



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

AMANDA DANTAS BARBOSA CHAVES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA
EFETIVAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL**

JUIZ DE FORA

2012

AMANDA DANTAS BARBOSA CHAVES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA
EFETIVAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, na área de Direito Constitucional, como requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Luciana de Oliveira Zimmermann

JUIZ DE FORA

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

Amendes Dantas Barbosa Chaves

Aluno

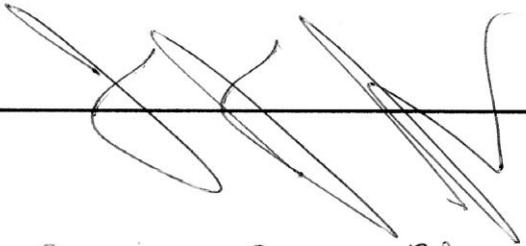
A Judicialização da Saúde: atuação do Poder
Judiciário na Efetivação da Garantia Constitucional

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana de Oliveira Zimmermann


Sandra Bara Alves

Aprovada em 07/07 / 2012.

Dedico esta monografia aos meus pais, pela criação e amor incondicional, aos meus avós, pelo carinho que sempre terão por mim, aos meus amados irmãos, pela união e afeto, ao meu amado esposo pelo amor e compreensão ao longo desses anos e por sempre estar ao meu lado, e a minha orientadora Luciana pela infinita paciência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Deus que é digno e toda honra e toda a glória, pois deu-me Jesus, razão do meu viver, abriu as portas para que conquistasse mais essa vitória.

Louvo a Deus, pois deu-me pais maravilhoso, Hélio e Ana Lúcia, sinônimos de amor, conselho e amparo, e amados irmãos, referência de afeto e união.

Agradeço a Deus também por me presentear com meu amado esposo Gustavo que me acompanhou nessa trajetória sempre amoroso, companheiro, amigo e compreensivo.

Aos meus amados avós, tios, primos, sogros, amigos e irmãos em Cristo o meu muito obrigada, por estar em suas orações e por me acompanharem na concretização desse sonho.

"A lei do Senhor é perfeita, e refrigera a alma; o testemunho do Senhor é fiel, e dá sabedoria aos símplices." Salmos 19:7

RESUMO

A saúde pública brasileira não corresponde, na prática, às previsões legais. Esvaindo-se de seu dever, o Estado repousando no argumento da carência orçamentária, omite-se de sua obrigação de prover assistência à saúde de sua população. Ante a omissão e/ou ineficácia do Estado na prestação dessa assistência médico-farmacêutica deu azo ao fenômeno que vem sendo denominado *judicialização da saúde*, compreendido como a provocação e a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação dessa assistência, que encontra óbices em sua atuação impostos pela doutrina e, inclusive, jurisprudência, com fundamento, sobretudo, na tripartição dos poderes, e ainda, na reserva do possível. O presente trabalho busca analisar a situação da saúde pública no País, pontuando os aspectos constitucionais e infraconstitucionais que a revestem, e ainda os limites impostos ao Poder Judiciário a sua atuação nesses casos. No propósito de prestar a devida assistência à saúde à população, o Estado propõe políticas públicas com diretrizes desatualizadas aos programas de atenção a essa área, tanto em sede de prevenção como de tratamento. Diante dessa omissão do Poder Público em disponibilizar aos cidadãos tratamentos e assistência farmacêutica devidas, resta aos indivíduos buscar o amparo judicial.

Palavras-chave: Poder Judiciário; direito; saúde; judicialização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	11
3 LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE	17
3.1 Previsão orçamentária	19
4 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL <i>VERSUS</i> O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	21
5 CONCLUSÃO	23
6 REFERÊNCIAS	24

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca analisar a situação da saúde pública no Brasil, embora seja um direito fundamentalmente protegido, ante a omissão do Poder Público, com enfoque na necessidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir a prestatividade de serviços relacionados à saúde por parte do Estado, ponderando os limites existentes à atuação judicial nesses casos.

