



TALITA HELEN SANTOS

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A INTERVENÇÃO DO
PODER JUDICIÁRIO PARA PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
E RESPALDO À DEMOCRACIA**

**LAVRAS - MG
2019**

TALITA HELEN SANTOS

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
PARA PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E RESPALDO À DEMOCRACIA**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel (a).

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa
Orientador

**LAVRAS - MG
2019**

TALITA HELEN SANTOS

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
PARA PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E RESPALDO À DEMOCRACIA**

***FUNDAMENTAL HEALTH RIGHTS: THE INTERVENTION OF THE JUDICIARY TO
PROMOTE SOCIAL RIGHTS AND SUPPORT DEMOCRACY***

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel (a).

APROVADA em 09 de julho de 2019.

Prof.^a Me. Raphaela Rocha Ribeiro - UFLA

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa

Orientador

**LAVRAS – MG
2019**

*À minha mãe, Maria Elena, meu pai, Reginaldo,
e meu irmão, Emanuel, bases da minha vida!*

AGRADECIMENTOS

À Deus, por tudo. Não existem palavras que demonstrem minha gratidão a Ti, Senhor!

À minha mãe, Maria Elena, meu pai, Reginaldo, e meu irmão, Emanuel, pelo amor, confiança, amparo e dedicação. Vocês são tudo!

A toda minha família, pelo incentivo e por acreditarem em mim.

À Adriana, Yasmin, Cassiana, Sâmella e Luciane, pela amizade e pelo companheirismo de todos os dias ao longo destes cinco anos de curso.

À Universidade Federal de Lavras e ao Departamento de Direito, pela oportunidade e receptividade.

Ao Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa, meu orientador, pela oportunidade, confiança, paciência, incentivo e por me amparar na construção desse trabalho. Admiro o ser humano que você é!

A todos os professores e professoras do Departamento de Direito, por toda a dedicação.

Aos funcionários e funcionárias do Fórum e da Promotoria de Justiça da Comarca de Bom Sucesso, por todo conhecimento transmitido e pela confiança durante todo o período de estágio.

Enfim, a todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para que eu chegasse até aqui, obrigada! Vocês são luz no meu caminho!

*“Para quem tem uma boa posição social, falar de comida é coisa baixa.
É compreensível: eles já comeram.” (Bertold Brecht)*

RESUMO

Considerando a necessidade de efetividade dos direitos sociais, previstos na Constituição Federal de 1988 e a crescente intervenção do Poder Judiciário em questões que deveriam ser contempladas por leis e políticas públicas, o presente estudo visa analisar a necessidade e legitimidade da transferência de questões atinentes a direitos sociais, em especial demandas que versem sobre o direito à saúde, para a apreciação do Poder Judiciário, visando a garantia do exercício deste direito. Para alcançar o objetivo, serão analisados conceitos atinentes ao direito fundamental à saúde, à separação de poderes, justiça social e cidadania. Ademais, serão tecidas as devidas considerações sobre a potencialidade que a intervenção do Poder Judiciário tem em promover a ordem democrática quando profere decisões que possibilitam o acesso ao direito à saúde.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Judicialização da saúde. Poder Judiciário. Justiça social. Cidadania e Democracia.

ABSTRACT

Considering the need for effectiveness of social rights, predicted in the Federal Constitution of 1988 and the growing intervention of the Judiciary on issues which should be contemplated by laws and public policy, the present study aims to analyze the necessity and legitimacy of the transfer of relevant issues related to social rights, in particular demands that objective on the right to health, for the appreciation of the Judiciary, aiming at the guarantee of the exercise of this right. To achieve the objective, it will be analyzed concepts related to the fundamental right to health, to the separation of powers, social justice and citizenship. In addition, will be due consideration about the potentiality that the intervention of the Judiciary has to promote democratic order when it makes decisions that allow access to the right to health.

