

O ATIVISMO JUDICIAL E A SAÚDE PÚBLICA: OS LIMITES DA TUTELA JURISDICIONAL FRENTE AOS TRATAMENTOS CUSTEADOS PELO ESTADO¹.

Candice de Medeiros Azevedo²
Leonardo Medeiros Júnior³

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, em seu artigo 196, impõe o acesso à saúde como prestação positiva do Estado em favor dos cidadãos. Entretanto, face à notória precariedade do sistema público brasileiro, cada vez mais a população tem se socorrido do Poder Judiciário a fim de pleitear a concessão de medidas que resguardem o seu direito constitucional à saúde. Dentro desse contexto, tem-se evidenciado o crescimento do movimento chamado “ativismo judicial”, que busca preservar a força dos princípios constitucionais mediante as técnicas de controle de constitucionalidade, principalmente nos casos de excessos e omissões cometidos pelo Poder Público. Nesse diapasão, ao longo do presente estudo serão avaliadas quais as melhores posturas a serem adotadas pelo Poder Judiciário quando provocado a se manifestar sobre questões envolvendo o direito à saúde. Indagando-se sobre a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário de modo a garantir uma assistência igualitária, preventiva e/ou curativa, bem como integral à saúde. Com isso, questionam-se quais os limites da atuação do Poder Judiciário para que este serviço possa ser efetivamente prestado. E se é apropriado considerar o alcance e as possibilidades de atuação do Poder Judiciário na aplicação e efetivação do direito fundamental à saúde, face as omissões do Poder Legislativo e do Executivo. Neste sentido, em razão da relevância social do tema, se desenrolará um breve estudo acerca do fenômeno do ativismo judicial e se refletirá que este deve ser aplicado em situações excepcionais e quando caracterizada a omissão do poder público.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito à saúde. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This article is about the research scope of judicial action with respect to public health issues faced in Brazil. How stale, the Constitution of the Federative Republic of Brazil - CRFB in article 196, requires access to health provision as a positive state in favor of citizens. However, given the notorious instability of the Brazilian public health system, increasing the population has helped the guardianship court order to protect their constitutional right to health. In this context, we have demonstrated the growth of the movement called "judicial activism", which seeks to preserve the strength of constitutional principles by the techniques of judicial review, especially in cases of excesses and omissions. For it is a fundamental right that should be safeguarded by the state, it is lacking in the provision of health services, since it does not follow the evolution of society or the welfare policy provided by the CF.

¹ Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da FARN.

² Acadêmica do curso de direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN.
E-mail para contato: candiceazevedo@tjrn.jus.br

³ Prof. Esp. do curso de graduação de direito da FARN.

Throughout the study, which will be assessed the best positions to be taken by the judiciary when provoked to express itself on this subject, in order to answer the question about the legitimacy of the intervention of the judiciary in public health to ensure assistance egalitarian, preventive and / or curative, as well as comprehensive health care. Thus, one may question what the limits of judicial power for this service can be provided effectively. It is appropriate to consider the scope and possibilities of judicial power in the application and enforcement of the fundamental right to health owing to the omission of the legislature and the executive? In this sense, due to the social relevance of the theme, plays out a brief study on the phenomenon of judicial activism and reflect that this should be applied in exceptional situations and when characterized the omission of the public.

Keywords: Constitutional Law. Right to health. Judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em questão traz a discussão acerca do fenômeno do ativismo judicial e suas consequências para a saúde pública no Brasil, enfocando os limites da tutela jurisdicional frente aos tratamentos custeados pelo Estado.

A regra extraída do Título VIII, Seção II da Constituição Brasileira de 1988 – CRFB é no sentido de assegurar a todos os cidadãos o direito à saúde, de forma preventiva, curativa e integral. Destarte, nos moldes do que preconiza a *Lex Legum*, o Estado tem por obrigação prover os anseios da população no que concerne a saúde, fazendo valer o conceito de assistência à sociedade, uma vez que a definição de saúde está intimamente relacionada com a efetivação da garantia constitucional a vida digna.

As ações e serviços públicos de saúde subsumem-se ao princípio do atendimento integral, isto é, devem abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde, pois não só todos têm direito à saúde pública, como esta deve ser prestada de maneira completa e eficiente, sem exclusões de doenças e patologias por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não se mostra lícito que a Administração Pública se esquive da prestação digna de saúde sob a mera justificativa do princípio da reserva do possível, porquanto nesses casos há princípio maior a ser garantido, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nesse cotejo, o movimento do ativismo judicial tem ganhado corpo como forma de repelir a omissão do Poder Público frente aos direitos fundamentais sociais. Essa ideia surge para fazer valer as políticas públicas que, por vezes, são esquecidas ou até mesmo camufladas para deixar transparecer um modelo de saúde que foge da realidade.