Justifica-se o presente estudo ante a relevância social do tema, tendo em vista o descaso suportado atualmente pela sociedade no que se refere à proporcionalidade de seus direitos e garantias básicas pelo Poder Público, especialmente no que tange ao essencial e melindroso direito à saúde.

Ao que pese a inegável necessidade, será discutida ainda a possibilidade de atuação judicial para a garantia do cumprimento das disposições legais referentes à saúde de competência do Estado, pontuando os limites existentes a esta atuação, impostos pela doutrina e delegados pela própria Administração Pública como esteio para prosseguir na omissão relatada.

Partindo do preposto que, embora o termo saúde tenha sido utilizado pelos pensadores da Grécia Antiga, foi a partir do ano de 1946, na Constituição da Organização Mundial da Saúde, que o termo foi definido como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Ainda de acordo com a Constituição da OMS, gozar do melhor estado de saúde constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano e é o governo quem tem a responsabilidade pela saúde de seu povo com o estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. No Brasil, após direcionamentos apenas administrativos, a Constituição Federal de 1988 reconhece em seus artigos 6º e 196 que a saúde é direito social fundamental e dever do Estado. Nesse contexto, o direito à saúde é um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantir a sua efetividade.

Entende-se, a partir do livro de Silva (2011), que o tem direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independente de situação financeira, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.

Portanto, em que pese o dever do Estado de garantir o acesso a serviços e ações de saúde, a demanda pelos mesmos é maior do que pode suportar, gerando insatisfações tanto individuais quanto coletivas, que acabam por desaguar no Poder Judiciário, que muitas vezes é chamado a intervir em impasses desta natureza, para que decida se, neste ou naquele caso, o ente público deveria ser obrigado a prestar o atendimento nos moldes dos pleitos formulados.

O que se pergunta neste estudo, e que tentar-se-á responder é a possibilidade de atuação judicial para a garantia do cumprimento das disposições legais referentes à saúde de competência do Estado, pontuando os limites existentes a esta atuação, impostos pela doutrina e delegados pela própria Administração Pública como esteio para prosseguir na omissão relatada.

Pretende-se mostrar que a concretização do direito à saúde é um processo sem fim, que passa pelo comprometimento de inúmeras instâncias de poder, dentre as quais a esfera judicial é apenas uma delas, talvez a menos importante e que exige um comprometimento ético de todas as pessoas. Na verdade, o melhor seria que os Poderes Públicos levassem a sério a concretização dos direitos fundamentais e, com mais “vontade de Constituição”, conseguissem oferecer um serviço de saúde de qualidade a toda a população, independentemente de qualquer manifestação do Poder Judiciário. Como atualmente essa situação ideal está longe de ser realidade, é imprescindível a atuação jurisdicional para que pelo menos aqueles que batem à porta da Justiça possam usufruir, na mínima dimensão desejável, o direito conferido pela Constituição.

Quanto à técnica de pesquisa, opta-se pela documentação indireta, tendo como fontes tanto dados primários, como legislação e jurisprudência; quanto dados secundários como livros e artigos.

O presente trabalho é composto de cinco capítulos, sendo que no próximo capítulo se fará uma análise da garantia constitucional do direito à saúde, partindo da idéia da garantia a cada pessoa de um mínimo existencial (condições mínimas de existência humana digna, o que exige prestações estatais positivas), como pressuposto do exercício efetivo da cidadania.

No terceiro capítulo, será trabalhada a questão de quando o Poder Judiciário determina ao Estado que forneça determinado medicamento, atendimento médico ou insumo terapêutico

deve fazê-lo com cautela, a fim de não ofender a Constituição e a lei, bem como não inviabilizar o funcionamento da máquina.

Já no quarto capítulo, a teoria da “reserva do possível”, no tocante ao que, geralmente, o juiz não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão, tampouco com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento *versus* a teoria do “mínimo existencial”, que correspondente ao conjunto de situações materiais indispensáveis a uma existência humana digna e que deve ser preservado acima de tudo.

