



O direito à saúde no Estado democrático de direito: interseção entre políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais

The right to health in democratic state law: intersection between public politics and effective fundamental rights

Wilba Lúcia Maia Bernardes*

Resumo

Este artigo analisa o direito à saúde no Estado brasileiro, inicialmente examinando sua vinculação com relação à evolução dos direitos fundamentais, mediada pela atuação do Estado-juiz no Estado Democrático de Direito e sua correlação com os princípios da separação de poderes e da reserva do possível. Com a consagração do direito à saúde, seu reconhecimento pelo Poder Judiciário amparado no pressuposto do acesso à justiça, torna-se ponto central de inúmeras discussões e reivindicações. Ao prever o direito estamos também o assegurando, munindo o cidadão de instrumentos e mecanismos constitucionais para torná-lo efetivo, com sua respectiva proteção judicial processual. É neste contexto, de necessário reconhecimento do direito à saúde, que nos deparamos com um novo modo de atuar do Judiciário.

Palavras-chave: Direito à saúde. Separação de poderes. Decisões judiciais. Reserva do possível.

Abstract

This article analyzes the right to health in the Brazilian State, initially examining its link with the evolution of fundamental rights, mediated by the action of the Judge-State in the Democratic State of Law and its correlation with the principles of separation of power and the reserve of the possible. With the consecration of the right to health, its recognition by the Judiciary power supported by the premise of access to justice, becomes the focus of many discussions and claims. By foreseeing the right we are also securing it, providing the citizen with constitutional instruments and mechanisms to make it effective, with their respective procedural judicial protection. And it is in this context, with necessary recognition of the right to health, that we come across a new way of acting from the Judiciary.

Keywords: right to health, separation of powers, judicial decisions and reserve of the possible.

* Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora de Direito Constitucional da PUC Minas. Advogada. Contato: wilba@virtual.pucminas.br

1 Evolução dos direitos fundamentais: o aporte do direito à saúde e a atuação do poder judiciário

Inicialmente, nos parece relevante reafirmar aqui como se assume e consagra o direito à saúde na dimensão dos direitos fundamentais.

No histórico da evolução dos direitos fundamentais, o direito à saúde surge vinculado aos ideais de igualização, metas básicas do referencial da teoria política socialista. É exatamente no alvorecer do século XX que temos as condições que permitem o estabelecimento deste direito e seu desenvolvimento. Nesse período, o objeto e a estrutura da Constituição também se alteram com o aumento da função estatal e a inserção das normas ditas programáticas. O Estado passa a ser visto como um agente implementador de direitos fundamentais e, portanto, com uma postura ativa, contrastando com sua pauta negativa vinculada anteriormente ao Estado Liberal, cuja maior franquia estava na defesa do ideal de liberdade¹.

Assim, realizar os carecimentos dessa sociedade de massas, emergente no início do século XX, fomentará as discussões sobre a efetividade dos direitos que são consagrados a partir deste novo referencial; o direito à saúde não foge à regra. Toda Teoria da Constituição fundada à época apoia seus discursos centrais na necessidade de se refletir sobre como evitar a dicotomia entre a ‘Constituição real’ e a ‘Constituição formal’. Tal questão, não solucionada, ainda põe em cheque os limites da força normativa da Constituição como diria Konrad Hesse (1991)².

Também neste momento, ao se assumir como sociedade que possui direitos não só livres, mas iguais, fundada no reconhecimento de um Estado que procura promover o bem estar social, a realização do direito ao sufrágio universal inaugura a premissa democrática. Portanto, o direito à saúde surge vinculado à possibilidade desse direito ser não só do ‘eu’, mas de ‘todos’, inseridos no meio social e com capacidade de se autodeterminarem, ou seja, já trabalhamos, neste contexto, com uma noção de cidadania ativa, o que irá repercutir na formulação do direito à saúde nesta virada de século.

