviam previsto, mas que por ordens judiciais, devem fazê-lo. Deste modo “a ampliação dos

benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema” (MENDES, 2009, p. 31).

No dia a dia dos juízes, grandes confrontos são postos a sua frente. Por diversas vezes os cidadãos reclamam por um direito constitucionalmente assegurado, como o direito a saúde, mas que pelo Sistema de Saúde e suas características, não há como disponibilizá-lo.

E como bem pontuou Gilmar Mendes na Audiência Pública nº4 de 2009, “satisfazer as necessidades das pessoas que estão a sua frente, que tem nome, que tem suas histórias, (...) pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do SUS” (MENDES, 2009, p. 33).

Como se vê, são desafios diários que provocam uma série de discussões, e esse é um dos argumentos mais utilizados por aqueles que são contra a intervenção judiciária em questões que envolvem políticas públicas.

Gilmar Mendes, nesta mesma audiência, enumera diversos deveres e problemas que o Judiciário deve conciliar na hora de fazer o julgamento:

Enfim, impõe-se ao magistrado o desafio de resolver um complexo quebra-cabeça de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, inclusive considerando seu aspecto evolutivo, a universalidade do sistema e a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo a saúde, a escassez de recursos e o uso indevido do orçamento, a justiça comutativa e a justiça distributiva, dar prioridade as políticas de prevenção ou a recuperação; a efetiva participação da comunidade no sistema, a distribuição de tarefas entre os entes da federação e as desigualdades regionais. (MENDES, 2009, p. 35)

O que se coloca aqui não é a defesa de que os indivíduos busquem cada vez mais o Poder Judiciário para obterem medicamentos e serviços de saúde que lhes foram assegurados, mesmo porque geraria um caos judicial. Na verdade, o caos maior decorreria a inviabilização do sistema SUS porque as necessidades humanas são ilimitadas enquanto que a assistência pública a saúde tem muitas limitações.

Fica claro que a melhor solução para esses problemas é a criação e a eficiência das políticas públicas destinadas a toda a população.

Ocorre que muitas vezes há uma omissão do Estado no dever de garantir esses direitos, e de criar tais políticas públicas, momento em que o Judiciário se torna indispensável para efetivá-los. Não se nega “a competência dos gestores como responsáveis pela definição das políticas públicas, em cada esfera de governo” (SOUZA, 2009, p. 37), apenas que o Judiciário não pode se eximir de proteger os cidadãos.

Compete ao Poder Executivo idealizar e ao Legislativo implementar por meio de leis as políticas públicas necessárias a efetividade dos direitos sociais. Não obstante, a insuficiência e incapacidade como é evidente também que sua insuficiência e incapacidade de elaborá-las ou implementá-las enseja atuação do Judiciário. A criação de regras pelo Ministério da Saúde “ou a falta de políticas públicas para o tratamento de doenças não podem pretender excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (SOUZA, 2009, p. 41).

Importante registrar que não há qualquer tipo de usurpação o fato do Poder Judiciário resguardar o direito a saúde quando o Estado se omite nos seus deveres. Para Antonio Fernando Barros e Silva de Souza (2009, p. 41):

A pretensão do cidadão ao medicamento ou serviço de saúde pode ser levada ao Poder Judiciário, e o provimento que condena União, Estado, Distrito Federal e Município ao fornecimento de medicamento ou realização de determinado procedimento não usurpa a função de outros poderes, mas garante o direito a saúde, que depende de políticas públicas, cuja execução exige uma atuação positiva do Executivo, atuação esta que, simplesmente, por não se verificar regularmente no mundo dos fatos, tal como seria de se esperar, deve ser imposto pelo Estado-Juiz.

Assim, o Poder Judiciário apenas intervém quando o Estado se omite na prestação dos serviços de saúde.

Aqueles que argumentam contra a intervenção judicial alegam que o juiz analisa apenas o caso concreto, reconhecendo o direito individual a saúde, ignorando toda a coletividade que também faz jus aos mesmos direitos. Nisso tudo há o aspecto emocional, visto que os juízes se comovem com a história e as misérias daqueles que formulam a pretensão.

Leonardo Lorea Mattar (2009, p. 53), Defensor Público Geral da União, na Audiência Pública sobre a Saúde, aduz o seguinte:

O que estamos a discutir aqui, não é a substituição da administração pública pelo Poder Judiciário, porque isso, evidentemente, é prejudicial para o sistema; isso, evidentemente, desorganiza o uso das verbas. Não há dúvida em relação a isso. O que estamos discutindo aqui é: em situações específicas, quando, por falta de vontade, por falta de planejamento, por qualquer outro motivo, o Estado não consegue cumprir aquilo a que se propôs, a elaborar as políticas públicas necessárias, pode ou não o Judiciário intervir: Pode e dever intervir sim.

Então se vê que não quer o Judiciário avocar para si competências que não lhe cabem, nem mesmo desestabilizar o Sistema de Saúde. O que ele pretende é reparar falhas na prestação de serviços de saúde por parte do Estado. Por óbvio que isso não é o ideal. Ideal seria que a própria Administração Pública formulasse políticas públicas eficientes e que

disponibilizasse aos indivíduos o mínimo necessário para uma vida saudável, sem que o Judiciário interviesse em seus papéis. Assim sendo, a interferência judicial com o fito de prestar um serviço de saúde, que deveria ter sido prestado pelos demais poderes, deve ocorrer.

Leonardo Lorea Mattar (2009, p. 54) destaca o “efeito pedagógico dessas decisões.

O governante, depois de alguns anos, verificando que esse direito é efetivamente um direito garantido e isso estando claro e dito pelo STF, ele vai saber que é necessário alocar mais recursos da rubrica da saúde, sob pena de haver a intervenção do Poder Judiciário (...).

O que o Poder Judiciário faz não é ordenar que o Estado preste um serviço novo, ou forneça determinado medicamento, inovando todo o sistema, ele apenas garante uma prestação, um direito que já foi disposto na Constituição Federal. Isso significa que o Estado já deferiu aquele direito.

Por óbvio que o Poder Judiciário deve sempre agir de forma razoável, determinando a entrega de medicamentos ou procedimentos cirúrgicos sempre com vistas à melhor proteger o indivíduo, mas que também não desestabilize todo o Sistema da Saúde, deixando de resguardar a sociedade em geral.

3.5 Aspectos positivos e as críticas a judicialização excessiva

O que pode ser considerado benéfico nessa judicialização da saúde é que aqueles direitos que antes eram ignorados pelos demais poderes, ou prestados de forma ineficiente, podem ser concedidos pelo Poder Judiciário. De tal modo, aqueles que antes viam seus anseios serem limitados, podem desfrutar dos direitos que lhes foram garantidos da Carta de 1988. Aliás, “o fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais” (BARROSO, 2009, p. 09).

Além disso, são numerosos os benefícios advindos da atuação mais intensa do Poder Judiciário, por haver uma atenção mais efetiva aos direitos sociais e uma melhor distribuição de justiça.

Para Luis Roberto Barroso (2009, p. 10), a interferência do Judiciário apresenta o seu lado negativo também:

O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da

sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Dentre os aspectos negativos da judicialização excessiva, alguns se destacam: os riscos a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário (BARROSO, 2009, p. 10).

No que tange aos riscos a legitimidade democrática, o primeiro grande argumento é que os membros do Poder Judiciário não são eleitos para exercerem seus cargos, e por isso faltaria legitimidade para invalidar decisões tomadas por aqueles que foram escolhidos pelo povo. Contudo, Barroso (2009, p. 10) aduz que existem duas justificativas para tanto, uma de natureza normativa e outra filosófica.

A justificativa de natureza normativa é que os juízes ao concretizarem a Constituição e as leis, estão consolidando “decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo” (BARROSO, 2009, p. 11).

No que se refere a justificação filosófica para interferência do Judiciário, tem-se que a democracia não sintetiza apenas o princípio majoritário, sendo que grande função de uma Constituição também é “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2009, p. 12).

Sobre o risco para a politização da justiça Barroso (2009, p. 13) nos esclarece que:

Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. (...) Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa.

A Constituição conecta a natureza jurídica com a política, contudo, não significa que o direito admitirá escolhas livres. Quando o juiz decide uma demanda, o faz de maneira motivada, com a utilização de argumentos racionais, de modo que a função jurisdicional assume especial legitimação. O juiz exerce sua função buscando atingir os fins constitucionais, e não seus fins particulares.