Keywords: Fundamental right to health. Judicialization of health. Judicial power. Social justice. Citizenship and Democracy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	12
3. A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	15
4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	19
5. DIREITO À SAÚDE, JUSTIÇA SOCIAL E CIDADANIA.....	22
6. DIREITO À SAÚDE E DEMOCRACIA	26
7. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	30
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao inaugurar uma nova ordem constitucional, rompendo com o período da ditadura militar, consagrou uma série de direitos fundamentais sociais, contando com influência de grupos ligados a movimentos sociais, sendo estes referentes, em algumas vezes, à população urbana pobre que almejava a redemocratização e a promoção dos direitos sociais (LOPES, 2006, p. 238).

A Carta Magna, em seu art. 6º, elencou uma série de direitos sociais que devem ser garantidos a todas as pessoas. Estes direitos se resumem à “[...] 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 [...]”. Logo, a partir da Constituição Federal de 1988, as pessoas estavam diante de uma nova perspectiva de direitos.

É importante pensarmos na relevância destes direitos, pois surgiram no delineamento do Estado Social, onde, num período pós- guerra, emergiu a lógica de direitos sociais ou direitos de segunda dimensão, que conferissem aos indivíduos liberdades materiais, se relacionando diretamente com o princípio da igualdade, não uma igualdade formal, mas, sim, igualdade substancial, no sentido de tentar diminuir as disparidades socioeconômicas (SARLET, 2003, p. 39-62).

Os direitos de segunda dimensão são dotados de cunho social e distinguem-se dos demais no sentido de que possuem um caráter prestacional, fazendo surgir do Poder Público uma atuação positiva para que haja acesso a esses direitos, bem como para que sejam prestados de forma satisfatória a todos e todas. Sendo assim, nasceu para os entes federados um dever na prestação dos direitos sociais que serão garantidos mediante atos legislativos e políticas públicas que visem dar efetividade a estes direitos.

Com advento da atual Constituição Federal, foram criados vários mecanismos para a promoção e efetividade dos direitos sociais nela elencados. Entre eles, no âmbito do direito à saúde, o de maior destaque é o Sistema Único de Saúde (SUS), já previsto em artigos da CF/88 e disciplinado pela legislação infraconstitucional que busca assegurar a promoção, proteção e recuperação da saúde. Assim, considerando o caráter universal do direito à saúde, o Sistema Único de Saúde constitui em grande avanço para efetividade desse direito.

Como consequência da força atribuída aos direitos sociais, dando destaque ímpar ao direito à saúde, emergiu uma enorme quantidade de demandas que foram transferidas para a responsabilidade do Estado, havendo muitas críticas à amplitude da atuação estatal, no sentido de que há uma reivindicação para que o Poder Público conceda, independente das despesas que acarrete, o acesso ao direito à saúde.

As críticas ganharam mais relevância a partir do momento que muitas demandas se transferiram para o Poder Judiciário, sendo este encarado como um meio de buscar efetividade do direito à saúde, quando a pessoa se sentisse lesada em seu direito por insuficiência de políticas públicas, ou mesmo, por omissão do Poder Público.

Assim, várias ações judiciais começaram a serem propostas, no intuito de fazer valer o acesso ao direito à saúde, assegurado constitucionalmente. Cidadãos e cidadãs passaram a pleitear no Judiciário o fornecimento de medicamentos ou procedimentos cirúrgicos que não conseguiam administrativamente.

Ocorre que, mesmo que isso acarrete o ajuizamento de grande número de ações no Poder Judiciário, não se pode condicionar o direito à saúde a uma intermediação por parte do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Assim, o presente trabalho problematiza a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, ou seja, a judicialização de questões referentes à saúde, como forma de garantir a efetividade de tal direito, assegurando a todas as pessoas o pleno exercício da cidadania e garantindo a promoção da ordem democrática, prevista na Constituição Federal de 1988.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Carta Magna de 1988 inclui a saúde como direito social, sendo uma Constituição cidadã, com marco expressivo na abordagem de garantias sociais em relação à saúde. Assim, o direito à saúde, como mencionado em capítulo anterior, está elencado no rol do art. 6º da Constituição Federal de 1988, bem como tem sua abrangência determinada no art. 196, de onde se depreende 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.”