¹ Podemos afirmar, atualmente, a prevalência da tese de que os direitos individuais e políticos, também como os direitos sociais, econômicos e culturais demandam atuações positivas dos Estados e ensejam altos gastos públicos, como por exemplo, o direito a segurança, à propriedade etc., mas, à época, a visão do *laissez-faire*, *laissez-passer* quanto aos direitos de primeira dimensão era dominante.

² Veja-se a respeito dos enfrentamentos da Teoria da Constituição: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

O direito à saúde é previsto, a partir de então, em várias Constituições nacionais e aparece como um direito social admitido no Estado Social. Lembrando que à ideia de isonomia formal – típica do Estado Liberal – acopla-se a isonomia material e como direito de todos, é também direito de alguns, na medida de suas desigualdades.

Nos documentos constitucionais vigentes temos consagrado o direito à saúde e sob outros referenciais procurar-se-á efetivá-lo. Já não contamos mais com a constância homogeneizadora do Estado-nação e nos Estados plurais atuais, assumir a saúde como um direito de todos é, inegavelmente, assumir princípios de igualização e diferenciação, compromissos financeiros e encargos sociais. Nesse sentido, assegurar o direito à saúde torna-se tarefa árdua e necessária se queremos preservar a dignidade da pessoa humana, principalmente, se estamos trabalhando em Estados que ainda têm grandes disparidades sociais, regionais e financeiras.

Com a consagração do direito à saúde³, seu reconhecimento pelo Poder Judiciário amparado no pressuposto do acesso à justiça⁴, torna-se ponto central de inúmeras discussões e reivindicações. Ao prever o direito estamos também assegurando seu exercício, munindo o cidadão de instrumentos e mecanismos constitucionais para torná-lo efetivo, com sua respectiva proteção judicial processual.

E é neste contexto, de necessário reconhecimento do direito à saúde, que nos deparamos com um novo modo de atuar do Judiciário. Partindo de premissas diferenciadas quanto ao modo de atuar no Estado Liberal – o juiz realizando a leitura mecânica dos textos legais – e no Estado Social – o juiz atuando dentro de quadro das leituras possíveis faz a subsunção dos fatos às normas -, neste Estado Democrático de Direito sua atuação recupera a necessidade de se efetivar a norma constitucional, agora diante de uma sociedade eminentemente pluralista e sem as certezas apontadas pelo primado absoluto da universalidade da lei. Portanto, seguindo diretrizes amparadas na filosofia da linguagem, o Estado-juiz há de tentar desvendar a verdade na intersubjetividade, nos discursos que são levantados ao longo da formação do processo.

³ Na Constituição de 1988 está previsto no artigo 196: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação.” Também lhe dá sustentação o artigo 6º da Constituição: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁴ Temos no Brasil, disposto no artigo 5º, inciso XXV da nossa Constituição: “Art.5º... XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito:”

No compasso de outra mudança que é a constatação da abertura da norma constitucional, agora identificada como conjunto não só de regras, mas de princípios, a forma de aplicar os discursos jurídicos deverá levar em conta, não só a lei dada, mas também os fatos do caso concreto. É nesse sentido que Menelick (1999, p. 485) afirma que só assim teremos a reprodução não somente da certeza do Direito, mas também do sentimento de Constituição e justiça.

A partir desta nova realidade que acosta ao Judiciário, será necessário adotar novas posturas se se pretende afirmar o ideal de justiça. Os juízes apoiam-se em novos métodos de interpretação centrados na visão de que a Constituição é aberta e fragmentada e de que a grande questão é a solução de problemas concretos e únicos. Os princípios jurídicos são dotados de normatividade e podem, dizendo juntamente com Dworkin (1995), concorrer para a solução dos casos concretos visando satisfazer a integridade do Direito e, desse modo, a busca pela decisão justa e correta, apresentada mediante princípios racionalmente fundados e plausíveis.

