

O DIREITO À SAÚDE

ANALISADO À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL

RESUMO: Tendo em vista o cenário caótico da saúde pública no Brasil, a presente pesquisa traz reflexões acerca da problemática no tocante a má prestação do serviço público de saúde no Brasil, que se dá pela falta de prioridade da destinação dos recursos públicos. O direito à saúde é corolário ao direito à vida, logo, a violação a esse direito retira do ser humano o mínimo que precisa para uma vida digna. Nesse contexto, o objetivo geral da pesquisa é analisar a atuação do Estado na questão da reserva do possível, pois diante das inúmeras ações judiciais, o Poder Público alega falta de recursos financeiros para esquivar-se de concretizar o direito à saúde, não sendo, portanto, demonstrado a comprovação da máxima utilização dos recursos. O presente artigo, teórico e empírico, busca junto à doutrina e jurisprudências, a coleta de dados que apontam as inefetividades relacionadas à saúde pública pelo Poder Público e aborda de forma crítica a inexecução dos serviços públicos de saúde, concluindo-se que ao Estado cabe a busca da máxima efetivação do direito à saúde aos que necessitam, cabendo ao Judiciário concretizar ao menos o núcleo do mínimo existencial que se funda na dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Saúde. Reserva do Possível. Judicialização. Dignidade da Pessoa Humana. Máxima efetivação.

ABSTRACT: In view of the chaotic scenario of public health in Brazil, the present research reflects on the problematic of the poor provision of the public health service in Brazil, which is due to the lack of priority of the allocation of public resources. The right to health is a corollary to the right to life, so the violation of this right removes from the human being the minimum that he needs for a dignified life. In this context, the general objective of the research is to analyze the State's performance in the matter of the reserve of the possible, because in the face of numerous legal actions, the Government alleges lack of financial resources to avoid realizing the right to health, therefore, demonstrated the maximum use of resources. The present article, theoretical and empirical, seeks together with doctrine and jurisprudence, the collection of data that point out ineffectiveness related to public health by the Public Power and critically addresses the failure of public health services, concluding that the State is responsible the search for maximum effectiveness of the right to health to those who need it, and it is up to the Judiciary to concretize at least the core of the existential minimum that is based on the dignity of the human person.

Keywords: Health. Reserva do Possível. Judiciary. Dignity of human person. Maximum effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo teórico e empírico aborda o tema: Direito à saúde Analisado à luz da reserva do possível. Uma questão que vem sendo tratada em constantes julgados brasileiros e enfrentada por grande parte da população que necessita dos serviços públicos de saúde.

A saúde é o bem maior que possui o ser humano, sendo corolário ao direito à vida, dessa forma, a Constituição Federal expressamente elencou como “dever do Estado e direito de todos”. No entanto, por se tratar de um direito prestacional, necessita da atuação positiva do Estado, caso contrário não passará de uma letra morta de lei.

O presente artigo abordará também a maior política pública de saúde existente, de caráter universal e igualitário, o Sistema Único de Saúde, dispondo suas principais

características e seus princípios.

Em um breve estudo comparado entre o direito brasileiro e o direito alemão, é possível observar que se torna perigoso trazer a realidade de um país como a Alemanha, em que os direitos são efetivados para um país como o Brasil, onde prevalecem as desigualdades sociais e econômicas.

A reserva do possível origina-se do direito alemão, no entanto, no Brasil, a utilização da reserva do possível vem sendo utilizada como barreira ao cumprimento do direito social fundamental à saúde.

A atuação do Judiciário torna-se importantíssima para a concretização de, pelo menos,

o mínimo existencial, que se configura mediante um conjunto básico de condições de dignidade da pessoa humana, conforme proclama a Lei Maior.

A justificativa da pesquisa é trazer questionamentos como forma de contribuir para um Sistema Público de Saúde que atenda a todos para evitar que vidas continuem sendo ceifadas pela ineficiência do Estado.

Inicialmente, para a realização deste trabalho, buscou-se junto à doutrina e jurisprudências, a coleta de dados que apontam as inefetividades relacionadas à saúde pública pelo Poder Público.

2 A SAÚDE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A saúde compreende um conjunto de fatores, físicos e psicológicos. O preâmbulo da Carta da Organização Mundial da Saúde, dispõe que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doenças ou de enfermidade”(BRASIL, OMS). No mesmo sentido preceitua Dalmo de Abreu Dallari (2004, p.73):

O direito à saúde é um dos fundamentos da pessoa humana e como tal é assegurado na Constituição brasileira. É importante assinalar que o direito à saúde é muito mais amplo do que a assistência médica, significando “o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social” devendo ser assegurado com essa extensão.

Como bem conceituado, não apenas ausência de doenças ou enfermidades caracterizam a saúde, sendo esta mais abrangente, pois se dá mediante um completo bem-estar, físico, mental e “social”. O presente trabalho aborda de maneira mais ampla o aspecto “social” pois como será mostrado em tópico específico, a saúde compreende também um direito subjetivo.

Em um estudo bibliográfico, no tocante à saúde, observa-se suas evoluções, vez que à saúde era tida apenas como um Dever do Estado, que limitava a “proteção” apenas para coibir épocas de propagação de surtos e epidemias existentes.