Tem-se por prioridade elucidar que a pretensão do presente estudo não é propagar o indiscriminado uso de recursos públicos quando se está no limite prudencial, mas tão somente demonstrar que há valores supremos a serem tutelados de forma mais contundente pelo Estado-Juiz. Para isso, fez-se necessário trazer à baila os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência acerca do assunto em tela, posto a celeuma que circunda o ativismo judicial.

Convém esclarecer que o objeto do estudo em foco não é assunto pacificado pelos doutrinadores nem pelos operadores do direito, razão esta a instigar a pesquisa com o fito de estimular o debate, propiciando maiores esclarecimentos sobre um tema de tamanha relevância social.

2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NO BRASIL

O desenvolvimento histórico da saúde pública no Brasil está intimamente relacionado à progressão político-social e econômica da sociedade brasileira. A lógica do processo evolutivo da saúde sofreu fortes influências do avanço do capitalismo, tanto em relação à solução de problemas que afligem a população, como na destinação de recursos direcionados ao setor, muito embora, até os dias atuais, a saúde não ocupe lugar de destaque na gestão pública.

Com efeito, a história de nosso país tem demonstrado que os governantes brasileiros, na maior parte das vezes, priorizam os problemas afetos à saúde sob o enfoque da medicina profilática (como, por exemplo, as campanhas de vacinação, sobretudo em períodos de epidemias), deixando a medicina curativa relegada ao segundo plano. Prova disso é que, corriqueiramente, presenciamos cidadãos buscando auxílio médico em hospitais e não logrando êxito, em face da falta de medicamentos em estoque e da carência de profissionais habilitados a prestar o devido atendimento.

Embora a observação anterior seja sobre o enfoque atual, a turbulenta discussão sobre a saúde pública no Brasil iniciou-se ainda no século XIX, com a vinda da família Real Portuguesa que instituiu ações de combates às doenças epidêmicas.

Todavia, mudanças mais sensíveis no âmbito da saúde pública só vieram a se consolidar em meados dos anos 1900, quando o Estado, de forma coercitiva, fez valer a

obrigatoriedade da vacinação, impondo-a como pressuposto, por exemplo, para a realização de matrículas em escolas e o embarque nos aeroportos.

Durante a época em comento, os atendimentos médicos eram prestados por instituições privadas e por casas de caridades, sendo as primeiras a opção posta à disposição daqueles que dispunham de recursos financeiros suficientes a custear tais serviços, enquanto as últimas prestavam o atendimento à população em geral.

Posteriormente, o sistema de atendimento de saúde ofertado pelo Estado passou a adotar o modelo assistencialista, ficando a cargo do Instituto Nacional de Previdência Social-INPS o exercício dessas atividades, contudo, de forma restrita, conferindo o acesso a tais serviços unicamente àqueles trabalhadores com carteira assinada.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, visualiza-se um maior avanço na saúde pública com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que foi regulamentado posteriormente com as Leis 8080/90 e 8142/90, e com a elevação do direito à saúde ao patamar de direito fundamental. A partir de então, buscou-se garantir a universalidade no atendimento da população, através da assistência universal, igualitária, integral e gratuita (art. 196 da CF/88).

Portanto, embora o setor público de saúde necessite superar obstáculos e melhorar suas condições de acesso, é patente a evolução ocorrida durante os dois últimos séculos até chegar o cenário atual.

As mudanças ocorridas no sistema assistencialista foram mais significativas com o advento da CRFB. Contudo, o limitado repasse de recursos públicos ao setor de saúde, somado ao crescimento exacerbado da população, tem se mostrado um fator negativo, a ponto de comprometer a atividade a ser prestada pelo Poder Público. Assim, faz-se necessário um olhar mais criterioso dos gestores que comandam a máquina executiva em relação a este campo de atuação.

3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO (SUS)

Como visto anteriormente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil, especialmente, para o que interessa ao presente estudo, no que concerne ao direito fundamental à saúde.

Neste diapasão, atendendo ao comando constitucional contido no art. 196 da Carta Magna, o legislador ordinário instituiu, mediante as Leis 8080/90 e 8142/90, o Sistema Único de Saúde (SUS), pautado nos princípios da universalidade, igualdade, integralidade e gratuidade.

A partir de então, a todo cidadão, mesmo que comprovadamente possua meios para patrocinar seu atendimento médico, é garantido o acesso à rede pública de saúde e o direito a usufruir dos tratamentos médicos oferecidos pelo Estado, sem qualquer custo, visto que é vedado a Administração Pública negar atendimento com base em riqueza pessoal.