O direito à saúde se insere neste contexto. Assim, ao se decidir questões a respeito do direito à saúde podemos ter direitos concorrendo no caso concreto e requer-se por parte do Judiciário uma solução que aborde todos os argumentos que foram construídos ao longo do seu desenvolvimento, pois só desta forma assegurar-se-á tanto a certeza como a justiça do Direito.

Importante frisar que o conceito de saúde representa muito mais que não estar doente. A imprecisão do termo nos leva sempre a pensar a saúde ou relacionada com as condições de vida ou com a ausência de doenças. Na visão da Organização Mundial da Saúde (OMC) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a saúde é vista em sentido integral, associada a bem-estar geral. No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, datados de 1966, e ratificados pelo Estado brasileiro, o direito à saúde está sempre relacionado ao direito à vida.

No direito nacional a visão da saúde está atrelada à noção de dignidade da pessoa humana e, portanto, numa visão integral de bem-estar físico, emocional, social e mental⁵.

⁵ É nesse sentido, o artigo 3º da Lei n. 8.080/90 que regulamenta o direito à saúde na legislação brasileira: “Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.” Atente-se para o fato de que o *caput* do artigo 5º da Constituição brasileira assegura a inviolabilidade do direito à vida.

2 Princípio da separação de poderes e judicialização da política

A par da nova postura requerida do Poder Judiciário, no sentido de atuar mediante a análise de uma norma constitucional aberta - muito aqui se deve a Haberle (2002), a concretização do direito à saúde responderá, em alguma medida, pela releitura do princípio da separação de poderes.

Este princípio, revelado em primeira e mais central análise por Montesquieu, consagrado na atual Constituição brasileira em seu artigo 2º e, referendado no art. 60, §4º⁶, identifica funções específicas a serem atribuídas aos órgãos do Estado, cada um deles atuando de forma independente e harmônica. Não se nega seu valor histórico e de grande relevância para o desenvolvimento de uma ótica voltada a não concentração de poderes, principalmente, no enfoque datado ao regime adotado e precedente ao momento de sua consagração, o absolutismo. Sua consagração proporciona o melhor controle e fiscalização ao exercício do poder e considerando seu aperfeiçoamento pelo sistema de freios e contrapesos, de contribuição direta da obra ‘O federalista’, não há menor dúvida de que supera a negação das liberdades públicas, na medida em que, define espaços específicos de atuação do Estado e para além desses limites o cidadão poderia se opor, o que se coaduna com a ideia do constitucionalismo consagrada à época, pois o governo deve ser limitado e com base no primado da lei.

Com o desenvolvimento deste princípio, muito de seus aspectos prévios e rígidos sofreram alterações e podemos dizer que ótica atual se volta mais para uma tentativa de harmonização destas funções e para o aprimoramento do sistema de freios e contrapesos. Aliás, como as independências não são absolutas, ‘absolutizar’ suas formas de atuação também não corresponde às suas necessárias adaptações ao longo dos tempos. Essa afirmação passa pelo exame da preponderância das assembleias, especialmente no século XIX; pela hipertrofia dos Executivos, após o *Welfare State* e também nos aponta a adoção do princípio da separação de poderes nos modelos que adotam o regime parlamentar de governo. Em tais hipóteses conciliar a concepção inicial e hermética do princípio da separação de poderes seria de todo improvável.

⁶ “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Na descrição do art.60, § 4º temos a previsão das cláusulas insusceptíveis de alteração pelo poder constituinte derivado, dentre elas, a do inciso III: “... III – a separação de Poderes;”. Observa-se que em todas as Constituições brasileiras, após 1891, esse princípio foi recepcionado, ainda que não tivesse atuação real e fosse apenas nominal em algumas delas.

Mas, considerando que há espaços para sua admissão, necessário se faz rever suas fontes primeiras e admitir sua centralidade, na premissa de que tal princípio proporciona a segurança de que a Constituição será respeitada, sem um poder concentrado e com a possibilidade de controles recíprocos⁷.