Por fim, este trabalho busca mostrar que diante da omissão do Poder Público em disponibilizar aos cidadãos tratamentos e assistência farmacêutica devidas, resta aos indivíduos buscar o amparo judicial. Ao fim, almeja-se alcançar uma solução para a situação que, sem a devida prestação do Poder público, que ao menos seja possível ao Poder Judiciário garantir a eficácia, mesmo que mitigada, dos direitos garantidos constitucionalmente.

2 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

“A saúde é um direito de todos e um dever do Estado”. Com essas palavras a Constituição Federal de 1988 abre seu art. 196 para expressar o compromisso do Estado de garantir a todos os cidadãos o pleno direito à saúde. Essa garantia, conforme a literalidade do artigo mencionado será efetivada “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”.

Na verdade, tanto a proclamação e garantia dos direitos social e econômico quanto aos chamados direitos de solidariedade se inserem em um processo, particularmente acelerado nas últimas décadas, de multiplicação de direitos. Esse fenômeno resulta do aumento de bens a serem tutelados, do aumento do número de sujeitos de direitos e da ampliação do tipo de *status* desses sujeitos.

Por tal prisma, a evolução dos direitos humanos fundamentais representa uma convergência da razão e da moral, a fim de reconhecer e proteger a humanidade em cada pessoa. Os novos direitos que vão surgindo refletem também o aumento da complexidade social contemporânea. Porém, o grande desafio não é teorizar e justificar esses direitos, mas sim garanti-los, dar-lhes efetividade.

Os direitos sociais têm feição coletiva e são uma aplicação da compreensão dos direitos fundamentais da pessoa humana, os quais são, em essência, vínculos negativos (exigem uma abstenção por parte do Estado e dos particulares) e os direitos sociais são vínculos positivos (que exigem atitudes concretas do Estado para satisfação).

A afirmação dos direitos sociais, iniciada sob o influxo da disseminação o Estado Social, parte da idéia da garantia a cada pessoa de um mínimo existencial (condições mínimas de existência humana digna, o que exige prestações estatais positivas), como pressuposto do exercício efetivo da cidadania. O mínimo existencial tem haver, em termo teórico, com os direitos de liberdade, com a igualdade, com o devido processo legal, bem como com os demais direitos humanos fundamentais. O desenvolvimento doutrinário desse pensamento leva à busca da efetivação da justiça social, através da maximização dos mínimos sociais.

É na garantia, a cada indivíduo, de levar uma vida de acordo com a dignidade humana que os direitos econômicos, sociais e culturais encontram sua explicação e sua inspiração. E, por outro lado, não se pode esquecer que direito à dignidade humana é uma manifestação do direito à vida, indissociável também da integralidade física assegurada à pessoa.

É a linha de raciocínio que levou o Conselho Constitucional Francês, na decisão de 27 de julho de 1994, a assentar que o direito à saúde é um dos componentes da dignidade humana.

Em vista dessa fundamentação é possível compreender e adotar a definição de saúde traduzida pelo preâmbulo da constituição da OMS (Organização Mundial de Saúde), de 1946: “estado de completo bem-estar físico, mental e social”. Implica, pois, o direito à saúde que seja assegurado, de maneira igual, a todas as pessoas o acesso a esse amplo bem estar. Isso envolve meio ambiente saudável e equilibrado, boas condições de moradia, alimentação adequada, condições de trabalho salubres, assistência médica e acesso a remédios e tratamentos complementares.

Reconhecido pela primeira vez como direito fundamental pela Constituição italiana de 1947 (art.32), direito à saúde é, ao mesmo tempo, direito pessoal e coletivo, e vem sendo assegurado em muitos países (Portugal, Espanha, Guatemala e Brasil, por exemplo), no âmbito da seguridade social.

Dessa forma, o direito à saúde deve ser encarado como direito fundamental social subjetivo passível de ser tutelado judicialmente caso o Estado não promova as prestações materiais necessárias à sua completa realização, uma vez que todo direito fundamental é acima de tudo uma norma de caráter principiológico, dotada de força normativa, e cuja aplicação não se restringe a casos pontuais e específicos, estando apta para promover a máxima eficácia dos valores garantidos pela Constituição Federal.