A CRFB, em seu artigo 196, assevera com clareza que “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”.

Nesse contexto continuou o legislador constituinte, de forma expressa, no artigo 197, declarando que as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Isso significa consoante José Afonso da Silva⁴, “que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação”.

Em complementação à legislação constitucional, a Lei 8.080/90, em seu art. 2º, assim dispõe:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

⁴ (SILVA, 2009, p. 805)

As citadas ações e os serviços públicos de saúde de que tratam os artigos 196 e 197, da CRFB, devem se unificar em todo o território nacional, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, financiado com recursos do orçamento da seguridade social, com direção única em cada uma das esferas de governo (art. 198, CF), a saber, no âmbito da competência de cada ente federativo.

Sobre o aspecto citado discorre Uadi Lammêgo Bulos (2011):

Dizer que a saúde é *dever do Estado brasileiro*, ou seja, da República Federativa do Brasil, não significa eximir a responsabilidade dos entes federativos, conclui a Corte Excelsa: “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. 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 institucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República” (STF, RE 241.630-2/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 3-4-2001, pg. 49)⁵.

Consoante explanação do doutrinador em tela, em citação da jurisprudência da Corte Excelsa, a saúde é assunto de interesse de todos os entes que compõem a República Federativa do Brasil, todavia cada um atuará prestando os seus serviços de acordo com a sua competência concorrente, nos termos do art. 23, II da Lei Maior.

Adentrando na seara sistemática do SUS, temos as seguintes particularidades. O seu financiamento é proveniente de recursos do orçamento da seguridade social, dos entes federativos, além de outras fontes, pautado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade (art. 198, I ao III).

Vale ressaltar que a CRFB em seu art. 199, *caput*, determinou que a assistência a saúde é livre à iniciativa privada. Sendo assim, entende-se que a universalização do sistema de saúde, abrangendo toda a população sem nenhum ônus financeiro, não proíbe a iniciativa privada, que poderá também atuar nesta área de maneira complementar.

⁵ (BULOS, 2011, p. 692)

Dentre as instituições privadas pretendentes a atuar na prestação de serviços de saúde, deve-se dar preferência àquelas de caráter filantrópico ou sem fins lucrativos, que poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, consoante expressa determinação do §1º do supracitado artigo.

Desse modo, o legislador prevê que existindo carência em algum dos setores da rede pública, torna-se imperiosa a adoção de medidas complementares.

Sendo assim, conclui-se que no sistema constitucional vigente, a assistência à saúde poderá ser prestada não somente pelo Estado de forma direta, mas também pelo setor privado, que, nessa hipótese, deverá nortear o exercício de suas atividades nas mesmas diretrizes de regionalização, hierarquização e universalização previstas na Lei 8.080/90.

4 A DESPESA PÚBLICA

Como cediço, as despesas públicas têm apresentado uma considerável evolução na atualidade, tendo em vista uma maior intervenção do Estado em diversos seguimentos da vida econômica, bem como o aumento crescente das necessidades coletivas.

No caso da saúde pública, essa elevação das despesas se deu, principalmente, em virtude do aumento da população ocorrido nos últimos anos, que, por não ter sido acompanhada do incremento das receitas na mesma proporção, acarretou o consequente decréscimo de verbas disponíveis para o setor, bem como, o surgimento de novas técnicas médicas mais dispendiosas.

Por tais motivos, a problemática da despesa pública consiste em questão bastante delicada sobre o tema do acesso à saúde, razão pela qual se mostra pertinente sua análise nesse trabalho.

Para Aliomar Baleeiro⁶, despesa pública é o “conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos” ou “a aplicação de quantia certa, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo”.

Uma vez estabelecidas as prioridades e mediante autorização em lei orçamentária, pode se operar a despesa, devendo também haver dotação específica e suficiente para que seja realizada. Portanto, nenhuma despesa poderá ser efetuada sem a prévia autorização legislativa.

⁶ (BALEIRO, 1986,p.65)

Assim, infere-se que a despesa pública se submete à legalidade, sendo necessária sua previsão na lei orçamentária anual, que também não pode exceder os limites fixados para os créditos orçamentários, cujo controle fica a cargo do Poder Legislativo. Os atos praticados em dissonância com as leis orçamentárias importarão em crime de responsabilidade, como previsto na Lei 1.079/50, bem como a realização daquelas despesas não autorizadas em lei, constitui ato de improbidade administrativa.