A revisão do princípio da separação de poderes perpassa também pelo aumento das funções e atividades assumidas pelo Estado, a partir das premissas do Estado Social e pela complexidade de atender aos inúmeros carecimentos reivindicados pela sociedade hipercomplexa e plural que se cristaliza nos primórdios deste século. O atendimento a esta gama de complexas atividades pressupõe um cruzamento de funções e uma necessária intercambiabilidade entre os poderes do Estado. A satisfação das necessidades coletivas demanda também uma atuação coletiva e o ‘governo’ pode ser identificado no exercício da função dos três clássicos poderes⁸.

Essa perspectiva, aliada à noção de que há, neste novo momento, outros atores sociais como a sociedade civil organizada a atuarem no espaço público ampliado, dinamiza as potencialidades de respostas. A ampliação dos espaços de deliberação pública, tão ao gosto de Habermas (1997), ao permear os direitos humanos com o influxo da soberania popular, expandirá as possibilidades de argumentação e, conseqüentemente, insuflará o viés da cidadania ativa. É sob o pendore democrático das sociedades modernas ou pós-modernas que o Estado deverá dar conta de promover o bem de todos e a justiça; tarefa árdua, que está muito mais vinculada à busca do equilíbrio constitucional mediado pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, no qual se encontra também o direito à saúde.

Diante disso, os reflexos desta nova postura são sentidos diretamente no âmbito do Poder Judiciário que passa a ser chamado a interceder em outras searas, antes reservadas aos demais órgãos. Assim, questões de ordem política passam a fazer parte

⁷ Isso não significa preponderância de qualquer poder e para a revisão crítica deste princípio, vale a observação de Mendes (2011, p. 240): “Teorias da democracia deliberativa passam a ter problemas no momento em que, além de valorizar o papel do argumento na política, rejeitam a competição política em nome de alguma instituição que encontrará a resposta correta”.

⁸ É interessante apontar um total emaranhamento das funções clássicas do Estado, a exemplificar: o comando da atividade legiferante pelo Executivo; o Legislativo como sancionador – ou não – de procedimentos do Executivo; o Legislativo fazendo a leitura e apreciação dos assuntos pautados pelos Ministros de Estados; o Judiciário com as escolhas dos membros de seus órgãos decisórios pelos demais Poderes. No que tange ao Poder Judiciário podemos afirmar que o mesmo atua, em sentido amplo, nas decisões de governo, como preceitua Jucá (1999), ao participar de formulações decisórias a respeito de políticas públicas como serviços prestados pelo Estado na finalidade de atender as necessidades coletivas públicas.

de sua agenda; dá-se a judicialização da política. Appio (2003, p. 90)⁹ afirma que esta condensação no Judiciário deve-se não só pela complexidade das atividades a serem realizadas, mas também em razão da colisão de tais atividades com os interesses particulares de milhões de pessoas. Expandem-se a esfera de atuação do Judiciário e a possibilidade de termos vários interesses concorrendo em um caso concreto, principalmente, partindo da visão de que os princípios são normas jurídicas.

Os parâmetros definidos pela Constituição ao Estado, em muitos momentos, são de base principiológicas e, portanto, o dever/limite de atuação da Administração Pública, não surge de forma tão clara como antes, em enunciados representados apenas por regras. Sem claras demarcações e limites e repercutindo a atuação – ou não – do Estado na vida do cidadão, em especialmente, no seu elenco de direitos fundamentais, socorre-se ele do Poder Judiciário, que tem como missão principal assegurar o cumprimento da Constituição. A essa obrigação de fazer¹⁰, antes restrita à órbita do Executivo, é chamado o Judiciário ao universo das políticas públicas. A celeuma está em que ao deparar-se com escolhas em políticas públicas, tais planos decisórios impactam diretamente no reconhecimento – ou não – de direitos fundamentais marcados constitucionalmente, sendo que a mesma balança alcança o traço das políticas públicas delimitadas em diretrizes constitucionais¹¹. Se toda atuação governamental está pautada por diretrizes constitucionais, não se pode negar ao cidadão o direito de tê-las efetivas.