Não havia assistência a todos, a situação era precária, os governos inertes frente às necessidades dos indivíduos, o atendimento cobria apenas uma minoria que estivesse dentro

de certos requisitos.

Um dos requisitos para ingresso à saúde na década de 1930 era possuir vínculo formal de trabalho com empresa pública ou privada, por meio do CAPS, Caixas de Aposentadorias e Pensões, que abrangia os socorros médicos. Logo mais sob influência do governo Vargas houve a criação do MESP, Ministério da Educação e da Saúde Pública, ampliando o atendimento à saúde aos demais que não estivessem acolhidos pelo CAPS, ou seja, os desempregados, trabalhadores informais e os pobres. (SANTOS, 2016, p. 69-70).

O atendimento era minoritário e dualista, não havia um sistema considerando a saúde pública universal, igualitário, havia uma predominância de atendimento considerando apenas a situação econômico financeira dos indivíduos.

Houve um grande marco de redemocratização da saúde na denominada 8^o Conferência Nacional de Saúde, no ano de 1986, tendo a forte participação de integrantes do movimento sanitário. O documento foi importante até mesmo para a incorporação do direito social à saúde positivado na Constituição Federal atual (1988), pois observa-se a mesma essência em ambos os documentos. (CONASS, 2011, p. 22).

O movimento sanitário foi importante na elaboração e luta pelo direito à saúde, incentivou discussões e tomou frente para a melhoria de políticas de saúde nacional. Um documento elaborado pelos reformistas sanitários de denominação ‘Pelo direito universal à saúde’, tentava expor a necessidade do Estado de implementar assistência à saúde da população, mostrando a assistência médico sanitária como direito do cidadão e dever do Estado. (FILHO, 2008, p. 63).

Os reformistas do Movimento Sanitário buscavam a implementação por parte do Estado do princípio da universalidade, que teve repercussão na Assembléia Constituinte, instituindo assim, na Constituição de 1988 o princípio da universalidade do atendimento à saúde dentre outros avanços conquistados. (FILHO, 2008, p. 63).

A saúde engloba uma série de fatores, não apenas biológicos. A tomada de decisão política é que define a organização de um estado influenciando a vida de todos que o compõe, seja na saúde ou outro ramo social ou jurídico.

2.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O sistema único de saúde, expressamente positivado na Constituição Federal e regulamentado pela lei orgânica 8.080/1990, compreende a maior política pública de saúde de caráter universal, contemplando expressamente uma série de direitos e deveres. Representa uma justiça redistributiva, pois não faz distinções entre usuários para sua utilização, devendo acolher todas as pessoas que necessitarem de atendimento.

O sistema único de saúde, analisado em sua integralidade, mostra-se como sendo uma clara política pública que busca romper com as desigualdades sociais, tornando iguais as condições de acesso de cada usuário, embora o Dever Ser seja diferente, pois como será apresentado mais adiante nesta pesquisa, a concretização do direito encontra-se distante do prolatado na letra da lei.

Como dito acima, o SUS é uma política pública, como bem conceitua a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (on line,2015) ao afirmar que políticas públicas são “metas e instrumentos de ação que o Poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger”.

Ou seja, quando se refere ao termo ‘instrumentos’ quer dizer algo que será utilizado para a concretização de determinado fim, no caso do SUS o Poder público deverá utilizá-lo como um instrumento para a concretização do direito à saúde dos usuários que necessitarem ingressar ao sistema público de saúde.

Antes da década de 90, momento em que não existia o SUS, o acesso ao atendimento de saúde contemplava apenas minorias, no entanto, em um país como o Brasil, de enormes desigualdades sociais e econômicas, a prevalência de um sistema de saúde privado alcança apenas uma parcela pequena de pessoas, privando outras, inclusive aquelas que não possuem condições financeiras.

Dessa forma, deve-se destacar:

O Sistema único de Saúde, criado no Brasil em 1988 com a promulgação da nova Constituição Federal, tornou o acesso à saúde direito de todo cidadão. Até então, o modelo de atendimento dividia os brasileiros em três categorias: os que podiam pagar por serviços de saúde privados, os que tinham direito à saúde pública por serem segurados pela previdência social (trabalhadores com carteira assinada) e os que não possuíam direito algum. Com a implantação do sistema, o número de beneficiados passou de 30 milhões de pessoas para 190 milhões. Atualmente, 80% desse total dependem exclusivamente do SUS para ter acesso aos serviços de saúde. (BRASIL, Portal SUS, 2009).

Conforme apresentado, percebe-se que o princípio da universalidade, que abrange o acesso à saúde a todos, sem qualquer distinção, tornou-se um símbolo da saúde pública no Brasil, pois diante do exposto, o número de pessoas “beneficiadas” saltou significativamente, de 30 milhões para 190 milhões, o que se percebe a dependência do serviço público de saúde a esses 190 milhões de pessoas, devendo o Estado, por meio de políticas sociais e econômicas efetivar e fiscalizar os serviços de saúde, para que todos os dependentes dos serviços públicos possam usufruir, conforme suas necessidades.

A lei 8.080/1990, que regula as ações e serviços de saúde, ou seja, a legislação do Sistema único de Saúde, elenca em seu artigo 7º o rol de princípios que norteiam o ordenamento jurídico e devem ser obedecidos, alguns, a saber:

- I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II– integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III– preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V– direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde. (BRASIL, 8080/1990).