Já para a destinação de recursos públicos ao setor privado, além de prévia autorização, as despesas necessitam também estar devidamente documentadas. Destarte, toda despesa além de prevista, deve ser efetivada.

Isso se deve, pois, ao Estado incumbe efetivar seus gastos com vistas à satisfação das necessidades públicas. Dessa forma, a dotação orçamentária é direcionada no sentido de cobrir os gastos no campo dos benefícios a serem propiciados em favor da população.

A despesa pública, conforme anteriormente mencionado, como regra, depende de prévia autorização orçamentária, pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo como pressuposto de legalidade e nenhuma autoridade pode efetuar ou ordenar despesas sem essa autorização.

Destarte, para que efetivamente se processe regularmente, conforme a Lei 4.320/64, a despesa passa por algumas fases próprias a serem cumpridas, como veremos nos tópicos seguintes.

4.1 ESTÁGIOS DA DESPESA PÚBLICA

É certo que ao Estado cabe assegurar a satisfação das necessidades essenciais da sociedade, não podendo se esquivar ao cumprimento de sua função constitucional de provedor das demandas sociais cada vez mais recorrentes.

Ao longo do exercício financeiro, são arrecadadas receitas para que se executem as despesas. Logo, para a execução de uma despesa do Poder Público, devem ser obedecidos rigorosamente determinados estágios, não se permitindo a inversão ou supressão de qualquer um deles.

Como bem preleciona Flávio Riani⁷:

⁷ (RIANI, 2002, p. 69).

Os gastos públicos constituem-se na principal peça de atuação do governo. Através deles, estabelece-se uma série de prioridades no que se refere à prestação de serviços públicos básicos e aos investimentos a ser realizados. Os gastos públicos podem, em ultima instância, ser conceituados como uma escolha política dos governos no que se refere aos diversos serviços que ele presta à sociedade. Representam o custo da quantidade e da qualidade dos serviços e bens oferecidos pelo governo.

A doutrina majoritária enumera os seguintes estágios da despesa: o empenho, a liquidação e o pagamento.

O empenho, primeiro estágio da despesa pública, conforme estabelece o artigo 58 da Lei 4.320/64, “é ato emanado de autoridade competente que cria, para o Estado, obrigação de pagamento pendente, ou não, de implemento de condição”. É o instrumento que dispõe a Administração Pública para acompanhar e controlar a execução de seus orçamentos.

Empenhar a despesa significa a reserva de recursos como garantia a fornecedores de produtos e serviços de que os valores empenhados têm respaldo orçamentário.

Consequentemente, a lei veda a realização de despesa sem prévio empenho, que também não poderá exceder o limite dos créditos concedidos. Tal dispositivo garante que só se realize despesas que tenham amparo e enquadramento orçamentário.

Nesse contexto, o artigo 61 da lei 4.320/64 complementa:

[...] Para cada empenho será extraído um documento denominado ‘nota de empenho’, que indicará o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como a dedução deste do saldo da dotação própria e, somente após essas providências – emissão da nota de empenho e dedução da despesa do saldo da dotação – é que o fornecedor entregará o bem ou prestará o serviço, extraindo o documento formalizador da operação (nota fiscal, recibo, etc).

Logo, deduz-se que nota de empenho é o documento utilizado para a materialização do empenho, no qual se indicará o nome do credor, a especificação e a importância da despesa.

Já o segundo estágio, qual seja, a liquidação, de acordo com o art. 63, da Lei 4.320/64, corresponde ao procedimento realizado sob a supervisão e responsabilidade do ordenador de despesas para verificar o direito adquirido pelo credor, ou seja, averiguar se a despesa foi regularmente empenhada e a entrega do bem ou prestação do serviço foi realizada de maneira satisfatória, tendo por base os títulos e os documentos comprobatórios da despesa.

Essa verificação tem por fim tornar líquida e certa a obrigação preexistente, identificando a origem e o objeto do que se deve pagar; a importância exata a pagar; e a quem se deve pagar para extinguir a obrigação.

Ato contínuo, tem início a etapa do pagamento. Em primeiro lugar a autoridade expede ato determinando que a despesa seja paga, consoante estabelece o art. 64 da Lei 4.320/64.

O pagamento, somente poderá ser efetivado quando ordenado após sua regular liquidação.

A partir desta, o pagamento é efetuado através da emissão de cheque nominal ou ordem bancária em favor do ente responsável pela prestação do serviço ou fornecimento do bem, facultando o emprego de suprimento de fundos, em casos excepcionais.

Desta forma, nenhuma despesa poderá ser paga sem estar devidamente liquidada, consoante, inclusive, assentou-se o entendimento do STJ, como demonstra a ementa abaixo colacionada:

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - EMPENHO DE DESPESA - TÍTULO EXTRAJUDICIAL.