A esse respeito ensina-nos o constitucionalista Luís Roberto Barroso que:

Qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, conforme se verá ao longo deste estudo, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua *efetividade*, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (BARROSO, 1996, p.83)

O princípio básico da saúde, como bem expresso, é a sobrevalorização das medidas preventivas, todavia, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Para tanto, o Estado instituiu entidades públicas, criando mecanismos de cooperação entre estas e o setor privado, visando uma execução de suas políticas voltadas à garantia da saúde de maneira mais igualitária e universal, observadas as diferenças regionais e sociais existentes no país.

Conforme evidenciado, a Constituição Federal vigente abordou a saúde de maneira singular, figurando o rol dos direitos sociais e fundamentais, além de diversos dispositivos constitucionais espalhados por todo seu texto legal, que, ainda que indiretamente, aludem à saúde.

Ao tratar das competências de seus entes federados, a lei máxima informou a competência comum de todos esses para cuidar da saúde, podendo, inclusive, legislar sobre o assunto e, acima de tudo, prestar atendimento à população.

Nesta senda, percebe-se que são inúmeras as regras constitucionais que diretamente tratam sobre a saúde, contudo, sem apresentarem eficácia imediata e plena, independentemente de ações judiciais ou mesmo que administrativas, para que possam os cidadãos alcançar a consolidação de um direito tão superior que lhes foi conferido.

Destarte, não obstante os ensinamentos constitucionais e infraconstitucionais são mais que conhecido por todos os operadores do Direito que, infelizmente, nem sempre, ou quase nunca, a aplicabilidade das normas existentes se dá literalmente como reza. E exemplo nítido desta infeliz realidade é o Sistema de Saúde adotado no Brasil, carente em seus atendimentos, cumprimento das diretrizes traçadas, e ainda na prestação da assistência farmacêutica devida.

Impende apontar os ensinamentos de Felipe de Melo Fontes sobre o tema:

Esta consagração dos direitos sociais no texto constitucional, contudo, gerou uma contradição com a realidade social, na medida em que séculos de negligência estatal criaram um enorme contingente de marginalizados, que exigem cada vez mais políticas e serviços públicos, ao passo que os administradores não são capazes de dar efetividade ao texto constitucional e fazer frente a essa demanda por direitos. (FONTES, 2003, p.193),

De forma direta, é possível afirmar que o tema da saúde, em seu tratamento constitucional, está calcado sob duas características principais: a sua inclusão como direito fundamental e o estabelecimento das regras gerais e dos princípios que devem conduzir as políticas públicas nessa área. No que se refere à primeira dessas características, é o art. 6º, *caput*, da Constituição Federal o responsável por reconhecer a saúde como um direito fundamental social, ao lado da educação, da moradia, do lazer, dentre outros.

Os direitos fundamentais (individuais, coletivos e sociais), como se sabe, gozam de aplicabilidade direta e imediata, conforme disposto no §2º do art. 5º da Constituição; logo, não são – e jamais poderiam ser – meras promessas do constituinte originário, destituídas de qualquer efetividade.

Conforme se verá mais adiante, o Estado precisa encontrar uma forma de harmonizar o caráter prestacional dos direitos sociais com os investimentos em políticas públicas que esses direitos demandam para serem implementados.

Nesse contexto, pode-se destacar a segunda característica norteadora do direito à saúde na Constituição Federal, qual seja, o estabelecimento de todo um arcabouço principiológico que deve reger as políticas públicas na área da saúde. Os princípios aqui referidos foram colhidos de uma leitura sistematizada dos arts. 194, 196 e 198 da Constituição, são eles: Universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, I c/c art. 196, *caput*): a saúde é direito de todos, logo, não requer nenhum requisito para sua fruição, devendo o Estado garantir o acesso universal aos diversos serviços de saúde; o caráter democrático e descentralizado da administração, participação quadripartite, composta por trabalhadores, por empregadores, por aposentados e pelo Governo nos órgãos colegiados (art. 194, VII c/c art. 198, I e III); a regionalização e hierarquização (art. 198, *caput*): este princípio exprime a idéia de que as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, o que permite um maior controle dos serviços do sistema e favorece para que a população seja melhor atendida e por fim, o atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II): a expressão “atendimento integral” reforça a necessidade de que o sistema de saúde deve garantir acesso a ações de promoção, que buscam eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos, envolvendo também as ações em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação, dentre outras.