Como dito acima, os princípios do Sistema Único de Saúde o tornam uma política

pública de caráter assistencialista, solidária, baseadas na igualdade, pois não há distinções entre usuários que precisam da saúde pública, sendo um dever do Estado garantir a concretização, não significa dizer que o fato da política existir já basta e que seja o suficiente para retirar do Estado o seu dever, é preciso efetivar, fiscalizar, controlar.

O Sistema Único de saúde, é a maior política pública existente, que visa cobertura de caráter universal, rompendo, portanto, com a discriminação que existia antes de sua existência, em que o acesso aos serviços de saúde só caberia aos que possuísse vínculo formal de emprego.

“Foi na 8ª Conferência Nacional da Saúde que se aprovou a criação de um Sistema Único de Saúde que se constituísse um novo arcabouço institucional, com a separação total da saúde em relação à previdência” (BASIL, CONASS, 2011). O que tornava o acesso a apenas uma minoria favorecida da população, porém, é uma política pública em construção, que requer ainda, muito trabalho a ser feito para a sua devida efetivação, sendo importante sempre o controle social. (SANTOS,2016, p. 76-77).

Os objetivos elencados pelo Sistema Único de Saúde, bem como a esse respeito, devem ser alcançados por parte da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, assim é o que determina a Constituição Federal, ao instituir a competência solidária aos três entes da federação. Configurando, pois obrigação de todos os entes.

Reforçando o entendimento, na Audiência Pública da Saúde, foi bem enfatizada a responsabilidade dos entes da federação, ratificando, pois, a obrigação solidária.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

3.1 OBSERVAÇÕES IMPORTANTES

Quando se fala em cumprimento de direitos, especificamente o direito social fundamental à saúde, obviamente se faz necessária a afirmação de que, para que o Estado cumpra deveres impostos a ele pela Constituição Federal é preciso a disponibilidade de recursos materiais e financeiros.

Sem dinheiro, os direitos que por sua essência necessitam de prestações positivas, como o rol de direitos sociais, tornam-se impossíveis a concretização, logo, esses direitos não sairão do papel.

A denominada reserva do possível nada mais é do que uma limitação orçamentária, em que será utilizado apenas o financeiramente possível para implementação dos direitos.

É bem verdade que as necessidades humanas são infinitas e a reserva do possível em sua essência se caracteriza pela limitação dos recursos, logo, passa a existir o binômio necessidade versus possibilidade.

É uma questão bastante polêmica, com vasto dissenso na doutrina e pelos operadores do direito, principalmente no âmbito do direito financeiro.

3.2 ORIGEM E CONSTRUÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

A reserva do possível possui nascença alemã, desta forma:

O postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. No conhecido caso **Numerus Clausus das Vagas em Universidades**, o TCF entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o Poder Público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis. (grifo do autor). (MARMELSTEIN, 2016, p. 328).

O referido caso que deu ensejo à teoria da reserva do possível, teve início após alguns estudantes não conseguirem ingressar na faculdade de medicina, pelo fato das vagas já terem sido esgotadas, como ocorre em todas as faculdades, há uma limitação de alunos em cada curso a depender da estrutura da faculdade e outros critérios.

No entanto após preenchidas todas as vagas, os alunos que não conseguiram ingressar acionaram a Justiça, e em decisão, a Corte negou o pedido mas determinou que fosse demonstrado se realmente o limite de vagas era o máximo possível. (OLSEN 2008, p. 223).

A Corte alemã fundamentou com excelência a sua decisão, pois, não apenas negou o pedido mas determinou que o Estado provasse que aquela quantidade de vagas era realmente a máxima possível.

Dessa forma surgiu a teoria da reserva do possível, dispondo que os direitos só serão efetivados no que for financeiramente possível.

No entanto, a teoria vem sendo construída no Brasil, e o que está ocorrendo, é uma descaracterização da reserva do possível, sendo utilizada como mera alegação do Poder Público, para esquivar-se de cumprir seus deveres constitucionais. É um argumento para justificar o injustificável.

A reserva do possível deveria ser um instrumento à máxima efetivação dos direitos no Brasil, ou seja, o Poder Público deveria ‘efetivamente’ utilizar o financeiramente possível destinado à saúde para atender as necessidades dos que necessitam já que o sistema de saúde pública possui situação calamitosa, e já que os recursos de fato são limitados. Entretanto:

Não é o que se verifica nos julgados que tratam da reserva do possível no Brasil. A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. (OLSEN 2008, p. 223).

Conforme citação acima, no Brasil, o Poder Público não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir mandamentos constitucionais, melhor dizendo, o Poder que deveria representar o povo que o elege por meio do voto, representa muito bem seus próprios interesses, há uma desvirtuação da essência da política, que em tese, deveria representar o povo, no mínimo por meio da execução de serviços públicos de qualidade.

A forma como a reserva do possível vem sendo utilizada no Brasil, no tocante ao direito social fundamental à saúde é uma resposta às ações judiciais com o objetivo de negar o direito à saúde.

Como na decisão da Corte alemã em que o Estado determinou que fosse provado se efetivamente as vagas na universidade haviam sido esgotadas, no Brasil o que vêm ocorrendo são apenas alegações de indisponibilidade financeira sem a devida comprovação do Estado na destinação dos recursos, ou na máxima utilização dos recursos para a área da saúde pública.