Por fim, a capacidade institucional do Judiciário pressupõe que os juízes estão aptos a fazer justiça em cada caso, visto que não é detentor de um conhecimento abrangente sobre o “impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público” (BARROSO, 2009, p. 16). Essa capacidade institucional significa encontrar qual Poder está mais apto a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Barroso (2009, p. 16) prossegue sua explanação, dando como exemplo as políticas públicas sobre a saúde e a grande interferência do Judiciário sobre elas:

Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Para que não haja um grande comprometimento dessa separação, a atitude mais razoável é que a atuação judicial para implementar os direitos fundamentais sociais, “deve respeitar o princípio da subsidiariedade” (CAMBI, 2009, p. 201). Isto significa que o Judiciário pode controlar o Legislativo e o Executivo, apenas quando estes atuarem ou se omitirem em detrimento aos princípios constitucionais.

Quando qualquer dos poderes infringirem os mandamentos constitucionais, não importando qual instância de poder, a fiscalização judicial se fará presente. A jurisdição constitucional serve para controlar a legitimidade do poder político.

O não cumprimento de direitos sociais por parte do Executivo ou Legislativo caracteriza inconstitucionalidade por omissão. Nessa hipótese o legislador e o administrador ferem seriamente a Carta Constitucional, fazendo com que o Judiciário seja chamado a se manifestar e reparar aquilo que foi agredido, e conseqüentemente devolver a superioridade constitucional. Para Cambi (2009, p. 218) “no plano da jurisdição constitucional, os juízes não estão apenas sujeitos as leis, mas também a análise crítica de seu significado, como meio de controle da legitimidade constitucional”.

É importante frisar que quando se defende o ativismo judicial, não se fala que ele estaria apto a agir de forma aberta e incondicionada. Ela sempre estará condicionada a violação de direitos, “sempre mediante decisões motivadas e voltadas a legitimação do exercício do poder jurisdicional, o protagonismo judiciário, assim compreendido, justifica-se”

(CAMBI, 2009, p. 247). Ademais, em algumas situações de nítida agressão aos direitos fundamentais, essa atuação jurisdicional é indispensável.

Os direitos previstos na Constituição Federal não podem ser violados nem pelo legislador, nem pelo administrador público, seja por ação ou omissão em seu conteúdo essencial. E se porventura houve essa agressão, incumbe ao Judiciário resguardar a Constituição.

3.6 Instrumentos processuais para garantia do direito à saúde em juízo

3.6.1 Para tutela de direito individual

Normalmente, os medicamentos possuem um custo elevado, sendo difícil para grande parte da população que são carentes financeiramente, obtê-los. Recentemente, vem crescendo a quantidade de demandas judiciais, individuais e coletivas, baseadas no artigo 196 da Constituição Federal, visando que o Poder Público forneça medicamentos de alto custo, ou não incluídos no cadastro do Sistema Único de Saúde.

O Mandado de Segurança, previsto no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, protege direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data. Ele é disciplinado pela Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009, tratando sobre o mandado de segurança individual e coletivo.

Para Hely Lopes Meirelles (1989, p. 28), o mandado de segurança é

o meio constitucional posto a disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Para que se impetre o mandado de segurança é necessário que tenha havido violação ou grave ameaça a direito líquido e certo. Alguns afirmam que constitui direito líquido e certo o direito a assistência farmacêutica. Contudo, nos alerta Leny que “a adequação e a lisura da prescrição, bem como sua observância as peculiaridades do caso concreto e a legislação pertinente, demandam vasta produção de prova” (SILVA, 2009, p. 50). Ademais, muitas das vezes em que se nega o fornecimento de medicamentos, há um amparo infralegal para tanto.

Há ainda, as ações condenatória de obrigação de fazer, as quais seguem o rito ordinário e a competência será da Justiça Estadual.

Por meio desta ação pede-se ao Estado que forneça um medicamento/cirurgia ou qualquer outro serviço de saúde que já foi devidamente tutelado constitucionalmente, geralmente com o pedido de tutela antecipada. Com o intuito de implementar os direitos prestacionais, a ação de obrigação de fazer se mostra como um meio inteiramente apto para tanto, constituindo natureza mandamental. É uma medida propensa a constranger a Administração Pública para salvaguardar os direitos, principalmente no que toca ao direito a saúde.

Tendo índole mandamental, pode o juiz impor mecanismos de coerção, como multa e astreintes. É o que se verifica no artigo 644 e 645 do Código de Processo Civil⁶.

Caso o Estado não cumpra, há uma multa pelo atraso. O Poder Público tem o dever de fornecer não só medicamentos, mas tratamentos, cirurgias, os quais se mostram fundamentais a efetivação do direito fundamental a saúde.

3.6.2 Para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

A Ação Civil Pública, disciplinada pela lei 7.347 de 1985 se destina a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ela implica na presença de um grupo de pessoas, podendo este ser indeterminado, determinado ou determinável. Pode haver também o legitimado extraordinário, qual seja o Ministério Público.

Conforme nos ensina Leny Pereira da Silva (2009, p. 47), a ação civil pública “possui peculiaridades procedimentais, incompatíveis com a tutela individual, daí a impropriedade de sua aplicação indistintamente”.

Contudo, importante frisar que a ação civil pública se mostra um meio muito eficaz para combater a impotência do Poder Público na prática de políticas públicas. Esta ação consegue proteger os hipossuficientes e instiga a atuação do Estado frente aos que mais carecem.

3.7 O papel do Ministério Público e da Defensoria Pública na efetividade do direito à saúde no Brasil

⁶ Art. 644. Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida.

Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.

Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo.

O Ministério Público atua principalmente em defesa dos interesses coletivos, sendo o seu principal instrumento a Ação Civil Pública. Nas palavras de Felipe Rangel de Souza Machado (2008, p. 81):

Sua competência diz respeito ao cuidado pelos serviços de relevância pública e tem por função principal zelar pela promoção dos direitos constitucionais, sendo que, dentre estes está o direito à saúde (entendido como um direito individual, coletivo e difuso, conforme o artigo 197 da Constituição). Além disso, tem-se observado o papel do MP na busca pelo direito à saúde, tanto como instituição provocadora da Justiça quanto como espaço extrajudicial de resolução de conflitos.

Ademais, essa instituição tem se mostrado apta a resolver conflitos na fase extrajudicial, evitando que os inquéritos se convertam em ações judiciais, através, por exemplo, do Termo de Ajustamento de Conduta.

O Ministério Público tem o dever de adotar medidas frente à vulnerabilidade da saúde pública em razão da falta de cumprimento das obrigações constitucionais pelos entes públicos. Inclusive, muitas vezes, o que leva o aumento da procura pelo Ministério Público, é a frustração do acesso a saúde e a negativa de atendimentos pelo Poder Público (OLIVEIRA, 2008, p. 468).

O Ministério Público tem grande responsabilidade nas decisões judiciais que envolvem o direito a saúde, tanto em sua atuação como parte ou fiscal da lei. Trata-se de uma instituição que privilegia o atendimento a políticas públicas de maneira coletiva. Como discorre Arantes (1999, p. 83) “o Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial”.

Para Rogério Bastos Arantes, “o Ministério Público deixou de ser defensor do Estado para ser defensor da sociedade.” (1999, p. 84).

A Defensoria Pública desempenha um papel fundamental nas políticas de saúde, amparando os interesses dos mais necessitados. Diante da defesa da população, ela “pode influir decisivamente nos pleitos sobre as prestações de saúde e de medicamentos, direcionando-os para o controle judicial das políticas públicas e melhorando o atendimento aos pobres” (TORRES, 2008, p. 277)

Ela tem um grande valor na concretização do direito a saúde, notadamente após a Lei 11.343 de 2007, a qual lhe conferiu legitimidade para propor Ação Civil Pública. Essa alteração legislativa adapta “para o plano infraconstitucional o novo perfil dado à Defensoria Pública a partir da Reforma do Poder Judiciário, levada a cabo através da EC 45 de 2004, a

qual fortaleceu a sua dimensão jurídico- constitucional no Estado de Direito Brasileiro” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 412).

Em razão disso, as possibilidades de atuar em ações contra o Estado aumentam, compelindo “ainda mais a abertura das portas do Poder Judiciário às demandas coletivas dos pobres do Brasil (no que tange aos seus interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos), ampliando e garantindo o seu acesso à justiça.” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 413).

Ela dispõe das ações individuais de obrigação de fazer, do mandado de segurança e a ação civil pública, tutelando de forma coletiva os interesses da sociedade, ampliando cada vez mais o acesso a justiça.

Para Tiago Fensterseifer (2008, p. 411-412):

A Defensoria Pública exerce um papel constitucional essencial na tutela e implementação dos direitos fundamentais de todas as dimensões ou gerações, pautando-se, inclusive, pela perspectiva da integralidade, indivisibilidade e interdependência de todas elas. Assim, da mesma forma que a Defensoria Pública atua na tutela dos direitos liberais (ou de primeira dimensão), conforme se verifica especialmente no âmbito da defesa criminal, movimenta-se também, e de forma exemplar, no sentido de tornar efetivos os direitos sociais (ou de segunda dimensão), o que se registra nas defesas em ações possessórias e nas ações de medicamentos e pedidos de vaga em creche e escola, em vista sempre do objetivo maior de tutelar a dignidade da parcela pobre da população brasileira. As dimensões de direitos fundamentais, na sua essência, materializam os diferentes conteúdos integrantes do princípio da dignidade humana, o qual se apresenta como o pilar central da arquitetura constitucional e objetivo maior a ser perseguido na atuação da Defensoria Pública. Onde houver violação aos direitos fundamentais e a dignidade da população carente, a Defensoria Pública estará legitimada constitucionalmente para fazer cessar tal situação degradadora dos valores republicanos.