O art. 199 e seus parágrafos disciplinam a atuação complementar da iniciativa privada em relação à assistência prestada pelo Sistema Único de Saúde. Frise-se que as empresas privadas deverão respeitar as diretrizes estabelecidas pelo Poder Público, cuja parceria se dará mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º). Ademais, é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), além de não de admitir a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º).

Na sequência, fechando o rol de artigos que tratam da saúde de forma direta no contexto da seguridade social, temos o art. 200, responsável por enumerar algumas das competências do sistema único de saúde, quais sejam:

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

Feita a descrição dos principais dispositivos constitucionais que tratam da saúde, é possível, pois, concluir que, embora o tratamento dado pelo legislador constituinte não seja perfeito – e, portanto, passível de críticas –, o fato é que a quantidade e o detalhamento de artigos constitucionais sobre o tema sinalizam para uma preocupação nunca antes demonstrada. Mas aí surge o paradoxo enfrentado por milhares de juízes em todo Brasil: todo esse cipoal de normas é o bastante para obrigar o Estado a fornecer tratamentos/medicamentos – muitas vezes caríssimos – a quem deles precisar, efetivando a Constituição? Embora seja a saúde direito fundamental, é possível – e justo – garantir o tratamento de apenas uma única pessoa que, por ser muito oneroso, prejudicará o acesso à saúde de uma gama infinitamente maior de pessoas?

Pois bem. A solução para este problema não é fácil. Aliás, pode-se dizer que está longe de ser equacionada. Isso porque o Estado tem se mostrado pouco eficaz na efetivação do direito à saúde – especialmente no que se refere à prestação dessa assistência médico-farmacêutica – e isso é o que acabou gerando o fenômeno chamado de *judicialização do direito à saúde*. Mas tem-se em mente que este não é um fenômeno relacionado apenas com o direito à saúde, ao revés, o que se verifica atualmente é uma verdadeira *judicialização dos direitos sociais* de modo geral.

Busca-se o Poder Judiciário para que este estabeleça a realização de determinadas políticas públicas e, com isso, concretize direitos sociais constitucionalmente previstos.

A implementação de direitos sociais por determinação do Poder Judiciário encontra limites de toda ordem, especialmente de ordem orçamentária. Daí porque tão em voga as discussões envolvendo o chamado “mínimo existencial” *versus* a “reserva do possível”, que será tratado no capítulo 4.

Não obstante tais limites, o Poder Público tem se utilizado de outros argumentos para ver indeferidos os pedidos ligados à concretização desses direitos via Poder Judiciário.

3 LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A Constituição refere à saúde como um direito de todos, elencado nos direitos constitucionais fundamentais (Constituição Federal de 1988, art.196), contudo na realidade cotidiana é revelada as falhas na sua concretização e a atuação do Poder Judiciário nestes casos de omissão, observando os limites da atuação de cada Poder e critérios de justiça.

Como bem observou a Ministra Carmem Lúcia, no AI nº 588.169, julgado em 26/04/2007:

O direito à vida compreende o direito à saúde, para que seja possível dar concretude ao viver digno. A Constituição da República assegura o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc III) e, em sua esteira, todos os meios de acesso aos fatores e condições que permitam a sua efetivação. A impossibilidade de ter acesso a medicamentos necessários à sobrevivência digna agrava aquele direito. Bem assim, como aqui se põe, o acesso a materiais que podem ser a eles equiparados, para que a boa qualidade física de asseio e saúde assegure à pessoa condições de dignidade. Esse princípio constitui, no sistema constitucional vigente, um dos fundamentos mais expressivos sobre o qual se institui o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o direito à saúde, no que tange à obrigatoriedade de distribuição de medicamentos e insumos médicos, independentemente de constarem ou não da Portaria do Ministério da Saúde, faz surgir a indagação sobre a efetividade dos direitos sociais frente à real capacidade do Estado. Isso porque, o Estado enfrenta limitações que fazem com que a norma programática inserta no artigo 196 tenha eficácia limitada.