A esse respeito, registre-se:

O que se verifica no contexto brasileiro não é a escassez de recursos, como já referenciado, mas sim, a ausência de priorização e de destinação de maior quantidade possível de recursos para o adimplemento dos direitos fundamentais sociais. Ausentes tais circunstâncias, não há como conceber válida e legítima essa argumentação estatal que pretende, senão, justificar sua omissão inconstitucional. (DANTAS, 2016, p. 37).

O que se verifica é que o Estado utiliza a reserva do possível para não cumprir mandamento constitucional. Com o objetivo de proteger o direito à saúde, as pessoas recorrem ao Judiciário, Órgão que possui mais credibilidade perante os cidadãos, e as críticas crescem demasiadamente no tocante ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que cumpra o seu dever, ou comprove a escassez de recursos por meio da máxima efetividade, alegando que fez todo possível e que por esse motivo não há recursos para o caso concreto.

Válido se faz a citação de um trecho do julgado do Min. Celso de Mello, na seguinte decisão:

A cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, STF. ADPF nº45 DF., Rel. Min. Celso de Mello, 29-04-2004).

Conforme palavras do Min. Celso de Mello, No trecho do julgado, o Estado vêm aniquilando direitos. Imperdoável se faz a aniquilação do direito à saúde, pois a classe da sociedade Brasileira que não possui condições financeiras, mas que contribui com o Estado por meio dos seus impostos, quando necessita do Sistema Único de Saúde se vê em condição indigna, desumana, sem falar na quantidade de pessoas que perderam sua vida por falta de prestação nos serviços públicos de saúde.

Os direitos sociais existem por necessidade de um país como o Brasil, onde prevalece a desigualdade social e econômica, onde uma grande parcela da população sequer possui assegurada o mínimo existencial. Por esse motivo, a Constituição prevê um rol de direitos sociais, com o objetivo de garantir a igualdade, para que camada da população não seja excluída pela sua condição social e econômica.

Data vênha a corrente que traz o pensamento que de o Estado não possui condições financeiras a cumprir o que determina a Constituição no tocante ao direito social à saúde, e de uma forma ou de outra querem trazer postulados da Alemanha para serem aplicados no Brasil,

importa destacar a importância do Direito Comparado, mas a questão é, a realidade dos dois países (Alemanha e Brasil) são completamente distintas, na Alemanha a busca é pela concretização dos direitos fundamentais, algo que no Brasil se distancia, pois aqui os gestores políticos não caminham a favor do seu povo.

Dessa forma, dispõe:

[...] nota-se que a referida teoria, de origem germânica, foi incorporada ao Ordenamento jurídico brasileiro sem considerar as peculiaridades sociais e jurídicas que cada um desses países possui. Assim um país de primeiro mundo, desenvolvido, onde a legislação e os direitos sociais se materializam na sociedade, como é o caso da Alemanha, com a realidade sociopolítica e econômica inteiramente distinta do Brasil. Trata-se de uma flagrante falha hermenêutico-jurídica. (DANTAS, 2016, p. 33).

No Brasil, o Poder Público, descaracteriza a essência da reserva do possível com o intuito de restringir a aplicabilidade do direito social¹.

Percebe-se, no Brasil, que o Órgão Político eleito pelo povo, por meio do voto, não governa para o povo, mas representa seus próprios interesses. A reserva do possível é alegada como resposta nas ações judiciais, mas não corresponde à realidade, que, aliás, esta corresponde a falta de compromisso e principalmente de priorização em gerir recursos públicos destinados à saúde, deixando inúmeras pessoas a pagar o preço pela ineficiência do Órgão Político.

Dessa forma, importante análise se faz acerca do processo de número 0101509-70.2013.8.20.0103, demandado por uma senhora para a realização de determinada cirurgia, em tratamento de um câncer, aqui no Estado do Rio Grande do Norte. O Juiz, Marcus Vinicius Pereira Junior, proferiu decisão, muito bem fundamentada, onde suspendeu a propaganda institucional do Estado, com o fundamento de que o Estado estava sendo omissivo no tocante às garantias do direito à saúde, e o hospital localizado em Currais Novos necessitava de manutenção para atender a todos. Enquanto as demandas cresciam no tocante à saúde, o Estado gastava valores exorbitantes com propagandas institucionais. Conforme consta em processo judicial já transitado em julgado, cumpre demonstrar parte do processo no tocante aos valores gastos.

Currais Novos, apresentou demonstrativo informando que nos últimos 12 (doze) meses prestou serviços para o Estado do RN em valores de R\$ 22.425,00 (vinte e dois mil quatrocentos e vinte e cinco reais);

A INTER TV (Televisão Cabugi Ltda.) empresa de telecomunicações sediada em Natal, apresentou demonstrativo informando que nos últimos 12 (doze) meses prestou serviços para o ESTADO DO RN em valores de R\$ 3.343.167,40 (três

¹Consideramos que a reserva do possível não pode ser utilizada no ordenamento brasileiro como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais pelas seguintes razões. Primeiro. O “possível” não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. Uma reflexão simples mostra que o Estado pode utilizar um amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação. Indicamos a reorganização das prioridades orçamentárias[...] Segundo. O Judiciário só pode declarar inconstitucionais as opções as opções orçamentárias a as políticas públicas dos demais Poderes se houver critério para tanto. O critério racional consiste na verificação do correto estabelecimento de prioridades (distribuição de recursos) pelos demais Poderes. Terceiro. A impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.93-94.

milhões trezentos e quarenta e três mil, cento e sessenta e sete reais e quarenta centavos) (grifo nosso). (BRASIL, TJRN., Processo nº 0101509-70.2013.8.20.0103).