É inevitável falarmos em ativismo judicial¹² associado às discussões sobre judicialização da política, quando se verifica se há uma atuação do Judiciário para além dos limites previstos pela Constituição, no exercício regular de suas funções. Assim, as

⁹ O autor afirma que o deslocamento das questões políticas para o espaço jurídico expõe o ângulo da democratização na tomada de decisões, pois assim as minorias podem intervir no processo de tomada de decisões da classe política. Interessante registro Juca (1999, p. 46) oferece com a afirmação de que o Judiciário foi construído e experimentado como poder politicamente neutro, sob a ótica da imparcialidade e independência, limitando-se à aplicação da hipótese legal aos casos concretos e voltado para o conflito entre particulares, com o Estado, a princípio, excluído de sua intervenção. Realmente, pensado e idealizado para um tipo de sociedade que não corresponde às premissas atuais.

¹⁰ Dentre elas podemos citar o artigo 226 da nossa Constituição que se refere ao direito de saúde, assim como o artigo 205 que se refere ao direito à educação e o art. 215 que assegura os direitos culturais, dentre outros.

¹¹ As diretrizes constitucionais estão diretamente relacionadas à realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da nossa Constituição: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹² O termo surge vinculado à atuação da Suprema Corte norte-americana por volta de 1947 em artigo publicado na revista *Fortune*; seu autor, Arthur Schlesinger, analisou a atuação dos juízes daquela Corte distinguindo-os entre ativistas e pacifistas (vinculados à autocontenção judicial); conferir, para tanto, Continentino (2012, p. 128). Interessante observar que as Constituições brasileiras de 1934 e 1937 afirmavam, expressamente, que questões de política não poderiam ser apreciadas pelo Judiciário; normas que não foram reproduzidas nas demais Constituições brasileiras.

questões dos limites à atuação do judicial passam necessariamente pela análise da consagração inicial e pela releitura das concepções a respeito do princípio da separação de poderes.

Importa afirmar que tais atuações do Poder Judiciário, no caso do direito à saúde, estão atreladas à garantia – ou não – deste direito fundamental. É nesse sentido que Streck (2002) afirma que a supremacia da Constituição supera a soberania do parlamento e a prevalência dos direitos do cidadão em face do Estado suplanta o respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juízes à lei.

A questão é realmente densa, pois envolve as premissas do orçamento com a alocação racional de recursos públicos e, num país de enormes desigualdades sociais e financeiras, alinhadas a uma precária atuação de defensoria pública para garantir o acesso à justiça, a possibilidade de fazermos funcionar o direito da saúde contrário ao seu pressuposto de acesso universal igualitário é real. Também esbarraria na questão de possível déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário, na medida em que, não tem este Poder vinculação direta com o voto popular e sendo o povo quem arca por intermédio de impostos, com as despesas de saúde, essa ligação deveria ser direta.

Um dos argumentos de maior peso, nas possibilidades de intervenção do Poder Judiciário no que se refere ao direito à saúde, impacta no fato de que esse Poder não está afeto às questões orçamentárias e a escolha das pretensões da sociedade para a inclusão no orçamento depende dos Poderes Legislativo e Executivo, seria a adoção das premissas do princípio da reserva do possível¹³. Não haveria como deferir determinado direito, se os recursos públicos são insuficientes para fazê-lo valer. Com recursos