- O empenho cria para o Estado obrigação de pagamento, maxime com a prova da realização da prestação empenhada, por isso que a sua exigibilidade opera-se através de processo de execução de cunho satisfativo. Raciocínio inverso implicaria impor ao credor do Estado por obrigação líquida e certa instaurar processo de conhecimento para definir direito já consagrado pelo próprio devedor através de ato da autoridade competente. O empenho é documento público que se enquadra na categoria prevista no artigo 584 II do CPC.

- A moderna tendência processual é prestigiar as manifestações de vontade de caráter público ou privado e emprestar-lhes cunho executivo para o fim de agilizar a prestação jurisdicional, dispensando a prévia cognição de outrora.

- A emissão do empenho pressupõe obrigação realizada cuja despesa respectiva deve ser satisfeita pelo Estado sob pena de locupletamento sem causa.

- Precedentes da Corte.

- Recurso especial provido.

(REsp 331199/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2002, DJ 25/03/2002, p. 191)

4.2 A NECESSIDADE DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA

A questão da natureza jurídica do orçamento público ainda não é totalmente pacificada na doutrina nem na jurisprudência dos Tribunais.

A Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela EC 29/2000, impôs à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a obrigação de aplicar, anualmente, recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, em valor equivalente a percentuais a serem calculados sobre suas arrecadações tributárias, cuja fixação dependeria de lei complementar (art. 198, §2º, da CRFB/88), além de parcela dos valores obtidos a partir de repasses da União, dos Estados e dos Fundos de Participação de Estados e Municípios.

A lei complementar prevista no art. 198, §2º, da CRFB/88 deverá ser reavaliada pelo menos a cada cinco anos e, estabelecerá os percentuais de transferência; os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao DF e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal e as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União (art. 198, §3º, CRFB/88).

Como o legislador foi omissos em editar a citada lei complementar, a EC 29/2000 inseriu o art. 77 do ADCT da Constituição, com o propósito de disciplinar provisoriamente a matéria.

Sabe-se que todos os direitos demandam custos para sua efetivação, não fugindo a saúde à essa regra.

Não obstante a preocupação do Constituinte em planejar as despesas públicas oriundas das Administrações Direta e Indireta, essa necessidade de previsão orçamentária não deve servir como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais, mormente em relação ao direito à saúde, quando sua efetividade seja pleiteada no Poder Judiciário. Dessa maneira, é lícito ao juiz ordenar ao Poder Público a realização de determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional, até mesmo porque diante do conflito de normas (previsão orçamentária e direito fundamental) que se encontram na mesma posição hierárquica em nosso ordenamento jurídico, deve sobressair o direito fundamental, face à sua superioridade axiológica (GANDIN; BARIONE; SOUZA, 2008).

O iminente problema entre efetivação dos direitos fundamentais sociais e recursos orçamentários disponíveis se torna ainda mais crítico em países como o Brasil, onde a maior parte da população pode ser considerada carente de direitos prestacionais de cunho social.

Vale ressaltar que a limitação de recursos existentes é uma contingência que não se pode ignorar por completo, devendo existir limitação orçamentária, entretanto o Estado

ao utilizar os recursos disponíveis para as ações e prestações de serviços de saúde, priorize os objetivos fundamentais da Constituição. Assim dispõe Ricardo Lobo Torres⁸:

No momento em que a CRFB previu a destinação dos recursos da seguridade social aos órgãos que prestam serviço à saúde, pretendia unificar as atividades essenciais do Estado, consistentes na proteção positiva ao mínimo existencial, em garantia das ações preventivas na área da saúde pública, bem como as atividades não essenciais e delegáveis à iniciativa privada, como as prestações de saúde curativa.

Por fim, a idéia central da Carta Magna de 1988, em apertada síntese, consiste na promoção do bem estar social, cujo ponto de partida situa-se em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Assim, ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo os alvos prioritários dos gastos públicos.

5 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Os direitos sociais, incluindo-se a saúde, são direitos de elevados custos que, quase sempre, demandam recursos que ultrapassam as limitações previstas no orçamento público. Entretanto, as crescentes demandas referentes às questões de saúde, propostas em todo o ordenamento jurídico, nos atentam a estabelecer critérios para que se busque efetivar aos cidadãos a teoria do mínimo existencial face às omissões estatais.

A proteção jurídica desses direitos, não depende apenas das prestações positivas do Estado, mas estão também intimamente vinculadas aos limites orçamentários.