Dessa forma, pode-se observar que o problema não gira em torno da falta de recursos financeiros, mas sim, prioridade nos gastos para atender aos anseios das pessoas que necessitam dos serviços públicos de saúde. Na ação que foi proposta o mérito não se dava a respeito da legalidade ou ilegalidade dos recursos mas uma medida para forçar o Estado a cumprir o direito fundamental à saúde.²

Trazendo um trecho do livro do Economista Amartya Sen, ele dispõe dispõe:

[...] o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo. (SEN, 2000, p.29).

Comparando o entendimento de Amartya Sen, entende-se que um país desenvolvido, rico, é aquele país que investe em áreas sociais, desta forma se constatará um grande desenvolvimento de todos, cada um com a sua liberdade para usufruir de uma vida digna.

4 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

4.1 CONCEITO E IMPORTÂNCIA

Judicializar significa submeter ações ao Poder Judiciário para a proteção de um direito violado. No rol dos direitos e garantias fundamentais positivados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 especificamente no inciso XXXV preceitua, in verbis: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988). Desta forma, conforme dispõe a Constituição, nenhum direito lesado poderá ser barrado da análise do Poder Judiciário.

No regime absolutista em que predominava a decisão do monarca (rei), ele detinha o poder de legislar, executar e fiscalizar os atos, logicamente era nítida a presença de um poder arbitrário, pois o poder era centralizado nas mãos de uma pessoa, que podia até mesmo criar uma lei contra o povo e benéfica para si, pois ele mesmo quem detinha o poder de fiscalizar, apreciar, mostrando o que ele (rei) decidisse estava decidido, não havia um instrumento judicial para ser apreciado em outra esfera.

Após muitas arbitrariedades cometidas veio um grande avanço, com a separação dos poderes, de Montesquieu, que teve sua criação com a finalidade de evitar o despotismo e como forma de limitação dos poderes, retirando o poder das mãos de um e instituindo nas mãos de vários, agora de forma que um poder limita o outro.

² Dados utilizados encontram-se, na íntegra, nos anexos, a partir da página 16.

O que se observa é que com a relativização do princípio da separação dos poderes, no tocante à judicialização do direito social à saúde, o Poder Jurisdicional, os juízes, é quem vêm concretizando o direito violado, e tem sido alvo de constantes críticas pois o dever de executar as leis cabe ao Poder Executivo, porém, os representantes legitimados pelo voto desvia-se dos seus objetivos, deixando inúmeras pessoas desamparadas dos seus direitos.

Dessa forma, a única finalidade do Poder Jurisdicional é de efetivação dos direitos, em especial, o direito social fundamental à saúde, que vai desde a concessão de medicamentos, cirurgias a atendimento ambulatorial.

No entanto, percebe-se que há uma colisão de princípios, pois, de um lado, a invocação do princípio da separação dos poderes sendo alegado que não cabe ao Judiciário intervir na esfera do Poder Executivo (nem mesmo para concretizar o direito fundamental à saúde) e do outro o princípio da dignidade da pessoa humana que foi alvo de violação pelo Poder responsável por concretizar os direitos.

Dessa forma, pode-se resolver por meio do princípio da proporcionalidade-razoabilidade, conforme expõe Luís Roberto Barroso (2013, p. 328):

O princípio da razoabilidade- proporcionalidade trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Nesse contexto, firma-se posicionamento no sentido do Poder Judiciário concretizar o direito social fundamental à saúde, sob pena de vidas serem ceifadas por ineficiência do gestor público.

Importante lembrar o princípio do impulso oficial, em que o Estado-Juiz só se manifesta quando for provocado pelas partes ou por interessados, no entanto é perigoso utilizar-se do argumento de que o Poder Judiciário está sendo intromissivo ao adentrar na esfera do Poder Executivo para cumprir mandamento constitucional quando se analisa e determina concretização do direito social fundamental à saúde, pois cabe ao Poder Judiciário quando provocado apreciar lesão ou ameaça a direito, conforme explicado acima.

Há um aumento de responsabilidade do Poder Judiciário desde o momento em que se observa uma constante provocação dos indivíduos com o intuito de fazer valer os seus direitos, pois se há um inchaço de ações no Judiciário algo não funciona bem nos demais poderes, seja Legislativo ou Executivo, seja questão “orçamentária” ou mesmo uma questão de “incapacidade de gerir recursos públicos”.

Seguindo os ensinamentos de George Marmelstein (2016, p. 327) “[...] conclui-se que o Judiciário somente deve agir quando os demais poderes agirem mal (não agirem quando deveriam agir ou agirem de forma insuficiente e equivocada[...])”.

Necessário se faz, no entanto, observar que existe duas faces no tocante a judicialização, não retirando, mesmo assim, a sua real importância.