Assim, os medicamentos, tratamentos e insumos não incluídos na lista e, portanto, não fornecidos pelo SUS, só podem ser dispensados quando evidenciada a hipossuficiência, a indispensabilidade e a inexistência de outro similar, para o tratamento da enfermidade apresentada. Com efeito, a saúde é direito fundamental, que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim.

A eficácia desse serviço público, notadamente de assistência farmacêutica, depende da seleção e distribuição à população, para atingir o maior número possível de pessoas. Para esse desiderato, o estabelecimento de diretrizes e critérios de aquisição de medicamentos, norteados pelos princípios da seletividade e distributividade, requer padronização, muitas

vezes incompatível com a especificidade do caso. A ponderação dos valores contidos nos princípios em conflito: dignidade humana; mínimo existencial; da reserva do possível e do orçamento, possuem pesos diferentes, sendo que os dois primeiros devem prevalecer, desde que demonstrado que o não atendimento lhe suprimirá o mínimo de qualidade de vida, incluída aí a saúde.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que autoriza a afirmação no sentido de que aos órgãos estatais cabe o dever de conferir a eficácia possível aos direitos fundamentais.

A impossibilidade do controle jurisdicional das chamadas "questões políticas" é também invocada como limite da atuação judicial. Defende-se que, em nome do princípio da separação entre os poderes, não poderia o Judiciário fiscalizar os atos políticos praticados pelo Executivo e Legislativo. Assim, por exemplo, tendo em vista que a concretização do direito à saúde envolveria a escolha de políticas públicas de certa complexibilidade, não caberia ao Judiciário interferir na escolha dos órgãos políticos (Executivo ou Legislativo) e muito menos substituir a vontade política desses órgãos nessa matéria, sob pena de submeter os papéis conferidos pela Constituição às funções estatais, além de por abaixo todos os esforços organizacionais necessários a uma prestação dos serviços a saúde universal que a Constituição almejou que fosse baseada em um "sistema único", ou seja, corretamente planejado, estudado e implementado.

Tratando-se de judicialização de políticas públicas, o tema envolve diversas dificuldades, que se iniciam na separação de poderes, passam pelo princípio da isonomia, seguem com o princípio federativo e culminam em complexa ponderação de bens ou valores constitucionais, enlaçada, de regra, ao princípio da reserva do possível, com o propósito de assegurar que o atendimento das demandas individuais ou coletivas não comprometa a política pública de saúde como um todo, ou até mesmo a realização de outras prioridades constitucionais.

De certo modo, a Carta Maior confere aos juízes o controle da atividade legislativa, atribuindo, implicitamente, poderes de reparo, o que em casos de omissão, ensejaria a concretização judicial da norma constitucional (MORO, 2001).

Sabidamente, conclui Moro a respeito do tema:

...o portanto, base racional, não sendo, outrossim, decorrente de comando constitucional expresso. Admiti-lo por construção jurisprudencial vai de encontro ao princípio da Supremacia da Constituição e ao princípio da efetividade deste decorrente, apenas representando abdicação indevida pelo Judiciário da função de controle atribuída pela Constituição. (MORO, 2001, p.104)

Infere-se então, que não bastam os argumentos da discricionariedade e separação dos poderes no intuito de afastar o Poder Judiciário da efetivação de direitos constitucionais, devendo este, agindo em observância aos princípios impostos, ter uma maior atuação na sociedade, garantindo, ante a omissão estatal, maior prestatividade de políticas públicas, especialmente voltadas à saúde.