A noção da teoria do mínimo existencial se relaciona com a efetividade dos direitos sociais, na medida em que tem por objetivo garantir aos cidadãos os direitos mais básicos da existência humana, como a saúde e a liberdade, por exemplo, os quais se encontram albergados pela Constituição da República como direitos fundamentais, tendo o condão de proporcionar uma vida digna dentro dos limites que o Estado possa cumprir.

Já o conceito da reserva do possível não é uníssono na doutrina, porquanto uns defendem como sendo um elemento interno do Poder Público, de forma a restringir a

⁸ (TORRES, 2010, p.109)

efetividade dos direitos com base na escassez dos recursos, enquanto outros a consideram como elemento externo de restrição dessa efetividade.

Dentre os que consideram a teoria da reserva do possível como integrante dos direitos fundamentais, destaca-se Galdino (2002), que leva em consideração a escassez de recursos financeiros como fator condicionante à existência do próprio direito, vejamos:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se a conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.

Na visão de Ana Paula Barcellos⁹, conceitua-se reserva do possível:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Portanto, diz-se que o princípio da reserva do possível constitui limite fático e jurídico, oposto pelo Estado, como forma de obstar a realização de direito fundamental, notadamente daqueles que possuam cunho prestacional. É uma defesa de cunho processual, da qual poderá se valer o Estado, que deverá, porém, justificar fundamentadamente, o motivo da impossibilidade de cumprimento da prestação demandada.

A aplicação dos direitos sociais depende também da conjuntura socioeconômica, levando-se em consideração o fato de que a Constituição, por si só, não oferece meios para essa decisão, ficando a cargo dos órgãos políticos competentes a definição e implementação de políticas públicas na seara socioeconômica. Ainda acrescenta a lição de J.J Gomes Canotilho¹⁰, ao complementar o assunto:

É justamente por essa razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional: “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias,

⁹ (BARCELOS, 2008, P. 261-262)

¹⁰ (CANOTILHO apud SARLET, 2001, p. 265).

dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.

De qualquer maneira, a teoria da reserva do possível, no Brasil, tem sido suscitada indiscriminadamente pelo Poder Público, o qual fazendo uso dessa fundamentação, busca se esquivar da implementação dos direitos fundamentais. Vale salientar que, não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la, tornando o instituto aberto a várias interpretações. Todavia, por tratar-se de direitos fundamentais e indisponíveis, há uma maior necessidade de criar mecanismos a serem utilizados para barrar à discricionariedade do Poder Executivo.

Assim ante a problemática da aplicação do princípio da reserva do possível em face do princípio do mínimo existencial, percebe-se que a aplicação da reserva do possível encontra limites quando se está buscando tutelar direitos relacionados ao mínimo existencial. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres (2010) afirma que a proteção do mínimo existencial não se sujeita a reserva do possível, pois os direitos elencados pelo princípio do mínimo existencial encontram respaldo nas garantias constitucionais.

6 O ATIVISMO JUDICIAL

Diante do cenário examinado nos tópicos anteriores do presente estudo e da imperiosa necessidade de efetivação dos direitos sociais, o “ativismo judicial” tem ganhado destaque na atualidade.

Diversamente dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo, que, por imperativo constitucional, são eleitos através do voto soberano da população, a escolha dos integrantes do Poder Judiciário se efetiva através de concurso público, o que, todavia, não retira sua legitimidade política, haja vista representar um Poder da União, independente e em harmonia com os demais, conforme disposto no art. 2º da Carta Magna.

Não obstante isso, com frequência o Poder Judiciário é alvo de críticas devido à sua atuação ativa em questões envolvendo políticas públicas, que deveriam ser objeto de solução pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas, diante da omissão destes, terminam sendo submetidas à apreciação judicial.

Ocorre que a Carta Magna conferiu à atuação do Poder Judiciário forte componente político, legitimando sua intervenção em temas antes reservados exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo.

Nessa mesma linha, Ronald Dworkin (1999) sustenta que o Poder Judiciário deve ser ator e protagonista permanente nas questões sociais, não devendo assumir uma postura passiva diante da sociedade, tendo que exercer o papel de guardião garantidor da efetividade constitucional.

Já Jurgen Habermas (1997), por sua vez, posiciona-se de modo contrário à intervenção do Poder Judiciário em temas políticos e sociais, defendendo ser necessária a superação da crise do Estado de Direito e do dualismo paradigmático entre o Estado liberal-burguês e o Estado Social de Direito, através do princípio democrático-deliberativo, onde a ação comunicacional legitima a formação política da vontade.