Ao apreciar determinada ação judicial, o Estado - Juiz, prolatará uma sentença, que normalmente acolherá uma minoria, pois ao Poder Executivo será incumbido o dever de

concretizar o direito de determinado interessado, e decisão judicial deve ser cumprida, sob pena de sanções previstas em lei.

Por ineficiência do Órgão Executivo, o Judiciário é provocado a agir, ficando com o peso enorme de responsabilidade, pois de um lado um indivíduo, sem condições financeiras ingressa com ação pedindo um leito em hospital para determinada cirurgia e do outro lado o Executivo, responsável por cumprir mandamentos constitucionais, alega meramente falta de recursos para concretizar o direito social fundamental à saúde. A parte frágil da situação é o indivíduo, que está com sua vida em risco, nas mãos de um Juiz, aguardando decisão favorável.

A intervenção jurisdicional quanto aos direitos fundamentais é essencial, tendo em vista que não se estaria invadindo competência de outro Poder, mas apenas reconhecendo que os outros não estão tutelando os interesses do demandante, sendo, portanto, obrigado a recorrer à via jurisdicional. (SCHWARTZ apud MANCUSO, 2001, p. 164).

A outra face que merece observação é no tocante ao ativismo judicial, este ocorre quando o Poder Judiciário passa a intervir nos outros poderes, por ser provocado a apreciar determinada matéria, que passa a figurar como ação Judicial, com a finalidade de proteger o indivíduo que teve seu direito violado, seja por ação ou omissão estatal.

No entanto ao Judiciário não é dado outro caminho para garantir o direito à saúde e finda beneficiando uma minoria em detrimento da maioria no momento em que determina a concessão pelo Estado, por exemplo, de medicamento de alto custo para um paciente.

É possível enxergar um trinômio, de um lado, um paciente que não possui condições financeiras para obter o medicamento e tratar o seu problema de saúde, do outro o Poder Judiciário é provocado para determinar que seja cumprido o direito à saúde, de modo a conceder o medicamento, e de outro lado, a Administração Pública alegando meramente falta de recursos financeiros.

E o direito à vida? A saúde? A dignidade da pessoa humana? Será que esses direitos estão sendo protegidos pelo órgão responsável por executar a lei? Ao menos é possível enxergar uma tentativa da máxima efetividade? A respeito dessas indagações importa analisar algumas jurisprudências, pois nestas será possível enxergar a aplicação da lei ao caso concreto, e os problemas vividos pelas pessoas que necessitam dos serviços públicos de saúde.

4.2 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

Hodiernamente, devido às constantes ineficiências do Poder Executivo em executar as políticas Públicas de saúde, a garantia de, pelo menos o mínimo existencial vêm sendo objetos de apreciação pelo Judiciário.

Cabe ao Judiciário, quando provocado, por lesão ou ameaça a direito, fazer valer os preceitos constitucionais, de forma a sempre avançar, nunca retroceder, para que nenhuma pessoa tenha seu direito adquirido, suprimido.

A Constituição elencou a cada Poder a sua competência bem como seus deveres, no entanto, vêm ocorrendo uma “intervenção” de um Poder na esfera do outro, e a discussão gira em torno de saber se o Judiciário pode determinar o cumprimento de direitos por meios de prestações ao Executivo, ou, cabe ao Judiciário fechar as portas na cara daqueles que o procuram doentes em busca de um remédio?

A esse respeito, registre-se:

Uma das mais intensas discussões dentro do direito constitucional é saber se os direitos fundamentais que emitem comandos prestacionais (deveres de implementação) podem ser efetivados pelo Poder Judiciário sem uma prévia intervenção legislativa. Há, no caso, um conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (que exige do Judiciário uma postura ativa em favor desses direitos) e os princípios da separação de poderes e da democracia representativa (que pressupõe que as decisões políticas sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo e não pelos juízes. (MARMELSTEIN, 2016, p. 321).

Acima de qualquer argumento se faz necessário a afirmação de que o bem maior que todo ser humano possui é a vida, ligado à sua saúde, que como dito logo no início deste trabalho, não significa apenas a ausência de doenças, constituindo um estado de completo bem-estar físico e psíquico. (OMS, 1946).

No momento em que uma pessoa que não possui condições financeiras de custear um serviço privado de saúde procura o serviço público e tem o seu direito negado, (por ineficiência do Poder Público, o que não justifica a negativa do seu direito) é claro verificar que o Poder Público, responsável por efetivar o direito à saúde descumpru um dever constitucional, direito básico de cada ser humano.

No âmbito do Poder de quem elabora as leis, o Legislativo, evidencia-se que a lei existe, em muitos casos a Política Pública também existe, o que permanece no plano de inexistência é a vontade do Poder Executivo em efetivar o direito à saúde a todos que necessitam.

Em um país que a população arca com elevadíssimas cargas tributárias, a contraprestação ainda permanece no sonho de muitos brasileiros. Há doutrinadores que equiparam a ineficiência do direito à saúde a uma pena de morte, com total concordância, inúmeros brasileiros estão em condições indignas nos hospitais, sem contar os que tiveram suas vidas finalizadas, tudo por um desvio da essência de ser da política, pois os governantes deveriam governar para e pelo povo, lamentável não ser essa a realidade de um país com uma Constituição tão fundada na dignidade da pessoa humana e no Estado Social.