Deste modo, a Defensoria Pública se coloca como instituição essencial para resguardar os direitos fundamentais sociais do nosso ordenamento jurídico, principalmente quando sua atuação está voltada para a garantia da dignidade humana.

4. FATORES DE LIMITAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

4.1 A reserva do possível

4.1.1 Delimitação conceitual e características

A reserva do possível foi experimentada com mais magnitude no Brasil a partir da década de 1990, período em que as “diretrizes do neoliberalismo⁷ começaram a direcionar a atuação dos poderes públicos nacionais” (OLSEN, 2012, p. 206).

Existem posições no sentido de que os direitos, de forma geral, exigem de algum modo uma prestação a ser efetivada pelo Estado, até mesmo os direitos de defesa e os de liberdade. Ou seja, seriam todos direitos positivos. Comungam neste entendimento Gustavo Amaral e Flávio Galdino (2005, p. 147 *apud* SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 27), ao afirmarem que os direitos fundamentais exigem “um custo, de tal sorte que esta circunstância não se limita aos direitos sociais de cunho prestacional”.

Vê-se, pois, que se todos os direitos fundamentais requerem do Estado recursos financeiros para sua efetividade, imprescindível que tais recursos sejam suficientemente disponibilizados. É neste momento em que a discussão em torno da “reserva do possível” surge e requer um olhar mais cauteloso.

Para Eduardo Cambi (2009, p. 382) a reserva do possível seria o “fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas na implementação dos direitos”.

Ana Olsen (2012, p. 201) trata a reserva do possível como uma condição da realidade⁸, correspondendo “a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do direito”. A dimensão fática, então, possui grande valor. Destarte, só seria razoável exigir dos poderes públicos prestações materiais que são plausíveis, analisadas as circunstâncias da realidade naquele determinado período.

Na visão de Eduardo Cambi (2009, p. 382) a reserva do possível não pode funcionar como cláusula restritiva de direito *prima facie*, contudo, é um limite jurídico-fático dos direitos fundamentais.

⁷ Neoliberalismo é um sistema econômico que prega uma intervenção mínima do estado na economia, deixando o mercado se auto-regular com total liberdade. Defende a instituição de um sistema de governo onde o indivíduo tem mais importância do que o Estado, sob a argumentação de que quanto menor a participação do Estado na economia, maior é o poder dos indivíduos e mais rapidamente a sociedade pode se desenvolver e progredir, buscando um Bem-Estar Social. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/11337/Neoliberalismo>> Acesso em: 19 de outubro de 2013.

⁸ Nesse ponto, importante frisar que é um posicionamento da autora, de modo que há certa divergência na doutrina sobre referido tópico.

Nas lições de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2010, p. 29):

A noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais as prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Ocorre que raramente o que a norma prevê, condiz com a realidade dos fatos. Gustavo Amaral repreende “a doutrina da “máxima eficácia” dos direitos sociais, pois ao prometer o que a realidade não permitiria cumprir, esta doutrina acaba por gerar frustração” (2001, p. 11-112 *apud* OLSEN, 2012, p. 203).

Contudo, Ana Olsen (2012, p. 204) nos adverte que, “a Constituição não é meramente um reflexo da realidade existente, mas é também um indicativo de um caminho a ser seguido (...)”. O que a autora quis dizer com isso é que não se pode abrandar completamente a eficácia das normas com a simples alegação de que não existem recursos para satisfazer as necessidades das pessoas. A Constituição tenta conservar os valores nela insculpidos, e por isso determina algumas atuações ao poder público.

O não cumprimento do disposto no artigo 6º e 196 da Constituição Federal pode torná-la inefetiva, apenas uma utopia dos constituintes. Não basta, por exemplo, que o direito a saúde à todos esteja expresso formalmente; deve além disso, ser respeitado e garantido de forma adequada.

Há que se ter em mente, do mesmo modo, que para a prestação assegurada na norma ser devidamente oferecida, ela deve estar disponível fática e juridicamente. É o que nos ensina Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2010, p. 30):

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas entre outras e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante a sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

A reserva do possível tem sido utilizada como forma de justificar a omissão na tutela constitucional dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Nas palavras de Sarlet (2010, p. 32) “o que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais”.

Importante frisar que, se o Estado argumenta no sentido de que não existem recursos disponíveis para todas as demandas, é imperioso que ele mesmo comprove tal escassez, visto que seria muito fácil e oportuno argumentar a falta de recursos para se furtar do cumprimento de suas obrigações perante a sociedade.

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 279) afirma que:

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.

Tem-se aqui o que frequentemente vem ocorrendo em nosso país, onde os Poderes Públicos noticiam a constante falta de recursos financeiros para a efetivação de direitos básicos, e a irracionalidade do Judiciário em determinar sem nenhum critério o cumprimento de obrigações na área da saúde, por que impossível seu cumprimento. Ora, não cabe aos Poderes Públicos exonerar-se do cumprimento de suas obrigações, criando empecilhos dissimulados. Se de fato não existem recursos, cabe à eles próprios fazerem prova de suas alegações.

Comunga nesse entendimento Eduardo Cambi (2009, p. 400) aduzindo que a reserva do possível não pode servir como um cómodo fundamento para negar a realização dos direitos fundamentais, devendo o Poder Público demonstrar a exaustão orçamentária, comprovando que inexistem recursos satisfatórios para o cumprimento de determinadas decisões judiciais.

Muitas vezes, o que ocorre é uma “inversão hierárquica” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 34) em que os poderes públicos dão uma maior importância a questão orçamentária em prejuízo a obrigações e primazias constitucionais, como os direitos fundamentais, que muitas vezes são deixados de lado, para poupar os cofres públicos de gastos exacerbados.

Ainda nessa linha de pensamento, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 276) afirma que é preciso ter cuidado para que a reserva do possível

não se vulgarize vindo a tornar-se a desculpa cômoda que impeça a mudança social programada pelo Direito e que muitas vezes esconde a distorção de prioridades na aplicação de recursos e até mesmo a violação de outras normas, cujo propósito seria exatamente a criação de condições para esse avanço.

É inconcebível que tais argumentos, quando infundados, prevaleçam sobre os direitos fundamentais, uma vez que o que deve prevalecer, dentro dos limites do razoável, é a vida humana e sua dignidade.

Ana Olsen (2012, p. 212) nos alerta que “ainda que não se possa exigir o logicamente impossível, quando se busca a efetivação de um direito fundamental prestacional, é preciso ter em mente a medida da responsabilidade dos órgãos públicos para com a sua efetivação”.

Os direitos existem antes da existência dos recursos. Por serem pré-existentes, originam a obrigação da alocação de recursos para seu cumprimento. E a cada afirmação de falta de caixa disponível, é preciso que haja investigação quanto a sua constitucionalidade.

Não está se afirmando aqui, que os direitos devem ser efetivados independentemente da observância dos recursos disponíveis, mas na possível falta destes, é preciso que haja uma investigação, visando esclarecer certos pontos. Dentre eles, podemos citar os seguintes: quanto foi disponibilizado para a concretização do direito? Ele foi utilizado? Quais foram as prioridades escolhidas pelos Poderes Públicos? Houve desvios? Quem são os responsáveis?

Nesse sentido, conclui-se este tópico afirmando que deve ser dada prioridade aos direitos fundamentais sociais assegurados pela Constituição Federal de 1988, os quais não podem ser considerados como meras utopias constitucionais. Não se pode fechar os olhos para sua ineficácia, deve-se sim, buscar os meios possíveis de efetivá-los e de se ter um maior controle sobre as escolhas políticas que vão afetar a população de forma decisiva.

4.2 O custo dos direitos

No que tange ao custo dos direitos, especialmente ao custo do direito a saúde, é imperioso que se traga a baila um importante avanço. Devido a grande inconstância no financiamento federal da saúde na década de 90, a Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000 foi aprovada e criou regras para progressiva provisão de recursos as ações e serviços públicos de saúde (CAMPELLI; CALVO, 2007, p. 1613).

Vinculou-se percentuais mínimos de recursos financeiros que a União, Estados, Distrito Federal e municípios seriam obrigados a aplicar na área da saúde. Até então, não existia um parâmetro legal definido para tal fim.

