

LUANA CAVALCANTE VILASBOAS¹

¹ Graduada em Direito pela UNIFACS- Salvador/Bahia. Oficial de Registro Civil do Estado da Bahia.

*E-mail: luanacvb@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva desenvolver uma reflexão teórica acerca da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. Primeiro, faremos o cotejo do direito à saúde como parte fundamental do direito à vida. Em seguida, será feita uma contextualização do direito à saúde dentre os direitos fundamentais e abordada a sua importante alocação na Constituição Federal de 1988. Tratado como direito de segunda geração, ou direito social, o direito à saúde está situado dentre aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado para que seja efetivamente concretizado. De outro lado, será exposta a realidade fática que muitas vezes torna inefetiva a garantia deste direito. Por tal razão, conforme demonstraremos, faz-se necessária a atuação do Poder judiciário, seja através de demandas propostas pelo Ministério Público dos diversos estados do país, seja pelo próprio cidadão brasileiro, para solucionar questões que nos demonstram um desajuste na separação e no cumprimento de função dos três poderes, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Palavras-chave: Direito à saúde, Políticas públicas, Inefetividade, Judiciário.

A JUDICIALIZAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 196 dispõe que:

“Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Assim, a necessidade de uma atuação positiva do Poder Judiciário para concretizar efetivamente o que dispõe a Carta Magna, seja a partir de uma demanda do Ministério Público ou de qualquer cidadão, acaba por gerar diversos questionamentos, dentre os quais se destaca: qual o limite de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas?

É certo que se trata de uma questão de difícil elucidação. De um lado, proliferam decisões que condenam a Administração Pública ao custeio de medicamentos, tratamentos cirúrgicos. Do outro, ao atuarem em áreas afetas a critérios essencialmente técnicos do Poder Executivo, referidas decisões geram gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Diante da provocação do Poder Judiciário, pelos cidadãos e pelo Ministério Público, cumpre investigar a interferência deste Poder na efetividade do direito à saúde. Inicialmente, procedendo-se à definição do significado da judicialização, em seguida a exposição dos argumentos contrários à atuação do Poder Judiciário e, por fim, procedendo-se ao reconhecimento desta como sendo a principal forma de implementação do direito à saúde no cenário atual.

2. DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O Direito a saúde é classificado como direito fundamental de segunda geração, que são aqueles que exigem um comportamento positivo do Estado. De acordo com os ensinamentos de Paulo Bonavides:

“[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.” (BONAVIDES, 2004)

A primeira Constituição brasileira a enunciar uma ordem econômica e social foi a Constituição de 1934. Todavia, apenas com a Constituição Federal de 1988 os direitos sociais foram elevados ao patamar de direitos fundamentais da pessoa, inseridos no título II e, adquiriram a condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º, CRFB).

Note que o reconhecimento dos direitos sociais pela Constituição Federal de 1988 atendeu aos anseios da sociedade da época, marcada, sobretudo, por desigualdades, de nível social e regional, de modo a estabelecer como seu núcleo o homem, com vista a reduzir essas desigualdades, inclusive no acesso à saúde.

A referida Carta Magna em seu artigo 6º previu a existência de alguns direitos sociais: direito a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Assim, em linhas gerais, os direitos sociais, enquanto conquistas decorrentes de movimentos sociais frente aos efeitos nefastos provocados pela Revolução Industrial e, agravados pela ocorrência das Guerras Mundiais tutelam bens e interesses voltados à realização da justiça social, a qual inclui o direito social à saúde, objeto do presente estudo a ser analisado em seguida

2.1.1 Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988

A redemocratização intensificou o debate acerca da universalização dos serviços públicos de saúde, cujo auge deu-se a partir da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 196, passou a prever o compromisso estatal para com a universalidade de acesso, instituindo que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Assim, a partir da Carta Magna, a prestação do serviço público de saúde não ficou adstrita aos trabalhadores inseridos no mercado de trabalho formal, mas sim a todos.

O direito à saúde, além de se qualificar como direito fundamental e possuir como objetivo a garantia de uma vida digna a todos, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, vez que a falta de saúde pode ser responsável direta pelo fim da vida de uma pessoa ou, ao menos, comprometer a plenitude desta. Não existe vida digna sem direito à saúde.

Com o objetivo de assegurar o direito à saúde, a Constituição fixou quatro pontos de extrema relevância no tocante à área da saúde: 1) prestação do serviço de saneamento básico (arts. 23, IX, 198, II, e 200, IV); 2) atendimento materno-infantil (art. 227, I); 3) ações de medicina preventiva (art. 198, II); e, 4) ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II).

Há de ressaltar ainda a contribuição significativa prestada à sociedade por intermédio da Assembleia Constituinte de 1986 que criou o Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS gradualmente foi desenhado a partir de 1983, quando a União por intermédio de convênios começou a repassar algumas de suas atribuições para alguns Estados e Municípios.