No Brasil, logo após o surgimento da República, erigiu-se uma barreira na doutrina no tocante à interferência do Judiciário em questões políticas. Com esse entendimento, destacou-se Rui Barbosa¹¹, que invocou a velha teoria da separação dos poderes para justificar a impossibilidade de intromissão do Judiciário nas questões políticas e mesmo no mérito dos atos da Administração, pelo que somente poderia o juiz verificar a legalidade estrita dos atos, vejamos:

Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar. É a questão política. Se cabem, ou não cabem, ao governo, as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica. O Congresso julga a utilidade. O Supremo Tribunal Federal, da legalidade. O critério do Congresso é a necessidade governativa. O do Supremo é o direito escrito.

Com a Constituição Federal de 1946, passou-se a admitir o controle judicial dos atos políticos apenas quando envolvessem lesão a direitos individuais, ou seja, direitos subjetivos. Assim, como se percebe, os interesses coletivos não foram objeto de preocupação do Constituinte de 1946, que somente autorizou ao Judiciário intervir para o controle de atos quase políticos ou não exclusivamente políticos que, mesmo genéricos para fins de interesses superiores da sociedade, viessem também a afetar direitos individuais.

¹¹ (BARBOSA, 1892, P.162).

Certamente, a dificuldade em se delimitar o que afetaria ou não direitos individuais na sua vertente de interesses políticos reconhecidos e tutelados por lei, terminou por contribuir para que o Poder Judiciário viesse a adotar uma nova postura, passando a ser provocado a dirimir conflitos provenientes do âmbito do Legislativo.

Em um momento posterior, instituíram-se instrumentos que vieram a forçar uma nova postura na atuação do Judiciário até que, por fim, adveio a Carta de 1988, que, se comparadas com as anteriores, teve ampliado o círculo de proteção dos direitos fundamentais, apresentando em seu texto a valorização do povo, da cidadania e da soberania popular.

As inovações introduzidas pela CRFB fortaleceram ainda mais o Poder Judiciário, o qual passou a exercer papel de protagonista nas questões políticas e na busca pela concretização dos princípios constitucionais.

A atuação do Judiciário no controle das políticas públicas e na sua implementação, passou, portanto, a ser o mais destacado assunto do chamado ativismo judicial.

Foi a partir dessa nova concepção que o Judiciário ganhou destaque e reconhecimento na doutrina como um poder político, atenuando-se o velho dogma de que apenas os poderes diretamente eleitos pelo povo seriam compatíveis com a democracia, emergindo a chamada politização do Judiciário.

Porquanto, mesmo que a Constituição tenha alargado o âmbito de atuação do Judiciário para o controle das ações dos demais Poderes, inclusive com papel de suplementar ou mesmo definir a política nacional, tal atuação levaria a uma indesejada mácula decorrente dos vícios das atividades políticas, ou seja, a atuação dos juízes como agentes políticos sofreria a contaminação pelos vícios políticos dos demais agentes dos outros Poderes. Essa crítica tem ainda como pano de fundo o argumento de que poderá a atuação marcadamente política dos juízes ser a responsável pelo mau funcionamento do Governo e de suas políticas públicas, pelo comprometimento dos negócios públicos, pelo fracasso do desenvolvimento econômico e, em última análise, pela disseminação da corrupção dos juízes.

7 PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À VIDA E O ESGOTAMENTO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

Tendo em vista a questão do direito à vida e sua ponderação diante do esgotamento de recursos orçamentários, surgem diversos questionamentos, a fim de

compreender até que ponto as prestações positivas estatais podem ser reduzidas ou até mascaradas pela falta de recursos orçamentários. Os questionamentos são muito comuns, principalmente no tocante a quem, diante dessa situação poderá ser beneficiado em detrimento de outros. Qual a quantia que será efetivamente disponibilizada? Até onde pode o Estado limitar políticas de saúde, educação, saneamento básico, entre outros direitos básicos fundamentais até mesmo o direito à vida? Outro ponto de vista apontado pela doutrinadora Ana Paula Barcellos (2008, p. 265) é a relação entre a escassez relativa de recursos e as escolhas que devem ser feitas, pois o investimento de recursos em uma determinada área significa que outras necessidades serão abandonadas. A autora ainda pondera:

A questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes: porque aplicar os recursos na despoluição da Baía de Guanabara e não na pesquisa científica sobre doenças tropicais, ou na expansão na rede de ensino médio? Além de decidir em que gastar, é preciso saber também quanto deverá ser investido em cada uma das áreas escolhidas, já que as alternativas envolvem não apenas o binômio investir/não investir, mas também investir menos ou mais, de modo a tornar viável o atendimento de um maior número de necessidades.