Para o ano de 2000, foi definido um limite mínimo de 7% das receitas municipais e estaduais a serem destinadas a saúde, e um aumento de 5% sobre o montante empenhado pelo Ministério da Saúde em 1999. Nos anos posteriores, até o ano de 2004 ficou estabelecido que os percentuais para os Estados e Municípios deveriam majorar-se até alcançar 12% das receitas estaduais e 15% das receitas municipais. Já no que se refere à União, seria corrigida pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) (FAVERET, 2003, p. 372).

Vê-se claramente que tais vinculações visam o “comprometimento financeiro estável”, permitindo o claro planejamento dos gastos e a prevenção de crises, em nome da preservação da saúde de infinitas pessoas (CAMPELLI; CALVO, 2007, p. 1620).

Faveret (2003, p. 374) indicou que um dos maiores entraves da EC 29/2000 seria a definição do que consistia “ações e serviços públicos de saúde”.

Contudo, esse empecilho foi superado, visto que no dia 16 de janeiro de 2012, a Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei Complementar nº 141, a qual havia sido aprovada pelo Congresso em dezembro de 2011. Referida lei regulamenta a EC 29/2000 e define claramente o que deve ser considerado gasto em saúde, fixando os percentuais mínimos de investimento na área pela União, Estados e Municípios.

A Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012 regulamentou o artigo 198 §3º da Constituição Federal, e conseqüentemente a Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000. Esta lei é de fundamental importância, tendo em vista que estabeleceu quanto será a responsabilidade da União em serviços de saúde, quanto deve ser aplicado em saúde pelas três esferas de governo, e o que são consideradas ações e serviços de saúde. Para a União ficou definido valor mínimo, enquanto que para os demais entes, percentuais mínimos.

A Lei Complementar 141 de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993.

A Emenda Constitucional n. 29/00 prevê recursos mínimos para as ações de saúde no Brasil, como já foi dito. Ocorre que tais percentuais não são suficientes para a demanda a que é submetida.

Em comparação com outros países, a proporção de gasto público em saúde no Brasil é baixa. O SUS é um sistema integral e universal e dele dependem milhões de brasileiros, sendo que o percentual destinado a saúde não é satisfatório.

Para que um direito fundamental social seja concretizado, há inevitavelmente algum gasto a ser despendido. Muito se discute na doutrina sobre o “custo dos direitos”, visto ser uma realidade palpável e infelizmente tida como um obstáculo a implementação de muitos direitos essenciais ao ser humano. Muitas vezes, porém, como veremos adiante, os Tribunais Superiores adotam uma posição no sentido de que a vida é um bem superior, e que por isso não pode ser posta em conflito com questões de pequena monta, como as finanças públicas e o orçamento.

Ocorre que, como bem salienta Gustavo Amaral e Danielle Melo (2010, p. 79) temos hoje um conjunto de decisões que isoladamente podem até fazer sentido, mas coletivamente não fazem. O que era para ser a parte programática da Constituição, acaba se tornando uma verdadeira imposição, tendo que ser cumprida independentemente dos fatores da realidade. Grande parte da doutrina tem entendido que é indispensável contrastar o direito com os recursos públicos. Outra parte, porém, acredita que o direito deve ser garantido a qualquer custo (AMARAL; MELO, 2010, p. 79).

A alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender. (...) Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico. (AMARAL & MELO, 2010, p. 92).

Na seara da tutela pela efetivação do direito à saúde e os argumentos que entram em jogo nesta seara, a disponibilidade de recursos financeiros passa a contrabalancear na análise desta demanda. Passa-se a explorar esta temática, para que, posteriormente, possamos adentrar nas decisões dos juízes do Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso do Sul a respeito desta temática.

4.3 Orçamento público, financiamento da saúde e escassez de recursos financeiros

Como foi dito acima, pensar a disponibilidade de recursos públicos é elemento essencial para a garantia de demandas judicializadas que pleiteiam a efetivação do direito à saúde posto genericamente na Constituição Federal.

A respeito da escassez dos recursos, conforme nos ensina Gustavo Amaral e Danielle Melo (2010, p. 88), dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. E não havendo o suficiente para satisfazer a todos, é necessário que se escolha quem atender e quem não atender, hipótese mais conhecida como as “escolhas trágicas”.

Para fundamentar a dificuldade em atender todas as demandas postas a análise do Poder Judiciário, Gustavo Amaral e Danielle Melo (2010, p. 88) fazem uma citação muito pertinente e logo em seguida complementam com seus dizeres, aduzindo a falta não só de recursos financeiros, mas equipamentos, pessoas especializadas, etc:

A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso a saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável” (Aaron & Schwartz, 1984, p. 81, trad, livre). Além da questão financeira, há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades.

Dessa forma, há de se ter um equilíbrio nas decisões que condenam o Poder Público ao fornecimento de medicamentos, tratamento de doenças, etc, visto que não se trata apenas de dinheiro. Como bem salienta Amaral e Melo (2010, p. 90) os cuidados médicos são produtos oferecidos em um mercado que responde as leis da economia.

Aaron e Schwartz (1984, p. 642 *apud* AMARAL; MELO, 2009, p. 90) aduzem que um dos desafios mais importantes no que tange ao direito a saúde é justamente a alocação dos recursos. As determinações e distribuições podem gerar certa insatisfação, originando litígios que são resolvidos pelo Judiciário. Os pleitos judiciais aumentam a cada dia, de modo que a preocupação com a escassez dos recursos aumenta na mesma proporção.

Conforme ensina Amaral e Melo (2009, p. 91) a escassez dos recursos na área da saúde não é um acidente, mas uma característica implacável. Para eles, a escassez e a reserva do possível integram a definição do direito a vida. Para referidos autores, o orçamento é um instituto ainda a ser “(re) descoberto” (2009, p. 92).

4.4 A redescoberta da “reserva do possível” pelo exercício da cidadania

Amaral & Melo (2009, p. 92) defendem que as escolhas políticas concernentes ao orçamento devem ser realizadas garantindo a transparência e democratização, com a ampla participação do administrado. Nesse sentido (AMARAL; MELO, 2009, p. 93):

(...) urgente que a população participe das escolhas orçamentárias e protagonize o processo de planejamento, pois a extraordinária concentração de poder no Executivo soma-se a subalternidade do parlamento e ambas produzem, no meio de formas e aparências, déficit democrático sem precedentes (...), pois esta abertura “divide responsabilidades e impede que a cobrança sobre os desacertos da política orçamentária seja direcionada apenas ao Poder Executivo”.

Nesse sentido, deve-se priorizar o controle das escolhas orçamentárias dos Poderes Públicos, dando a maior limpidez possível quanto a quem se decidiu atender e o quanto se decidiu empregar em prol daquele atendimento. O Estado, como detentor do poder de escolher o quanto e onde o orçamento será aplicado, deve apontar e explicar suas preferências.

Logo, esclarece que o orçamento não é uma questão menor, mas uma característica inafastável dos direitos fundamentais sociais, até porque, como “levar o direito a sério é também levar a escassez a sério” (AMARAL; MELO, 2009, p. 94).

Muitas vezes o Poder Público deixa a desejar no cumprimento dos direitos assegurados na Carta da República, momento em que o Poder Judiciário é chamado a atuar. Nessa falta de eficiência dos poderes públicos, autores como Eduardo Cambi (2009, p. 372) argumentam que é imprescindível a participação da população na discussão das questões públicas, pois para ele, o exercício da cidadania está, diretamente, ligado ao controle do poder público.

Assim, é fundamental que os cidadãos tenham ampla participação a ponto de influenciar as decisões políticas e jurídicas naqueles assuntos que vão interferir determinantemente em sua vida, como educação, saúde, etc (CAMBI, 2009, p. 372). Como consequência, se terá maior planejamento e transparência nos gastos do governo (CAMBI, 2009, p. 372).

Na realidade, para referido autor (CAMBI, 2009, p. 380) a cidadania seria promovida verdadeiramente, quando os direitos fundamentais sociais fossem efetivados, por se tratarem de compromissos constitutivos do Estado para a sociedade.

4.5 A prestação jurisdicional e o fator de limitação real das finanças públicas para a efetivação do direito à saúde.

A “legitimidade democrática do Judiciário” para concretizar os direitos fundamentais sociais seria o instrumento que evitaria com que políticas desconsiderassem a sua submissão ao legislador e à Constituição. Ainda, o controle judicial evitaria com que as mesmas políticas desconsiderassem o papel do Judiciário em zelar pela realização da democracia. Sobre este assunto, Eduardo Cambi (2009, p. 271) disserta:

Assim sendo, cabe aos órgãos judiciais intervir na formação, controle ou execução das políticas públicas. Todavia, tal intervenção não pode ser irrestrita e irresponsável, devendo ocorrer somente quando há um dever legal ou constitucional violados. Trata-se, pois, de intervenção derivada ou subsidiária. Logo, a liberdade do

juiz não é absoluta, estando limitada pelas potencialidades da interpretação sistemática da Constituição ou das leis e a solução da situação fática emoldura no caso concreto.