O Sistema Único de Saúde (SUS), integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e saúde, para fins da Lei nº 8.080/90, foi concebido como conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração pública direta e indireta e das fundações mantidas

pelo Poder Público, admitindo-se a participação suplementar da iniciativa privada. São princípios que norteiam o Sistema único de Saúde: princípio da descentralização, princípio do atendimento integral, o princípio da integralidade da assistência, o princípio da participação da comunidade, além dos princípios do acesso universal e da igualdade de assistência.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 195 e 198, trata do financiamento do SUS. Esclarece que o custeio advém de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Do ponto de vista federativo, todos os Entes Políticos são competentes para legislar sobre proteção e a defesa da saúde (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). Cabe a União estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, §2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II).

No que tange às competências administrativas, que é aquela que trata da possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum a União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Dessa forma, todos os entes federativos têm competência legislativa e administrativa no que concerne a efetivação do direito à saúde o que, por sua vez, impõe que haja a cooperação entre eles.

Assim, visualiza-se que a concretização e a própria definição do direito à saúde perpassam pelo esforço em conjunto do Estado, enquanto Administração, do Legislativo, do Judiciário e da própria sociedade.

3. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 ao prever os direitos sociais, expressou o compromisso brasileiro com a adoção de políticas públicas nas áreas de assistência, previdência, educação, trabalho, saúde etc. No caso da saúde esse comprometimento estatal fica claro nas disposições dos artigos 6 e 196.

Acontece que, após quase duas décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos dos direitos nela constantes não foram concretizados, o que culminou com um aumento no volume de demandas judiciais, uma vez que os cidadãos passaram a provocar o judiciário visualizar no Poder Judiciário um meio de realização da Justiça, ou melhor, de implementação de seus direitos.

Após ser demandado, o Poder Judiciário, vem a seu modo, suprimindo a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo quanto à garantia do direito a saúde. Assim, diante da incapacidade do Estado em universalizar o acesso a saúde, o Poder Judiciário é chamado para se pronunciar, o que, na prática, corresponde a elaboração de políticas públicas na área de saúde. E, como visto acima, o maior provocador do Judiciário e em defesa dos direitos da sociedade é o Ministério Público.

Nas suas decisões, o Poder Judiciário acaba por interferir diretamente na formulação das políticas públicas, de modo a alterar as escolhas realizadas durante o processo de elaboração delas. Ademais, em inúmeros casos, as decisões judiciais estendem automaticamente a tutela jurisdicional àqueles que, embora não figuraram na relação processual, se encontram na mesma situação fática dos autores da demanda.

A atuação do Judiciário implica na redefinição de todo o processo de elaboração da política pública. Invariavelmente, a alteração realizada na formulação da política, obliquamente, compromete a sua execução e avaliação.

Diante do presente contexto, a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito a saúde, após a sua provocação, passa a ser questionada, sendo objeto de severas críticas.

3.1 A interferência do Poder Judiciário na efetividade do Direito à Saúde

Ao ser demandado no tocante a efetivação de direitos, especificamente no tocante ao direito à saúde, o Poder Judiciário emite uma decisão e, dessa forma, passa a atuar em espaços tipicamente atribuídos ao Poder Legislativo e Executivo.

A atuação do Poder Judiciário é objeto de inúmeras objeções. No entanto, nenhuma delas é capaz de impedir a atuação do mesmo. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, no caráter programático do direito social envolvido, na necessidade de previsão orçamentária para implantação das políticas públicas, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

3.1.1 Legitimidade Democrática

A primeira crítica que se faz ao controle jurisdicional das políticas públicas é no que se refere a ausência de legitimidade dos Juízes em sobrepor suas decisões às escolhas políticas.

A elaboração de políticas públicas é feita em conjunto pelo Poder Legislativo e do Poder Executivo, que estabelecem as linhas gerais das políticas e a implantação dos programas. Tais órgãos são eleitos pelo voto popular e, dessa forma, o processo de elaboração das políticas públicas representa a vontade da maioria. Assim, a interferência realizada pelo Judiciário implicaria a supressão da vontade do povo.

Contudo, é necessário esclarecer que a legitimidade do Judiciário no controle da atuação do Executivo e do Legislativo, no âmbito das políticas públicas atinentes a saúde, encontra-se amparada na própria Constituição Federal.

O Poder Judiciário é uma garantia para a democracia, de modo a velar pela manutenção do Estado democrático de direito que estabeleceu como um de seus fins, a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, incluindo-se aí o direito à saúde, cuja implantação se perfaz também mediante as políticas públicas.

3.1.2 Norma programática

A segunda crítica que se faz à intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas na área da saúde é quanto a natureza da norma, por tratar-se de norma constitucional programática.

A disposição do *caput* do artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que ela atribuiu aos órgãos estatais, legislativo e Executivo, por intermédio de políticas públicas, a tarefa de efetivação do direito à saúde. Os direitos sociais de cunho prestacional, o que inclui o direito à saúde, costumam ser enquadrados como normas programas ou normas constitucionais programáticas.

São normas programáticas e possuem aplicabilidade imediata. Portanto, a despeito de sua efetivação, através de políticas públicas, ter sido atribuída ao Poder Executivo e Legislativo, situações que dificultem ou impeçam sua aplicabilidade, poderão ser apreciados pelo Poder Judiciário, desde que provocado.