¹³ A expressão adotada inicialmente pelo Tribunal Constitucional alemão, na década de 70, ao julgar o caso que ficou conhecido como *numerus clausus*, em que se discutia a questão de acesso/vagas de alunos ao ensino público superior, no caso, ao curso de Medicina e a prescrição da Constituição alemã de garantia de escolha de trabalho, ofício ou profissão. O Tribunal Constitucional alemão decide pela constitucionalidade da lei que disciplina as vagas para o ingresso no curso de Medicina, considerando o aumento da demanda dos cursos superiores e os esforços dos órgãos estatais para suprir o déficit e por entender que há uma limitação fática, condicionada pela reserva do possível, do que pode o indivíduo exigir, racionalmente, da coletividade; o Estado não seria obrigado a criar o número de vagas para atender todos os candidatos, ou seja, não se pode prestar algo fora dos limites do razoável. Veja sobre o assunto Krell (2002, p.51). É importantíssimo frisar que a adoção deste princípio na Alemanha se dá em contexto completamente diferente do Estado brasileiro, tendo aquele Estado um padrão-mínimo de bem-estar social já consolidado. Os condicionamentos impostos pela cláusula da reserva do possível assentam-se no binômio da razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e da disponibilidade financeira do Estado, assim considerando-se razoabilidade e proporcionalidade da pretensão pretendida. Mas ponderamos, desde já, tal princípio não quer dizer que os argumentos de política sirvam apenas para dizer sobre a limitação financeira do Estado; observando que na maioria das ações contra o Estado, há condenação pecuniária e a impossibilidade financeira *a priori* do Estado, não é impeditivo para a condenação.

públicos limitados, o reconhecimento de determinado direito, no âmbito do Judiciário, pode inviabilizar a adoção de outros direitos¹⁴.

Todos estes argumentos têm peso argumentativo e a inserção do Judiciário, nos tênues contornos antes restrito das políticas públicas, deve levá-los em consideração. Mas, nos parece que tendo em vista todos os desdobramentos do reconhecimento do direito à saúde, estes não devem prevalecer, pois estaremos negando direitos fundamentais ou o seu mínimo existencial¹⁵. Como dito por Barroso (2009, p. 29), extremamente criterioso ao reconhecer a possibilidade de ação do Judiciário em tais matérias, considerando a estrutura e a natureza dessas normas, a extração de deveres jurídicos deverão ter como centralidade “... as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos e de ação que contravenha a Constituição. Ou ainda, de não atendimento do mínimo existencial”.

3 Abordagens no Direito brasileiro

Como já dito, o direito à saúde tem tratamento constitucional nos termos do artigo 196 da nossa Constituição e associa-se, na abordagem que adotamos, diretamente, ao princípio do acesso à justiça consagrado no nosso artigo 5º, inciso XXXV.

Em breve levantamento histórico, no Estado brasileiro, podemos afirmar que a preocupação com a saúde pública é recentíssima e data do início do Século XIX com a vinda da Corte portuguesa para a Colônia, agora elevada à condição de Reino, com o combate as pestes. O modelo de implementação de campanhas, de cunho preventivo, foi

¹⁴ Barroso (2009) explicita uma série de argumentos que devem ser ponderados quando da intervenção do Judiciário em relação à saúde e expõe as críticas que são geralmente oferecidas à judicialização excessiva, tais como: trata-se de norma programática; que o problema não é de mera interpretação de preceitos constitucionais, mas de desenho institucional; o Judiciário padeceria de legitimidade democrática, pois os recursos para a saúde são obtidos por meio dos impostos e só os legitimados pelo voto popular têm a prerrogativa de decidir sobre a alocação dos recursos públicos; a questão financeira esbarra na reserva do possível; em alguns casos como distribuição de medicamentos as decisões judiciais provocam desorganização da Administração Pública; sob a uma análise econômica do Direito, a relação custo/benefício não é satisfatória; a intervenção do Judiciário pode aprofundar privilégios sociais e econômicos, reforçando a exclusão dos mais pobres que não têm acesso à justiça; e, o fato de que o Judiciário não tem tecnicamente domínio para instituir políticas públicas.