Em alguns casos específicos então, cabe ao Judiciário retificar atos inconstitucionais praticados pelos demais Poderes, protegendo o povo contra as escolhas feitas pelos seus próprios representantes. “A legitimidade do Judiciário, ao tutelar os direitos fundamentais e, inclusive ao formular ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição” (CAMBI, 2009, p. 280).

O mesmo autor afirma que a atuação judiciária é “derivada e subsidiária”, ou seja

(...) não ocupando, o Judiciário, a função de distribuição de bens sociais por si próprio, mas servindo como garantidor dos meios empregados pelas políticas públicas, desde que acionado para garantir direitos fundamentais carentes de eficácia jurídica e social. Em outros termos, a atuação judicial está relacionada e limitada aos casos concretos, marcados pela ausência de realização do direito fundamental, decorrentes da carência de políticas públicas. (CAMBI, 2009, p. 281)

Confirmado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma imprópria, fracassando na realização do mínimo existencial, o Judiciário é chamado a intervir e realizar o direito fundamental mínimo transgredido.

Para tanto, pode “intervindo na execução do orçamento público, afastar o princípio da legalidade das despesas públicas” (CAMBI, 2009, p. 428).

O Poder Judiciário pode, apesar não existir previsão orçamentária, impor meios de coerção para que o direito fundamental seja protegido. Como já foi ponderado neste trabalho, a reserva do possível não pode ser utilizada como desculpa deliberada para não realização dos direitos.

Como bem observa Eduardo Cambi (2009, p. 431) “o mínimo existencial deve ser assegurado independentemente de reserva orçamentária, porque goza de garantias institucionais”. Trata-se em verdade, da efetivação das necessidades humanas básicas.

A “participação” do Poder Judiciário nas políticas públicas, não se presta a tomar para si a competência dos demais Poderes, mas visa unicamente fiscalizar a real obediência a Constituição Federal. Nesse sentido (CAMBI, 2009, p. 432):

O controle judicial do orçamento público não se destina a usurpar competências do Poder Executivo, colocando-se, tão somente, como técnica de fiscalização constitucional destinada a possibilitar a concretização do mínimo existencial. A finalidade do controle é específica e se destina, exclusivamente, a suprir as omissões consideradas inconstitucionais que possam impedir a tutela dos direitos fundamentais sociais (garantir o mínimo existencial) e, conseqüentemente, frustrar os objetivos essenciais do Estado Democrático de Direito.

Não obstante essa ânsia de efetivar os direitos fundamentais relacionados à concretização da prestação estatal à saúde dos seus cidadãos, um obstáculo de grande notoriedade que passa a ser encarado é o orçamento e as finanças públicas.

Nas palavras de Eduardo Cambi (2009, p. 381):

Não basta, contudo, ter apenas vontade de efetivar a Constituição e de transformara realidade. Tão importante quanto as boas intenções é a possibilidade de o direito vir a ser concretizado, em razão dos custos que gera ao Poder Público e a toda a sociedade. Cabe, pois, discutir quando e em que medida os limites financeiros podem justificar a não realização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, há que se pensar de forma razoável, analisando até que ponto as decisões judiciais podem ser cumpridas, e até onde elas podem interferir o orçamento público.

De igual forma, o Estado deve também demonstrar de onde se originam as receitas e qual o seu destino exato. Para a total transparência, a Constituição criou três leis orçamentárias, quais sejam: Lei do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Orçamentária Anual.

Como nos alerta Eduardo Cambi (2009, p. 385) os desvios orçamentários ocorrem tanto na elaboração do orçamento, quanto em sua execução. Logo, reforça-se cada vez mais a ideia de participação da população nas escolhas políticas, para que se tenha cada vez mais um controle sobre o que é de todos.

Para que a liberdade real seja obtida, as políticas públicas devem ser praticadas com o intuito de alcançar a plena realização dos direitos fundamentais sociais. Referidos direitos não são apenas “concessões do legislador, mas deveres políticos” são “imperativos constitucionais” (CAMBI, 2009, p. 389). Com a noção de que eles dependem de gastos e estes são escassos, é preciso saber como utilizá-los.

Discorre Eduardo Cambi (2009, p. 389-390) sobre a prioridade nos gastos públicos:

Uma vez que os recursos públicos são limitados, devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial). Procura-se, destarte, uma otimização nos gastos públicos, voltada a aplicação prioritária na efetivação de direitos fundamentais sociais, sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade (maximização do mínimo existencial). (...) Assim, no que tange as limitações orçamentárias, deve o Poder Público dar preferência aos gastos voltados as condições mínimas de sobrevivência digna, também chamado de mínimo existencial. Não há no ordenamento jurídico uma definição exata do que seria referido mínimo existencial, contudo a doutrina vem estabelecendo certos padrões, que serão analisados nos tópicos seguintes.

Como nos esclarece Eduardo Cambi (2009, p. 408) o Poder Judiciário tem o poder de invalidar opções orçamentárias, com o fim de concretizar direitos fundamentais sociais, ao menos o mínimo existencial. Deve o Judiciário, “diante das circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes ao caso concreto, restar demonstrado que a opção do administrador é manifestamente inconstitucional”. Tudo isso, para que se evidencie que o mínimo existencial foi desprezado em nome de outras prioridades.

Para o mesmo autor (CAMBI, 2009, p. 408) a interferência do Judiciário só se justifica quando verificada a omissão inconstitucional dos demais Poderes e desde que devidamente motivada. Nesse sentido, quando “as decisões políticas devem ser, evidentemente, incompatíveis com a Constituição” (CAMBI, 2009, p. 412).

Assim, caberia ao Judiciário preservar os valores insculpidos na Carta da República, sem, contudo, se tornar um “legislador substituto”. Nas palavras de Cambi (2009, p. 270): “Cabe aos juízes apenas dar força normativa a Constituição, sem, com isto, absorver o espaço político reservado a deliberação majoritária acerca das políticas públicas”.

Quanto à justificativa das limitações orçamentárias, Leny Pereira da Silva (2009, p. 27), considera como ilegítima a justificativa da necessidade de previsão orçamentária para a concretização de direitos sociais. Trata-se, segundo a autora, de um juízo de valor errado, visto que a previsão orçamentária para realizar tais direitos é dirigida ao administrador e não ao Judiciário, que pode efetivar o direito fundamental com a “simples ponderação de valores”.

Referida autora acredita que o fato do constituinte ter planejado todas as despesas orçamentárias, não impede o juiz de determinar o cumprimento de um direito fundamental, argumentando sobre a “superioridade axiológica em relação a regra orçamentária” (SILVA, 2009, p. 28).

De forma geral, o juiz o proferir a sentença condenando a prestações na área da saúde, não se atine aos descompassos que a decisão vai gerar aos cofres públicos, olvidando que os recursos são finitos.

Leny Pereira da Silva (2009, p. 31) alerta que se deve ter cuidado ao efetivar um direito fundamental que gere grandes gastos ao Estado, contudo, também assevera que se estiver abarcado pela reserva do possível, o direito não pode deixar de ser alcançado. Analise-se até onde sua efetivação abala a estabilização financeira.

Uma alternativa trazida pela autora que tem sido utilizada pelos Tribunais para substituir a ordem de realização imediata do direito, é “a imposição de se incluir na proposta orçamentária anual seguinte os recursos necessários a futura concretização do direito” (DA SILVA, 2009, p.33).

A mesma autora (SILVA, 2009, p. 53) cita o princípio do resgate, pelo qual

a saúde e a manutenção da vida humana são os bens mais importantes de uma comunidade, razão pela qual todos os recursos financeiros possíveis devem ser aplicados para salvar uma vida, por menores que sejam as chances de sobrevivência e por maiores que sejam os custos envolvidos.

Nesse sentido, admitindo-se que os recursos são finitos e os medicamentos possuem elevado custo, certo é que sempre haverá o racionamento de recursos, vindo a lesar direitos de outrem. Eis onde a circularidade entre o que é dito pela lei e o que é feito no mundo dos fatos é disparada. É ainda nesta esfera onde a efetivação do direito à saúde exposto na Constituição passa a ser demandado no Judiciário.

4.6 A reserva do possível nos tribunais

A reserva do possível foi aplicada inicialmente no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no famoso caso *numerus clausus* (Olsen, 2012, p. 215). Nessa oportunidade, a Alemanha fez tudo o que estava ao seu alcance para efetivar o direito pleiteado, qual seja, tornar o ensino superior acessível. Para eles, demandar mais com o único escopo de satisfazer um direito individual e conseqüentemente afetar outros programas e prioridades, não seria razoável.