3.1 Previsão orçamentária

A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

A exigência de previsão orçamentária para a realização de qualquer despesa, a concretização judicial de normas que implicassem gastos de verbas públicas poderia ficar inviabilizada diante da ausência de previsão orçamentária. Em outras palavras: se não houvesse previsão na lei do orçamento anual, o juiz não poderia ordenar ao Poder Público uma obrigação de fazer que implicasse em gasto de dinheiro público, nem mesmo poderia determinar a alocação de recursos financeiros para atender despesas pontuais, pois a matéria orçamentária é submetida à reserva legal, não possuindo o Judiciário função legislativa nessa área. Logicamente, esse entendimento não pode prevalecer, sob pena de tornar inútil a tutela jurisdicional contra o Poder Público.

A necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores.

Não fosse assim, o magistrado não poderia determinar, por exemplo, a concessão de um benefício previdenciário negado administrativamente a quem possuísse o direito, caso a despesa para a implementação do benefício não estivesse expressamente prevista no orçamento, nem poderia suspender a exigibilidade de um tributo inconstitucional, pois a receita estaria prevista no orçamento.

Segundo GANDIN, BARIONE e SOUZA (2008), apesar da preocupação do constituinte em planejar as despesas públicas oriundas da administração direta e indireta, esta necessidade de previsão orçamentária não deve servir como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais, mormente o acionado direito à saúde, quando buscados pelo Poder Judiciário. Isto não impede que o juiz ordene ao poder público que realize determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional, até mesmo porque diante do conflito de normas (previsão orçamentária e direito fundamental), vê-se que encontram-se no mesmo patamar, sobressaindo então, o direito fundamento, dada sua superioridade axiológica.

Nas palavras de Oliveira:

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados. (OLIVEIRA,2006, p.405)

Importante destacar a seguinte decisão do Ministro Celso de Mello, do Superior Tribunal Federal (Pet. 1.246-SC):

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, 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 à vida e à saúde humana. (Pet. 1.246-SC e RE-AgR 393175)

Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência vêm se mostrando consolidadas ao ditar a supremacia dos direitos fundamentais em relação aos demais, com sua efetivação sobreposta a qualquer outro direito ou preceito fundamental.

Portanto, a limitação orçamentária não pode ser óbice a impedir a concretização do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário.

4 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL *VERSUS* O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A interpretação do conteúdo do mínimo existencial que tem prevalecido na doutrina e jurisprudência constitucional comparada é a de um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, que limita a liberdade de conformação do legislador.

Não obstante, é inviável fixar, num plano abstrato, um elenco de prestações aptas a satisfazer o mínimo existencial a ser assegurado pelo Estado, pois tal constatação demanda a análise das peculiaridades do destinatário do benefício em concreto.

A dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III, da Constituição Federal representa o valor constitucional supremo e é garantido por determinados direitos, como os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os próprios direitos sociais.

Ricardo Lobo Torres ensina que o direito à saúde, à educação e à alimentação seriam os três pilares que sustentam o conceito de mínimo existencial. Deixar de concretizar algum desses direitos significa aportar duro golpe ao princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com a teoria do mínimo existencial, apenas alguns direitos sociais – uma espécie de conteúdo essencial desses direitos – apresentaria um grau de fundamentalidade apto a gerar direitos subjetivos aos respectivos titulares. O direito à saúde seria um desses direitos.

Assentada essa distinção, constata-se a importância de definir o que seriam essas parcelas mínimas, referidas como mínimo existencial pela doutrina, por certo um dos temas mais tormentosos dentro da hermenêutica de direitos fundamentais.

O desafio se agiganta quando aliado ao problema da escassez de recursos, a denominada reserva do possível.

A interpretação do conteúdo do mínimo existencial que tem prevalecido na doutrina e jurisprudência constitucional comparada é a de um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, que limita a liberdade de conformação do legislador.

O mais visível limite à atuação judicial é o postulado da reserva do possível. No entanto, é também o mais difícil de ser delimitado, sobretudo quando se trata da possibilidade financeira de cumprimento da ordem judicial.

Em suma, a teoria da “reserva do possível”, no tocante ao assunto ora em comento, diz que, geralmente, o juiz não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão,

tampouco com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Esquece-se, porém, que os recursos são finitos.