Dessa forma, afirma-se:

Cumprir lembrar, mais uma vez, que denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como dói acontecer – por se equiparar a aplicação de uma pena de morte, sem crime, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana) diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a

justiça. (GOLÇALVES, 2013, p. 234).

É uma questão problemática, a da reserva do possível, adotando-se o posicionamento acima, a não concretização do direito à saúde equipara-se a uma aplicação de pena de morte, pois fere diretamente a dignidade da pessoa humana, pois o Estado deve não somente respeitar o direito à saúde, mas também atuar diretamente por meio de prestações positivas para proteger a dignidade do ser humano. (SARLET, 2008, p. 110).

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa, ao tratar do direito à saúde, mostrou que a Constituição Federal de 1988 o elencou expressamente no seu corpo normativo, dando o caráter de direito social fundamental. Seguindo o principal fundamento da Constituição Federal, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, corolário ao direito à vida e à saúde.

Assim, viu-se que a Constituição Federal impõe um dever ao Estado, o de cumprir seus mandamentos, sob pena de uma crise de representatividade, pois todos elegem seus representantes por meio do voto, devendo este governar para o povo e pelo povo, pois o Estado existe em função do homem.

Viu-se também que os direitos sociais, especificamente o direito à saúde existe para dar condições de uma vida digna aos que dele necessitem, tendo objetivo de igualdade material. Neste contexto foi possível observar que a inércia do Estado na prestação do direito social fundamental à saúde não se deve à lei e sim ao Poder de quem deveria concretizar o direito e desvia sua essência representativa.

No tocante a reserva do possível, observou-se que o Brasil ainda é um país com enormes desigualdades sociais, por isso trazer uma construção jurisprudencial da Alemanha para o cenário do Brasil é extremamente perigoso, pois aqui, há muito que ser feito para se chegar a garantir o mínimo dos direitos para uma condição de vida digna aos que necessitam, e na Alemanha, os direitos são concretizados.

Dessa forma, viu-se que o Judiciário tem sido a porta de acesso mais próxima aos que recorrem a ele com o objetivo de fazer valer o seu direito à saúde, tendo atuado para garantir o mínimo existencial a todos que o provocam.

Ainda nessa linha, verificou-se que o Estado faz apenas meras alegações de falta de recursos, com o objetivo de não cumprir o direito fundamental a todos que necessitam. Não é uma questão de falta de recursos financeiros, pois o que se observa é falta de prioridade, tendo em vista que o interesse próprio dos governantes sobrepõe o interesse público.

De todo o estudo apresentado não resta dúvidas que o Poder Executivo não trata como prioridade a saúde pública, são meras alegações de falta de recursos, o que falta mesmo são intenções em concretizar o direito a saúde a todos que necessitam do serviço público, dessa forma pode e deve o Poder Judiciário, garantir o direito à saúde, observando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador de todo o Ordenamento Jurídico. Pois se não fosse a atuação do Judiciário mediante provocação, concretizando o direito à saúde, o Estado alegaria meramente falta de recursos financeiros (mesmo comprovadamente) e o indivíduo pagaria o alto preço ao se sujeitar a condições precárias na saúde pública.

Desta forma, verificou que se faz excelente o ativismo Judicial quando sua aplicabilidade for voltada a cumprir o mandamento Constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana, evitando, com isso, que pessoas percam suas vidas, como já ocorre.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.**4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da Saúde Pública no Brasil.** 4.ed. São Paulo: Ática, 2008.

BRASIL. **Conselho Nacional de Secretários de saúde. Sistema único de Saúde.** Brasília: CONASS,2011 (Coleção para entender a gestão do SUS. 2011, v. 1). Disponível em: <<http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro1.pdf>>. Acesso em: 07 mai.2017.

BRASIL, **Organização Mundial da Saúde.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho>>. Acesso em: 20 mar.2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

_____. Portal. **SUS democratiza o acesso do cidadão aos serviços de saúde.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/sus-democratiza-o-acesso-do-cidadao-aos-servicos-de-saude>>. Acesso em: 03 de maio 2017.

_____. **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: 20 mar.2017.

_____.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Preceito Fundamental. ADPF nº.45 DF.** Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento 29 abr.2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em: 08 de maio 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Procedimento Ordinário.** Processo nº 0101509-70.2013.8.20.0103. Vara Cível Currais Novos.

DANTAS, Priscila Ferreira. **Direitos Sociais no Brasil: desafios e mecanismos para sua concretização.** Curitiba: Jorua,2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** 2.ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DI Pietro, Maria Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOLÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6.ed.rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016.

OLSEN, Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Ricart Cezar Coelho. **Financiamento da Saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ANEXO

Parte do Processo, em que o Juiz de Direito, Marcus Vinicius, suspende gastos com

propagandas institucionais do Estado.