¹⁵ Na lição de Barroso (2009), o mínimo existencial há de ser compreendido como correspondente “... às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Ou seja, nos referimos àquelas condições materiais mínimas de existência; o mínimo substancial existencial há de ser entendido como aquele conjunto de prestações indispensáveis para que todos e cada um tenha sua dignidade assegurada.

adotado entre 1870 e 1930 e teve razoáveis avanços, embora associado a um controle repressivo e compulsório; os serviços privados e de caridade se responsabilizavam pelas ações públicas curativas. A partir do Estado Social, centralizado na década de 30, temos a estruturação de um sistema básico de saúde pública com caráter também curativo, vinculados aos Institutos da Previdência, sem conotação universalista – usufruíam os contribuintes da Previdência. Na década de 70 cria-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) que unifica o sistema de saúde pública, mas ainda seu acesso está restrito aos trabalhadores de carteira assinada. Somente com a Constituição de 1988 o direito à saúde se universaliza, garantido a todos, independente de ser trabalhador formal ou não¹⁶.

Considerando a adoção da forma federativa de Estado pelo Brasil, a responsabilidade pelo tratamento de competências legislativas, no que tange à saúde, foi desdobrada para todos os entes federativos, a saber, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios¹⁷. A União detém competência privativa para legislar sobre seguridade social¹⁸, o que impacta diretamente na saúde, na medida em que, a Seguridade Social visa um conjunto de ações integradas para assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social¹⁹. Em outro viés, o da competência cooperativa, o artigo 24, da nossa Constituição, implicando União, Estados-membros e Distrito Federal afirma que a competência será concorrente para legislar sobre a previdência social, proteção e defesa da saúde²⁰ e no mesmo artigo garante-se aos Estados-membros a competência para suplementar a legislação federal²¹. O Município é convocado sempre que houver interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber e, ainda, para prestar, em cooperação com a União e Estados-

¹⁶ Para tais desenvolvimentos, confira-se: Barroso (2009 p. 21-22).

¹⁷ Nesse sentido tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal, ao facultar ao cidadão que exija de qualquer dos entes da federação, em responsabilidade solidária, a implementação de ações a respeito da saúde: “... O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.” (BRASIL, STF, RE n 273.834, rel. Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2000, DJ 18/09/00).

¹⁸ Na Constituição de 1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: ...XXIII – seguridade social;” Veja-se a Lei 8.212/91 – Lei Orgânica da Seguridade Social.

¹⁹ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

²⁰ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: ... XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;”

²¹ “Art. 24...§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

membros, serviços de atendimento à saúde da população²². Já o artigo 23, do Documento Constitucional, disciplina competências materiais de todos os entes federativos, ou seja, aquelas vinculadas à execução de políticas públicas e dentre elas está cuidar da saúde²³. Também nos termos do artigo 198, parágrafo 2º, da Constituição de 1988, há diretriz para a aplicação de percentual mínimo exigido na saúde²⁴ e o artigo 212, §4º²⁵ afirma a possibilidade de adoção de contribuições sociais para o custeio dos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde. No que tange à previsão orçamentária, o artigo 167 determina que é proibido o início de programas não incluídos na lei orçamentária anual²⁶. Na esteira da determinação constitucional foi publicada a Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, que disciplina o Sistema Único de Saúde – SUS – e reforça princípios da universalidade, subsidiariedade e municipalização da saúde.

As questões sobre a temática aqui versada, no direito brasileiro, têm posicionamento da nossa mais alta Corte, o Supremo Tribunal Federal, e foram discutidas abertamente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, n. 45²⁷; podemos afirmar que foi admitido o controle judicial de políticas públicas. Nesta decisão, que teve como relator o Min. Celso de Mello, o princípio da reserva do possível analisado e, na conclusão deste Ministro, tal cláusula não deve ser compreendida como limite à concretização do direito fundamental à saúde e por escassez ou falta de recursos financeiros, o Estado não pode se eximir da obrigação constitucional de assegurar as condições mínimas para uma vida digna. Afirmou ainda o Ministro que o mínimo existencial como conjunto de prestações indispensáveis para garantir a cada pessoa uma vida condigna, deve prevalecer sobre o princípio da reserva do possível.