Contudo, em face dessa teoria, aparece a teoria do “mínimo existencial”, correspondente ao conjunto de situações materiais indispensáveis a uma existência humana digna e que deve ser preservado acima de tudo.

Em razão da reserva do possível, o juiz não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde. É preciso verificar até que ponto sua ordem será passível de atendimento sem pôr em risco o equilíbrio financeiro do sistema único de saúde, especialmente em momentos de crises econômicas.

Há que ser feita, contudo, uma advertência: as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem sempre ser analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.

Nesse sentido, o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis manifesta-se aduzindo que:

As doutrinas de resistência à justiciabilidade dos direitos sociais da afronta ao princípio da separação dos poderes, inexistência de previsão orçamentária e reserva do possível não têm lugar quando em pauta direito fundamental que se relaciona intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e insere-se no padrão hermenêutico do mínimo existencial, como o direito à saúde (...) (Apelação e Reexame Necessário nº 7011110509, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis)

Portanto, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação, com base na proporcionalidade em sentido estrito, dos interesses em jogo.

Além disso, não se pode descartar as dificuldades administrativas na implementação de ordens judiciais. Até simples obrigações de fornecimento de remédios exigem procedimentos administrativos para a compra desses medicamentos (procedimento licitatório ou mesmo procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, empenho, *etc.*). É óbvio que a exigência de licitação não pode ser empecilho para o cumprimento da ordem. Mesmo assim, não pode o juiz ficar indiferente quanto a esses obstáculos. Somente com o diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos será possível conciliar o respeito às ordens judiciais com as exigências da burocracia administrativa sem que se desgaste a harmonia entre os poderes.

5 CONCLUSÃO

No Brasil a saúde é um direito líquido e certo do cidadão.

De acordo com os artigos 196 e 197 da Constituição Federal de 1988 a saúde é direito de todos e dever do Estado, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Sendo assim, se o assunto foi constitucionalizado poderá ser judicializado, e é o que esta ocorrendo atualmente. Milhares de liminares estão assegurando a obtenção de remédios, atendimentos médico e diagnóstico, nesse caso cabe ao Governo pagar tratamento inclusive fora do nosso país.

O Estado vem se mostrando ineficaz ou, às vezes omissos na prestação desse serviço, muitos remédios (caros) não constam da lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e novos medicamentos ou procedimentos demoram anos para ingressar no rol do SUS.

Diante dessa omissão, não há outro caminho para preservação da vida que não seja a judicialização da demanda.

A consequência natural, mais uma vez, consiste na ingerência do Judiciário no orçamento público.

O Judiciário pode e deve, desde que não cometa abusos, ditar sentenças que afetam diretamente o orçamento público. Boa parcela do orçamento do Estado fica comprometida com as liminares e decisões finais dos juízes. Mas nem tudo que é determinado pelo juiz pode ser cumprido pelo Poder Público.

Com isso, cabe ao Poder Público cumprir a decisão judicial.

Mas quando não há nenhuma possibilidade para isso, cabe à Administração Pública demonstrar, de modo inequívoco, a sua impossibilidade, visto que somente assim estará escutada no princípio da “reserva do possível”.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** São Paulo: Renovar, 1996.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05.10.88. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.**

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONTES, Felipe de Melo. **A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas.** *Revista Brasileira de Direito Público*, 2003.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.** BDJur, Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça. 2008 Mar. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 20 ago. 2011, 57 p.

LIMA, George Marmelstein. **Mínimo existencial, Reserva do Possível, e Direito à saúde.** Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/10/27/minimo-existencial-reserva-do-possivel-e-direito-a-saude/>> . Acesso em: 18 out. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 27.ed.rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Tayanne Martins de. **A judicialização da saúde: atuação do Poder Judiciário para efetivação de garantia constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2895, 5 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19240>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 34.ed.rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2011.

STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> . Acesso em 20 ago. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo; **O direito ao mínimo existencial** – 2ª tiragem – outubro de 2009 / Ricardo Lobo Torres. – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **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**, Brasília, 1990.