3.1.3 Necessidade de previsão orçamentária

Uma das maiores críticas à atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, por meio de suas decisões, é a limitação orçamentária, uma vez que, tal matéria, é submetida à reserva legal, não possuindo o Judiciário, função legislativa nessa área.

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).

No entanto, conforme estabelece o parágrafo 2º do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, as despesas obrigatórias do Estado, previstas em Lei ou na Constituição não podem ser limitadas, mesmo que extrapolem os limites previstos inicialmente na Lei orçamentária anual. Desta forma, as despesas obrigatórias da saúde não podem ser afetadas por medidas de “corte do orçamento” (APPIO, 2007).

Dessa forma, pode se concluir que inexiste óbice legal à liberação de verbas constantes do orçamento, legitimando o controle jurisdicional das políticas públicas na área de saúde, razão pelo qual, havendo aumento de despesas, caberá ao Poder Executivo apresentar emenda à lei orçamentária junto à Casa Legislativa competente.

Contudo, há um problema de ordem fática, explicitado pela Teoria da Reserva do possível: Os recursos públicos são insuficientes para atender as necessidades sociais.

A efetivação dos direitos sociais, particularmente o direito à saúde, encontra duas limitações, de um lado, de ordem fática, pois os recursos são finitos, ao passo que os interesses são ilimitados (reserva do possível fática). De outro, de ordem jurídica, uma vez que muitas vezes existem recursos financeiros, porém não há previsão orçamentária que os destine a consecução daquelas políticas públicas, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo (reserva do possível jurídica).

Paralelo a essa limitação financeira, preconizada pela Teoria da Reserva do possível, figura-se a construção do denominado “Mínimo existencial”. O mínimo existencial fundamenta-se não apenas no mínimo para sobrevivência física, mas sim, na garantia de uma existência que possibilite a fruição dos direitos fundamentais, uma existência digna. A quantificação do mínimo existencial depende de uma série de fatores, variando conforme tempo, lugar, esfera econômica e financeira, expectativas e necessidades.

Dessa forma, obstaculizar a efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário é denegar a garantia a uma existência digna, afinal sem saúde, sequer existe vida.

3.1.4 Politização da Justiça

Uma das finalidades do Estado democrático de direito é a realização concreta dos direitos fundamentais. Ocorre que o mecanismo de efetivação concreta de um direito fundamental é uma opção política.

Dessa forma, o controle judicial das políticas públicas, particularmente, no âmbito da saúde, implica na interferência das escolhas políticas. A atuação dos juízes em sua interação com o sistema político no plano das ações jurisdicionais busca a solução mais correta.

No entanto, não há o que se falar em Política de Direitos, frente a uma interferência dos Juízes sobre políticas governamentais, desde que se tenha em vista que o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento de justiça e da realização da dignidade da pessoa humana.

3.1.5 Capacidade Institucional do judiciário

A última crítica que se apresenta ao controle jurisdicional das políticas públicas concernentes ao direito a saúde, é acerca da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Em razão da complexidade do tema, por envolver aspectos técnicos ou científicos, as manifestações do Legislativo ou do Executivo mostram-se mais qualificadas, vez que possuem as informações e o conhecimento técnico pertinente, não cabendo a intervenção do Judiciário.

Nesse diapasão, a atuação do Judiciário na elaboração de políticas públicas atinentes ao direito de saúde é questionada.

4. CONCLUSÃO

Segundo dispõe a Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. E, conforme prevê, esse direito é garantido através de políticas públicas visando reduzir os riscos de doenças, bem como garantir o acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

A Carta Magna, de um lado, universalizou o acesso à saúde, do outro lado, asseverou que sua garantia perpassa pelo comprometimento do Estado, por meio do Poder Legislativo e da Administração Pública, sendo estes os responsáveis pela elaboração das políticas públicas em ordem a tornar efetivo o direito à saúde.

Não obstante a previsão constitucional, o direito social à saúde não fora integralmente efetivado. A partir disso, o Poder Judiciário é introduzido ao palco dos conflitos, diante da necessidade de concretização da vontade constitucional.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário, ao suprir indigitada inação dos demais Poderes em elaborar políticas públicas de saúde acaba por interferir diretamente elegendo prioridades, sem estudos técnicos ou mesmo previsão orçamentária.

No entanto, a judicialização é indispensável, pois é o único remédio contra más administrações que não investem em saúde, não implementam políticas públicas eficientes ou mesmo contra desvios do dinheiro da saúde.

Em suma, o fenômeno da judicialização do direito à saúde é um problema que não será resolvido a curto prazo. No entanto, imprescindível se mostra a atuação do Poder Judiciário, após a provocação da sociedade, principalmente do Ministério Público, afinal distante mostra-se a concretização da vontade constitucional que é de oferecer um serviço de saúde de qualidade a todos, indistintamente, e, assim, uma vida digna.

REFERÊNCIAS

1. APPIO, E. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá Editora, 2007.
2. BOBBIO, N. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
3. BONAVIDES, P. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2000.
4. COMPARATO, FK. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
5. CUNHA JR, D. Controle judicial das omissões do Poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora a luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
6. LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.
7. MIRANDA, J. Manual de Direito Constitucional Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.