²² “Art. 30. Compete aos municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e estadual no que couber; ...VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”

²³ “Art.23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: ...II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

²⁴ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: ...§2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: ...”.

²⁵ “Art.212... §4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.”

²⁶ “Art.167. São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.”

²⁷ Confira-se em BRASIL, STF, ADPF 45/MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/05/2004.

Nos argumentos desenvolvidos, nesta antológica decisão, são compatíveis: mínimo existencial e a reserva do possível, definindo-se as prioridades dos gastos públicos. Para a Corte a legitimidade de sua intervenção nesta seara está assegurada quando houver inércia estatal injustificada ou abusivo comportamento governamental, pois neste caso, não é absoluta a liberdade de conformação do legislador ou do Poder Executivo, já que há comprometimento da eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando-se seu núcleo essencial. Essa atribuição do Supremo Tribunal Federal revela a dimensão política da jurisdição constitucional que lhe é conferida ao tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais. A atuação do Judiciário assegura, neste caso, o conjunto irreduzível de condições mínimas para a existência de uma vida digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.

Ou seja, trata-se de não admitir o princípio da reserva do possível, como limite à efetivação dos direitos fundamentais, sob a argumentação de escassez de recursos financeiros e também como argumento impeditivo da atuação do Judiciário.

Conclusão

Nesse sentido, a atividade judicial está diante de novo contexto e deve dizer sobre os limites da força normativa da Constituição, ao mesmo tempo, assegurar os direitos fundamentais. Há um risco inerente ao exercício desta nova atividade que pode induzir a assunção do Judiciário sobre os demais poderes, mas é impossível vivenciarmos uma democracia sem riscos e o melhor ‘olheiro’ para controlar ou denunciar excessos, é, sem sobra de dúvidas, o próprio cidadão e sua sociedade civil organizada nos amplos espaços que a Constituição, no seu viés republicano, abriu às suas atuações.

Ao argumento de que o Judiciário não tem legitimidade política para atuar em decisões que envolvam conteúdo manifestamente político, contra-argumenta-se que este Poder tem como função primordial a guarda da Constituição que encerra todas as nossas mais caras opções políticas e, conseqüentemente, o alto teor de politicidade de que se revestem as decisões materiais de constitucionalidade não é negado. De outra parte, a questão da legitimidade no Estado Democrático de Direito envolve muito mais que um revestimento apenas por intermédio das eleições periódicas.

Se tivermos como premissa cumprir os objetivos a que o Brasil se predispôs constitucionalmente, não há como com a interseção entre políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais, não se buscar promover a justiça social com o reconhecimento de um desses direitos, o direito à saúde, no âmbito do Poder Judiciário, no pressuposto da garantia do acesso à justiça.

O limite para a atuação do Judiciário repousa na preservação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente – ou em leis –, assegurando o núcleo essencial desses ou o mínimo existencial e no fato de que sua decisão deverá estar racionalmente fundamentada.

Se há algo de que não se dúvida nesta temática, é que o tema é complexo e denso e envolve escolhas que necessitam de uma interação com outras áreas do saber, além da jurídica e o constante envolvimento da sociedade; estamos apenas no alvorecer de nossa democracia.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis, v.24, n.47, p.81-97, dez 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, p.11-43, abr./jun. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais**, Direito Público, Belo Horizonte, v. 1, n.1, jan./jun. 1999.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público**. São Paulo, v.15, n.72, mar.2012, p.123-155.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino. 1. ed. 2. reimp. Barcelona: Ariel, 1995.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris. Reimpressão, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JUCA, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do Judiciário. **Ciência Jurídica**, v.13, n.85; jan/fev, 1999, p.39-54.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.