Ocorre que aqui no Brasil, o conceito de reserva do possível tomou outro sentido e foi modificada em alguns aspectos, de modo que “a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, e para o custo dos direitos” (OLSEN, 2012, p. 221-222).

A preocupação alemã se resumia no fato de que a satisfação em determinados casos concretos poderia danificar outros bens também juridicamente protegidos. A reserva do possível caracteriza um limite pelo fato de não ser razoável exigir do Estado o que este já prestou dentro de sua capacidade.

Aqui no Brasil, os poderes não fazem tudo o que está ao seu alcance para cumprir as disposições constitucionais, mas “criam mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais” (OLSEN, 2012, p. 224).

Ana Olsen (2012, p. 225) adverte que:

A reserva do possível não pode ser uma caixa de surpresas da qual os poderes públicos sacam toda a sorte de desculpas para o não cumprimento dos direitos

fundamentais prestacionais. É preciso identificar mecanismos jurídicos de controle, que permitam uma maior efetividade destes direitos.

Assim, a reserva do possível deve ser um argumento utilizado com sensatez e verdade, não servindo como mera desculpa dos Poderes Públicos pra eximir-se do cumprimento de suas obrigações.

A questão sobre a efetividade dos direitos prestacionais destacou-se no Brasil a partir da década de 90, com o movimento das vítimas da AIDS, que conseguiram dos poderes públicos o fornecimento de medicamentos aos portadores do HIV e AIDS.

A partir deste momento, muitos tribunais começaram a adotar a posição da máxima eficácia e justiciabilidade dos direitos fundamentais, o que obviamente foi alvo de muitas críticas. O núcleo de referidas críticas possui, conforme Ana Olsen (2012, p. 226) nos coloca a seguinte pergunta: até que ponto poderia o Poder Judiciário intervir nas políticas públicas adotadas pelo Poder Executivo? Deste questionamento surgiria outro. Afinal, poderia o Poder Judiciário intervir mesmo não houvesse previsão legal para garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais prestacionais?

Os tribunais brasileiros vêm adotando maneiras diversas para tratar sobre essa questão, sendo três as posições principais por eles assumida, quais sejam: (1) considerando os direitos fundamentais sociais como direitos absolutos, (2) alegando incompetência do Judiciário para decidir a matéria, ou ainda, (3) decidindo com base na ponderação entre a existência deste direito e a reserva do possível. Será feita uma breve análise dos três para que se pontuem os benefícios e os malefícios.

Considerando os direitos fundamentais sociais como direitos absolutos, tem-se que as disposições constitucionais não podem ser desrespeitadas sob hipótese alguma, por mais oportunos que sejam os argumentos quanto a questão orçamentária.

Por óbvio que essa posição confere máxima eficácia aos direitos fundamentais, em plena observância constitucional. Contudo, tal posição também desestabiliza todo o sistema, gerando uma diminuição na eficácia de todo o ordenamento jurídico, visto que há uma gama enorme de direitos a serem assegurados.

A exemplo dessa posição, o Juiz Federal George Marmelstein Lima, em uma decisão do Tribunal de Justiça do Ceará, em que se discutia o fornecimento de um medicamento a uma paciente em estado grave, assim se pronunciou:

entre proteger a inviolabilidade do direito a vida e a saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da Republica (art.5 caput e art.196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa

fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável a vida e a saúde humana. (OLSEN, 2012, p. 229).

Ana Olsen (2012, p. 231) se posiciona no sentido de que esses tipos de decisões indicam que os aspectos econômicos não podem interferir na realização dos direitos, sendo estes direitos absolutos, contra os quais não existem argumentos. Aduz que desprezar condições de realidade seria muito arriscado.

Obviamente, não se pode desprezar as condições de realidade, mesmo porque estar-se-ia enganando a nós mesmos. Como já dito neste trabalho, não se requer o absurdo e o impossível, mas sim o que for possível nos limites do orçamento. No entanto, este orçamento deve justo e verdadeiramente viabilizar da melhor maneira possível a efetividade dos direitos. Deve-se priorizar os direitos fundamentais sociais, e não priorizar o que for conveniente e oportuno aos Poderes Públicos. Além disso, deve haver um controle sobre ele, de modo que a própria sociedade saiba para onde está indo o dinheiro.

Há também a posição dos tribunais que alegam incompetência do Judiciário para decidir a matéria. Neste ponto, as decisões elucidam de forma clara o princípio da separação dos poderes, sendo este o grande obstáculo a atuação jurisdicional. Afirmam que “o Judiciário não pode obrigar o Executivo ao cumprimento de determinadas prestações, ainda que constitucionalmente previstas” (OLSEN, 2012, p. 233).

Nesses tipos de decisões não se faz uma investigação da causa da ausência de recursos, visto que seria decisão unicamente baseada na discricionariedade do poder público, e o controle jurisdicional seria repellido.

Esta posição seguramente não é a mais acertada. Diante da inércia do Poder Público, cabe ao Judiciário interferir e arriscar concretizar o direito, não cabendo a ele também ficar omissos. Celso de Mello, no Informativo nº 582 do Supremo Tribunal Federal aduz que:

o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Por fim, a terceira posição, a que se deve decidir com base na ponderação, e a qual se apresenta a melhor solução para os conflitos existentes. Nesse ponto, os Tribunais colocam a discussão na balança e pesam a legitimidade do Executivo e Legislativo para estabelecer as prioridades do orçamento, e colocam a fundamentalidade dos direitos fundamentais em outro.

Quando verificado que os poderes se omitiram, admite-se a intervenção do Judiciário como legítima no intuito de preservar os direitos assegurados.

Nesse sentido comunga Ana Olsen (2012, p. 243):

Ao que parece, a dimensão de realidade relacionada ao custo dos direitos não tem mais sido desconsiderada pelos tribunais, os quais tem ponderado as alegações trazidas pelo poderes públicos. Nesta ponderação, avalia-se de um lado a essencialidade do direito, e do outro, as alegações trazidas pelos poderes públicos, no sentido de que a realização das prestações materiais restaria impossibilitada em virtude da escassez de recursos financeiros.

Importante frisar que os Tribunais têm observado também a artificialidade da escassez, ou seja, ela decorre das más escolhas feitas pelos poderes públicos.

Diante de um caso concreto, o magistrado que se dispõe a ponderar os bens jurídicos, interesses e direitos em conflito, não pode partir de premissas absolutas como “a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para o descumprimento de obrigações constitucionalmente veiculadas”. Se por um lado a reserva do possível não deve ser tida como um dado incontestável, também seu afastamento não pode prescindir de uma fundamentalidade consistente. (OLSEN, 2012, p. 244).

Antes de adentrar na análise de duas decisões do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul a respeito do tema, será feita a abordagem de pontos mais aprofundados a respeito do que a doutrina entende sobre o que é o mínimo existencial e as suas limitações.

4.7 O mínimo existencial: delimitação conceitual e características

O “mínimo existencial” foi primeiramente reconhecido na Alemanha⁹ (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20) onde a “noção de um direito fundamental (e, portanto, também de uma garantia fundamental) as condições materiais que asseguram uma vida com dignidade teve sua primeira importante elaboração dogmática”.

Esse conceito foi expandido após a II Guerra Mundial, oportunidade em que os doutrinadores alemães acreditavam que o Estado deveria dispor de meios para garantir aos cidadãos uma existência física com dignidade, não a mera existência. “Este mínimo foi extraído do princípio da dignidade humana e do direitos a vida e a integridade física, direitos

⁹Na doutrina do Pós Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bacht, que já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, inc.I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 20) .

positivados na Lei Fundamental”. (OLSEN, 2012, p. 315). Desde então, tem havido um reconhecimento jurisprudencial no que tange ao mínimo vital.

Nesse sentido, nos esclarece Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20):

Com efeito, em que pese não existirem, de um modo geral, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) – (...) – a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

Cumprе salientar, ainda que sucintamente, o que se entende por mínimo existencial.

Para tanto, oportunas as palavras de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo:

(...) o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (...) tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 25)

Para Ana Paula Barcellos o mínimo existencial “corresponderia a um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”. (BARCELLOS, 2002, p. 23-31 *apud* OLSEN, 2012, p. 314).

Ana Carolina Lopes Olsen (2012, p. 326) seguindo a mesma linha de entendimento, concebe o mínimo existencial “como a porção nuclear do direito fundamental necessária a sobrevivência com dignidade de seu titular”.

Eduardo Cambi (2009, p. 392) salienta que o conceito de mínimo existencial deve ser buscado “no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade”.

Tendo por base tais definições, não se pode confundir o mínimo existencial com o mínimo vital, uma vez que este último seria apenas a garantia da vida, não compreendendo a vida digna. A existência digna está acima da sobrevivência física. Nesta esteira, “não deixar alguém sucumbir a fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 22).