Sendo assim, podemos dizer que mesmo que a efetividade dos direitos fundamentais sociais dependa de escolhas, ponderadas pelos poderes públicos, haja vista a escassez de recursos, a parcela mínima necessária à garantia aos direitos sociais básicos e a dignidade humana não poderá ser esquivada, sendo de competência do Poder Judiciário, por meio de provocação das partes envolvidas, decidir acerca de quaisquer problemas que venham atentar contra a razoabilidade e a proporcionalidade.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo desenvolvido, observa-se que a efetivação do direito à saúde no Brasil não atende aos comandos previstos na CRFB. Este trabalho não buscou encontrar soluções para o referido problema, mas, identificar as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais e seus respectivos argumentos, com o fim de estimular o debate do tema.

Ao analisar a realidade brasileira, diante dos inúmeros anseios da população, para o cumprimento de um direito previsto na CRFB, o Poder Judiciário, embora não tenha

por função institucional implementar ou formular políticas públicas, vem atuando de maneira a efetivar e suprir as constantes omissões dos demais poderes.

Com isso, surge o fenômeno chamado “ativismo judicial”, que tem ganhado corpo como forma de repelir a omissão do Poder Público frente aos direitos fundamentais sociais. Tal medida representa uma busca à concretização das premissas constitucionais, mesmo que tal fenômeno ainda não seja pacificado. Constata-se sua real importância para a conjuntura da atualidade brasileira nas questões de saúde pública.

Nessa esteira, apesar de não ser um assunto pacificado, não tem por objetivo propagar o indiscriminado uso de recursos públicos, já que há um limite prudencial, mas, tão somente, demonstrar que há valores supremos a serem tutelados de forma mais incisiva pelo Estado-juiz.

Entretanto, o limitado repasse de recursos públicos ao setor da saúde, somado ao crescimento exarcebado da população, tem se mostrado um fator negativo a ponto de comprometer a atividade a ser prestada pelo poder público.

A teoria da reserva do possível tem sido suscitada indiscriminadamente pelo poder público, o qual fazendo uso dessa fundamentação busca se esquivar da implementação dos direitos fundamentais. Entretanto, vale salientar que não existe ainda critérios objetivos para delimitá-la, tornando o instituto aberto a interpretações.

As divergências doutrinárias e a dificuldade em se delimitar o que afetaria ou não direitos individuais na sua vertente de interesses políticos reconhecidos e tutelados por lei, terminou por contribuir para que o poder judiciário viesse a adotar uma nova postura, passando a ser provocado a dirimir conflitos provenientes do âmbito do legislativo.

A partir das inovações trazidas pela CRFB, o judiciário ganhou destaque e reconhecimento na doutrina como um poder político, o qual passou a exercer papel de protagonista na busca pela concretização dos direitos básicos do cidadão, como o da saúde, atenuando o velho dogma de que apenas os poderes diretamente eleitos pelo povo que seriam compatíveis com a democracia, emergindo a partir de então a politização do judiciário.

Sendo assim, diante do presente estudo, apesar da existência de respeitável doutrina que possibilite vastos estudos e perspectivas para o ativismo judicial frente à saúde pública, conclui-se que, enquanto ainda há falhas na regulação da saúde pública do Brasil e dos problemas de gestão, manifestados pelas deficiências na implementação de políticas públicas existentes, acabam por exigir que o Poder Judiciário continue a desempenhar um papel de efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARIONE, Samantha Ferreira; GANDINI João Agnaldo Donizeti; SOUZA, André Evangelista de. **Direito à vida e à saúde: Impactos Orçamentário e Judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

BARBOSA, Rui. **O estado de sítio**. Rio de Janeiro, 1892, p. 162.

BOTELHO, Marcos César. **O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado: Considerações à Luz do Klaus Günther**. Revista da AGU. Ano VIII nº 20. P. 286-304. Brasília-DF, abr./jun.2009.

BULOS, Uadi Lammego. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BRASIL, **Lei 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 22/11/2011.

BRASIL, **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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em 22/11/2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 15ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

GOUVÊA, Marcos Maselli, **O controle judicial das omissões administrativas**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. In: Emerson Garcia (coord), **A efetividade dos direitos sociais**, 2004, p. 213.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Comentários à Lei Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 46, Ed. Revista do Tribunais, p. 43-71, abril/junho 2011.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. 2ª Ed. Porto Alegre, 2007.

RIANI, Flávio. **Economia do setor público: uma abordagem introdutória**. 4ª Ed. Minas Gerais: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.38.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOARES, Denise Vargas. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na constituição**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VADE MECUM SARAIVA, 9 ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.