Proferido despacho de mero expediente
INTIMO o(a)s Advogado(a)s das partes para o cumprimento da decisão, abaixo transcrita.
Paulo Evanaldo Fernandes, Aux. Técnico. _____ DECISÃO
INTERLOCUTÓRIA. 1.Recebi hoje. 2.Após a decisão interlocutória colacionada às fls. 55/60, que determinou as medidas necessárias para garantir a concretização do direito à saúde de MARIA ELIETE DANTAS DE ARAÚJO, foi iniciado o cumprimento das determinações referidas na decisão (fls. 61/77). 3.A SIDY'S TV A CABO, empresa de telecomunicações sediada em Currais Novos, apresentou demonstrativo informando que nos últimos 12 (doze) meses prestou serviços para o ESTADO DO RN em valores de R\$ 22.425,00 (vinte e dois mil quatrocentos e vinte e cinco reais) (fls. 78/79). 4.[...] 8.A INTER TV (Televisão Cabugi Ltda.), empresa de telecomunicações sediada em Natal, apresentou demonstrativo informando que nos últimos 12 (doze) meses prestou serviços para o ESTADO DO RN em valores de R\$ 3.343.167,40 (três milhões trezentos e quarenta e três mil, cento e sessenta e sete reais e quarenta centavos) (fls. 109/110). 9.O ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE apresentou, em 13.08.2013, às 17h55, embargos de declaração (fls. 111/121), tendo apresentado documentos (fls. 122/132), dentre eles o documento de fls. 127/129, assinado pelo Secretário de Estado da Saúde Pública, LUIZ ROBERTO LEITE FONSECA, informando que o valor a ser gasto para a realização do procedimento cirúrgico é de R\$ 136.000,00 (cento e trinta e seis mil reais), sem, contudo, apresentar data para realizar o procedimento. 10.É o relatório. 11.Inicialmente, quanto às informações solicitadas pela Ouvidoria do TJRN, determino que a Secretaria encaminhe ofícios vinculados a cada uma das ocorrências (itens 4 e 6), com agradecimentos aos elogios, ressaltando que todos os servidores que exercem suas funções na Vara Cível de Currais Novos buscam, sempre, o atendimento célere e a concretização da justiça. 12.Quanto ao requerimento formulado pelo Ministério Público (item 5), considerando que o mérito do presente processo não está vinculado à investigação da legalidade de repasse de valores gastos com propaganda institucional, determino o envio de cópias dos documentos referidos nos itens 3 e 8, dando conta de que a SIDY'S TV A CABO prestou serviços para o ESTADO DO RN, nos últimos 12 (doze) meses, em valores de R\$ 22.425,00 (vinte e dois mil quatrocentos e vinte e cinco reais) e a INTER TV (Televisão Cabugi Ltda.), no mesmo prazo, prestou serviços em valores de R\$ 3.343.167,40 (três milhões trezentos e quarenta e três mil, cento e sessenta e sete reais e quarenta centavos), para que o próprio Ministério Público requisite das referidas empresas as informações que entenda necessários à apuração da

legalidade dos repasses de verbas. 13.Quanto à concretização do direito à saúde da Sra. MARIA ELIETE DANTAS DE ARAÚJO, considerando que o ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE apenas apresentou orçamento no valor de R\$ 136.000,00 (cento e trinta e seis mil reais) (fls. 127/129), sem, contudo, apresentar data para a realização do procedimento cirúrgico ou mesmo consulta médica, bem como que foi apresentado orçamento pela autora, para a realização da cirurgia no Hospital do Coração de Natal Ltda. no valor de R\$ 82.550,00 (oitenta e dois mil quinhentos e cinquenta reais), incluindo a realização do procedimento cirúrgico de citorredução, despesas médicas hospitalares, com quimioterapia intraperitoneal hipertérmica com 21 (vinte e um dias) de internação, sendo 05 (cinco) dias em UTI (fl. 108), DETERMINO o bloqueio, via BACEN JUD, de R\$ 82.550,00 (oitenta e dois mil quinhentos e cinquenta reais), devendo expedir alvará em favor da autora, que deverá, no prazo de 60 (sessenta dias), apresentar comprovação dos gastos com o procedimento cirúrgico, inclusive, recibos e notas fiscais, devolvendo ao erário eventual resíduo. 14.Quanto aos embargos de declaração, atendendo a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devem ser intimadas MARIA ELIETE DANTAS DE ARAÚJO e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO RN, para, em 05 (cinco) dias, apresentarem contrarrazões aos embargos de declaração apresentados pelo ESTADO DO RN, ressaltando que o Ministério Público deverá apresentar manifestação por último, em razão de funcionar no presente processo como fiscal da lei. 15.Ressalto, por fim, que mesmo diante da determinação do bloqueio dos valores para o pagamento do procedimento cirúrgico de MARIA ELIETE DANTAS DE ARAÚJO, MANTENHO a SUSPENSÃO DA PROPAGANDA INSTITUCIONAL do ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, isso considerando a ausência de garantia do direito à saúde nos processos referidos às fls. 51/54. DISPOSITIVO. 16.Considerando as razões acima esposadas, determino que a Secretaria cumpra as determinações contidas nos itens 11 a 14, devendo, também, aguardar as informações fls. 55/60, providenciando-se a conclusão caso seja formulado algum pedido urgente. 17.P. R. I. Currais Novos, 14/08/2013. Marcus Vinícius Pereira Júnior Juiz de Direito.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Procedimento Ordinário. Processo nº 0101509-70.2013.8.20.0103.** Vara Cível Currais Novos. Disponível em : <<http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=9153B3B7C4CECB53854B129C95083613.appsWeb2?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0101509-70.2013&foroNumeroUnificado=0103&dePesquisaNuUnificado=0101509-70.2013.8.20.0103&dePesquisa>>. Acesso em: 08 de maio 2017.