Para Alexy, (1997, p. 61 *apud* OLSEN, 2012, p. 314-315) o mínimo existencial é tido como uma regra, afirmando que “o princípio da separação dos poderes e a vinculação orçamentária não são absolutos, pois encontram limites dentro da própria Constituição, nem

são fins em si mesmo, mas meios para atingir os fins constitucionais (dentre os quais, a proteção da dignidade humana). Ainda, o conteúdo da dignidade humana é muito importante para ser deixada ao arbítrio do legislador. É aqui onde o autor coloca que a proporcionalidade entraria com o fim de evitar que a proteção do mínimo existencial onerasse excessivamente outros direitos ou princípios constitucionais (ALEXY, 1997, p. 61 *apud* OLSEN, 2012, p. 314-315).

Por fim, tem-se que é impossível indicar de forma definitiva todos os elementos constitutivos do mínimo existencial, uma vez que não há um “rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 26)

Contudo, mesmo que seja difícil a delimitação exata da abrangência desse mínimo, é inegável que certas prestações materiais são essenciais para manutenção da vida humana com dignidade. Para Ana Olsen (2012, p. 318) o mínimo existencial está relacionado a pessoa humana exigente de bem estar físico, moral e psíquico.

Para Eduardo Cambi (2009, p. 396) o conteúdo do mínimo existencial deve ser buscado na vivência individual e social, sendo desenvolvido numa perspectiva aberta e casuística, possuindo caráter variável, relativo e particular, devendo ser interpretado como um conceito flexível.

Ricardo Lobo Torres (1995, p. 126 *apud* OLSEN, 2012, p. 317) acredita que o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional prontamente exigível, sendo essencial e inalienável da dignidade de todo ser humano.

Eduardo Cambi (2009, p. 397) discorrendo sobre o assunto aduz que a não observância do mínimo existencial, além de acarretar ofensa a dignidade da pessoa humana, reduz as pessoas a meros meios dos direitos, e não fins, como deveria ser. Acrescenta ainda que:

o seu conteúdo mínimo há de ser buscado, na própria Constituição, independentemente de processo de ponderação. Isso porque o direito fundamental ao mínimo existencial não depende de expressa previsão constitucional para ser reconhecido, posto que decorre da proteção da dignidade da pessoa humana. (CAMBI, 2009, p. 397).

Assim, apesar do mínimo existencial ser um elemento necessário na análise sobre a efetivação de direitos fundamentais relacionados à efetivação da saúde, o perigo que aqui sublinhamos é o de nesta justificativa recair um argumento que restrinja o exercício de dignidade. E ainda, que os direitos sociais previstos na Constituição, neles incluído a saúde,

sejam apenas letras postas, e não objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil.

Trazemos, a seguir, elementos contrativos da Reserva do possível e do Mínimo Existencial.

O objeto que a reserva do possível protege é o orçamento público, enquanto que o mínimo existencial defende a vida. A parte interessada em defender a reserva do possível é o Estado, enquanto que o mínimo existencial é o jurisdicionado. O motivo evocado na reserva é o custo da efetivação do direito, e do mínimo, a efetividade de um direito previsto em lei. A dimensão social que a reserva do possível alega proteger é a coletividade, enquanto o mínimo existencial é o indivíduo. O impacto social que alega proteger é o princípio constitucional da harmonia e separação dos poderes, enquanto o mínimo protege o direito fundamenta social a saúde.

4.8 A postura do Poder Judiciário frente à questão orçamentária: a apresentação de dois casos.

Foi realizado uma pesquisa empírica no sítio do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul com o fito de analisar as posições adotadas pelos juízes de referido Tribunal, ora decidindo em favor do direito a vida/dignidade humana, ora fazendo com que prevaleça os argumentos relacionados ao aspecto financeiro/orçamentário.

Foram escolhidas duas decisões: uma defende o mínimo existencial, e a outra a reserva do possível.

4.8.1 Postura favorável a prevalência da vida

A primeira decisão que se coloca em exame é a Apelação de nº 0001435-17.2010.8.12.0012¹⁰, interposta pelo Município de Ivinhema - MS contra decisão proferida

¹⁰ E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DIABETES – FORNECIMENTO DE REMÉDIO – DEVER CONSTITUCIONAL – ART. 196, CF – RECURSO NÃO PROVIDO. É dever do Estado e do Município fornecer medicamento gratuitamente para pessoas carentes, como se depreende do art 196 da Magna Carta. Considerando os bens jurídicos sopesados, cumpre colocar em primeiro plano o direito a vida em detrimento de eventuais prejuízos aos entes Federativos. O dever do Estado em garantir a prestação assistencial à saúde não pode esbarrar em legislação infraconstitucional envolvendo interesse financeiro, devendo ser afastada toda e qualquer postura tendente a negar a consecução desses direitos, para prevalecer o respeito incondicional à vida. Existindo prova nos autos de que a escolha do medicamento não foi aleatória, mas sim fruto de acompanhamento por médico especialista, não há falar em tratamento com droga diversa. (TJMS. Apelação Cível nº0001435-17.2010.8.12.0012. 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Julgado em 14 de maio de 2013).

pelo juízo de 1º grau nos autos da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer c/c Antecipação de Tutela movida por Carmem de Souza Silva.

O Município argumenta basicamente que a medida impugnada transferirá o problema de saúde de um paciente prejudicando o atendimento de toda população; a violação ao princípio da separação dos Poderes, a reserva do financeiramente possível, e por fim, que o Município não possui recursos para o pagamento em razão da redução do valor de repasses constitucionais do FPM e do ICMS.

O Desembargador Relator, em sua decisão, enumera diversos dispositivos constitucionais e legais os quais asseguram o direito a vida e a saúde, demonstrando assim, sua ampla proteção jurídica. Ele pondera quatro argumentos muito pertinentes.

O primeiro deles é que qualquer cidadão tem direito à saúde, não podendo o Estado, simplesmente, se furtar a tal desiderato. Aqui se vê a importância depositada no direito a saúde, o qual é essencialmente vinculado ao direito a vida.

O segundo consiste no dever do Estado em garantir a prestação assistencial à saúde não podendo se basear em legislação infraconstitucional envolvendo o interesse orçamentário, tudo com o fim de fazer prevalecer o respeito incondicional à vida.

O terceiro envolve a questão do Estado alegar que existem outros medicamentos com efeitos semelhantes, e mais baratos que podem ser disponibilizados em favor do reclamante. Sobre esse ponto, o juiz aduz que não há de se falar em outros medicamentos com eficácia equivalente, pois se o médico receitou os medicamentos específicos é por que tem conhecimento das peculiaridades do caso.

O quarto argumento diz respeito a teoria da reserva do possível, a qual, na visão do desembargador, deve ser aplicada com parcimônia, com o escopo de garantir o mínimo existencial, visto que o fornecimento de medicamento é indispensável para garantir a saúde e bem estar de cidadão, não havendo possibilidade “de separar a dignidade de vida sem a observância do direito à saúde”.

Vê-se, pois, que nesse caso, a efetividade de um direito previsto em lei se sobrepõe as questões orçamentárias, dando primazia a vida humana.

4.8.2 Postura favorável a questão orçamentária

A decisão que se coloca em exame é a Apelação de nº 2012.014327-3/0000-00¹¹, interposta pelo Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo juízo de 1º grau em Ação Civil Pública que intentara em desfavor do Município de Paranaíba-MS e Estado de Mato Grosso do Sul.

O Desembargador, no julgamento do mérito, aduz que o ponto principal de discussão é a prestação de serviços de saúde à população de Paranaíba de forma digna a quem dela necessite. Aduz também, que as alegações do *Parquet* são pertinentes, contudo, “a ação jurisdicional não está disponível para os casos de interferência nas ações e na aplicação dos recursos públicos pelos governantes”.

Afirma que nesse caso, o Poder Judiciário não está analisado desvio de finalidade dos demais poderes, mas adotando providencias fora do seu alcance, e que as ações dos órgãos estatais estão pautadas na legalidade. Ademais, sustenta que nada pode ser despendido sem que a Lei de Diretrizes Orçamentárias o preveja.

Aduz que a pretensão do apelante esbarra no princípio da separação de poderes, na medida em que a proteção jurisdicionada pretendida visa impor aos entes estadual e municipal estabelecimento de prioridades.

Para ele, *in verbis*:

A igualdade preconizada no *caput* do art. 5º da Constituição Federal **não viabiliza o poder judiciário impor aos poderes legislativos e executivo sua forma de atuação administrativa, ou mesmo indicar quais as ações que devem estes priorizar**, ainda que saúde, segurança e educação sejam direitos constitucionais

¹¹ E M E N T A – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SERVIÇOS DE SAÚDE – DIREITO DIFUSO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO – DEVOLUTIVIDADE DA MATÉRIA MERITÓRIA NO APELO – PROCESSO MADURO PARA JULGAMENTO PELO ÓRGÃO *AD QUEM* – ART. 515 §3º, CPC – INVESTIMENTO EM NOSOCÔMIO FILANTRÓPICO, CONSTRUÇÃO DE HOSPITAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA HOSPITALAR – DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO – MÉRITO ADMINISTRATIVO – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1 -A ação civil pública é meio disposto ao Ministério Público pra fazer valer direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. 2 - Extinto o processo sem resolução de mérito, devolvida a matéria de mérito no apelo e maduro o processo, é dever do órgão *ad quem* resolvê-lo meritoriamente. 3 - Salvo situações excepcionais, descabe ao poder judiciário determinar a implementação de atendimento médico hospitalar em nosocômio de caráter filantrópico, e construção de unidade hospitalar, porquanto tal matéria está dentro da discricionariedade do poder executivo na implementação de políticas públicas, sob pena de hostilizar a tripartição dos poderes. 4 - A dedução de preliminar que interage com o mérito da ação leva o magistrado à avaliação deste. No caso a pretensão do Ministério Público é improcedente, extinguindo-se o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. (TJMS. Apelação Cível nº. 2012.014327-3/0000-00. 5ª Câmara Cível. Relator: Des.Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgado em 26 de julho de 2012).

assegurados a todos. Impor ao judiciário a estes entes **como fazer, quando fazer e porquê** fazer no tocante à saúde dos cidadãos brasileiros nada mais é do que a quebra da separação dos poderes.

Entende que são os três níveis hierárquicos do poder que tracejam o emprego de verbas, o financiamento do sistema de saúde, as ações para melhor atender o cidadão, estabelecendo metas e prioridades.

Não admite a procedência da ação, sob pena de inferir nas prioridades econômicas dos apelados, o que não é admissível pelo regramento constitucional e processual.

Assevera que não há ilegalidade na omissão de construir unidade hospitalar, porque essa decisão está inserido no seu poder discricionário na implementação de políticas públicas, não podendo o poder judiciário dominar atribuição típica de outro Poder.

Ele destaca que se conceder a medida pleiteada pelo Ministério Público, induziria outros municípios a contestarem os mesmos direitos “hostilizando a discricionariedade do poder executivo na implementação dessas políticas públicas”.

Destarte, fica nítido a postura favorável em defender veemente a separação dos poderes e a falta de legitimidade do Poder Judiciário em assegurar o cumprimento do direito fundamental a saúde através da Ação Civil Pública. Essa posição considera que o Poder Judiciário não pode interferir nas escolhas das políticas públicas, deixando tal atividade exclusivamente nas mãos do Poder Executivo.

4.9 Conclusão

Diante da análise das duas decisões supra, tem-se que o Tribunal de Justiça não possui uma posição uniforme sobre a questão da interferência judicial com o intuito de concretizar o direito fundamental a saúde. O que se tentou mostrar aqui foi justamente que não há uma posição absoluta, e que todas as decisões devem ser tomadas com base na ponderação, ora decidindo em favor do jurisdicionado, ora decidindo em favor do Estado, a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as considerações feitas no presente estudo, tem-se que o direito a saúde é um direito social fundamental ligado ao princípio da dignidade humana e amplamente protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Muitas vezes, não passa de uma proteção formal, pelo fato dos indivíduos buscarem os entes do governo para sua efetivação e colidirem com impedimentos de ordem econômica. Dessa forma, buscam o Poder Judiciário com intuito de conseguirem de forma urgente os serviços de saúde.

Nessa circunstância, conclui-se que não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, porquanto o Poder Judiciário apenas complementa a atuação deficiente dos demais Poderes, e não os substituem, pelo fato de também ser responsável pela efetividade do direito fundamental a saúde, não podendo se eximir de proteger os cidadãos.

Demonstrou-se que a solução mais viável seria a criação e a eficiência das políticas públicas destinadas a toda a população, mas diante de sua existência ou omissão, o Judiciário deverá intervir. É preciso encontrar um equilíbrio, de forma que o Judiciário não se omita, mas também não ultrapasse demais suas funções.

No que tange a reserva do possível, tantas vezes lembrada pelo Poderes Públicos para se eximirem do cumprimento dos direitos fundamentais, imperioso que ela seja olhada com cautela, para que não se torne fundamento para negar a realização dos direitos fundamentais. Ficou nítido no trabalho que ela realmente existe, mas não pode ser argumento impeditivo da intervenção judicial, tendo que ser comprovada por quem a alega.

Por fim, da análise das decisões do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, evidenciou-se que referido Tribunal possui tanto posições favoráveis quanto contrárias a prevalência incondicional do direito a saúde em detrimento da ordem financeira, dependendo das conjunturas estabelecidas caso a caso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL, Gustavo; MELLO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos? In Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...[et al]. 2.ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ºed. Edições Almedina, 2009.

ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e Política:o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/rbsoc/v14n39/1723.pdf>> acesso em 08 de outubro de 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 10ºed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.(O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº.9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitdoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 29 de agosto de 2013.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998). Uberaba, MG: UNIUBE, 1998. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf> R. Jur. UNIJUS Uberaba-MG V.11 n. 15 novembro 2008 p. 1-288>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

_____. **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/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

_____. **Segunda Sessão: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde**. In Audiência Pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BATISTA JÚNIOR, Francisco. **Segunda Sessão: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde**. In Audiência Pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Editora Ática, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**- 24 edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 08 de outubro de 1988.13ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1990, Página 25694.

_____. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/1/2012, Página 1

_____. **Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996**. Aprova Norma Operacional Básica (NOB 01/96), que redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde. DOU Nº 216, 6/11/1996, Seção I, pág. 22932.

_____. **Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002**. Aprova Norma Operacional da Assistência à Saúde- NOAS-SUS 01/2002.

_____. **Resolução nº 399, de 22 de fevereiro de 2006**. Divulga o Pacto pela Saúde 2006- Consolidação do SUS e aprova as diretrizes operacionais do referido pacto.

_____. **Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. DOU 11/11/2011 - Pág. 55 - Seção 1.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 25/7/1985, Página 10649.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. DOU - Seção 01- 31/12/2004.

CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ªed. Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários a lei orgânica de saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90).** 4ªed.rev.atual. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.**

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 20 de setembro de 2013.

CONASS. **Sistema Único de Saúde: coleção para entender o SUS.** Brasília, 2011. v. 01. Disponível em: <http://www.conass.org.br/colecao2011/livro_1.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2013.

_____. **Nota Técnica da Lei Complementar n. 141/2012.** BRASILIA, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <

http://www.conass.org.br/NOTAS%20T%C3%89CNICAS%202012/NT%2006_2012%20LC%20141.pdf> Acesso em 20 de outubro de 2013.

_____. **Nota Técnica para entender o Pacto pela Saúde 2006.**v.1.Brasília, 09 de maio de 2006. Disponível em:

<http://www.saude.al.gov.br/files/pactopelasaude/manuais/para_entender.pdf> Acesso em 02 de outubro de 2013.

COSTA, Agnaldo Gomes da. **Segunda Sessão: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde.** In Audiência Pública: saúde.Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito a saúde.** Revista de Saúde Pública. São Paulo, 1988. Disponível na Internet: <

http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S003489101988000100008&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 22 de junho de 2013.

_____. **Uma nova disciplina: o direito sanitário.** Revista de Saúde Pública. São Paulo, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

FAVERET, Ana Cecília de Sá Campello. **A vinculação constitucional de recursos para a saúde: avanços, entraves e perspectivas.** 2003. Disponível em:

<<http://www.scielo.org/pdf/csc/v8n2/a04v08n2.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2013.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil Pública e controle judicial de políticas públicas.** In Revista da Defensoria Pública. Escola da Defensoria Pública do Estado. Edição especial temática sobre o direito a saúde. vol.2. jul./dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%202.pdf>> Acesso em 08 de outubro de 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental a Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes Alencar. **Segunda Sessão: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde.** In Audiência Pública: saúde. Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.** 13ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MENDES, Gilmar. **Segunda Sessão: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde.** In Audiência Pública: saúde. Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

NARDI, Antonio Carlos Figueiredo. **Segunda Sessão: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde.** In Audiência Pública: saúde. Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente a reserva do possível.** 1ºed. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ºed. rev. atual.e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito a saúde na Constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitdoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações.** In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana

Paula de Barcellos...[et al]. 2.ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Edelberto Luiz da. **Segunda Sessão: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde.** In Audiência Pública: saúde.Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

SILVA, Leny Pereira Da. **Direito a saúde e o princípio da reserva do possível.** Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2013.

SILVA, Jose Afonso da. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>> Acesso em: 21 de setembro de 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública.** In Revista da Defensoria Pública. Escola da Defensoria Pública do Estado. Edição especial temática sobre o direito a saúde.vol.2. jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%202.pdf>> Acesso em 08 de outubro de 2013.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)-1946.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 01 de outubro de 2013.