O direito à saúde é um dos mais típicos direitos sociais. Surgiu de um evidente corte de classes, já que a provisão de serviços gratuitos de saúde visava beneficiar setores menos abastados da sociedade para lhes proporcionar instrumentos de ascensão social e garantia de renda. (LOPES, 2006, p. 227)

A saúde, como bem essencial à vida de todos os seres humanos, é considerada bem jurídico indisponível, e sua proteção, constitucionalmente prevista, objetiva assegurar a todos e todas o exercício pleno deste direito. Neste sentido, considerando a importância deste direito fundamental, “o sistema universal de saúde deve garantir, com toda a justiça, que todos a tenham”. (DWORKIN, 2011, p. 443)

Assim, considerando a importância do direito fundamental à saúde, vale abordar a fundo o seu significado e a importância de sua efetividade.

O conceito de saúde surgiu no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da ONU, em 26 de julho de 1946, onde se estabeleceu que “a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças.”

Pode-se compreender que a OMS buscou ampliar o entendimento, até então preponderante, de tratar a saúde apenas como a ausência de doenças, seja no plano preventivo, seja no plano curativo. Atualmente, o que se chama de “promoção da saúde”, envolve o bem-estar físico, mental e social, pressupostos para que cidadãos e cidadãs vivam de forma plena.

Assim, o direito à saúde, contemplado na Constituição Federal de 1988, se apresenta revestido de uma nova percepção

um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar. (SCHWARTZ, 2001, p. 43)

Nesse sentido, considerando a abrangência do que se deve compreender por direito à saúde, a Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal 8.080/90) traz em seu art. 3º que “os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.”

Assim, a saúde é um direito público subjetivo de qualquer pessoa e dever do Estado, cuja efetivação constitui interesse primário, havendo de ser satisfeito de modo integral, resolutivo e gratuito, conforme está elencado no art. 198 da Constituição Federal e art. 43 da Lei Orgânica da Saúde¹, não podendo, portanto, ser objeto de relativização.

É importante aduzir que a responsabilidade dos entes da federação em relação à saúde é solidária. Nesse aspecto, o art. 23, II, da Carta Magna, por exemplo, dispõe sobre a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em cuidar da saúde e assistência pública de grupo de pessoas.² Ademais, pensando no ônus que a responsabilidade em relação à saúde poderia acarretar aos municípios, o art. 30, inciso VII aborda que compete a estes entes federados “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

Ainda é importante ponderar que o direito à saúde foi pensado em uma perspectiva de bem coletivo, que deve ser promovido, como já mencionado, de forma indivisível e universal. As

¹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

² Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

palavras de José Reinaldo de Lima Lopes são claras quanto ao aspecto universal que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao direito à saúde

A provisão social e coletiva desses serviços levou à “socialização” e “massificação”, de modo que se garantisse o acesso universal e, justamente por isso médio. Sua definição constitucional no art. 6º, é diferente da definição dos direitos dos trabalhadores (art.7º) que constitui uma longa lista de cláusulas mínimas dos contratos de trabalho. Nota-se que no art. 7º, há tanto cláusulas mínimas quanto fundos compulsórios, mantidos pelo Estado e pelos empregadores (LOPES, 2006, p. 227-228).

Então, deve-se ponderar sobre o caráter coletivo, mas se atendo aos casos específicos que restam prejudicados, na maioria das vezes, por omissão legislativa ou ineficiência de políticas públicas, impedindo que cidadãos e cidadãs tenham acesso a determinado medicamento ou a algum procedimento cirúrgico, por exemplo.

Por fim, vale ressaltar que o direito à saúde, como preleciona Grinover (2010, p. 18), se baseia na ideia de um “núcleo central, que assegura um mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana” devendo ser garantido ao povo, através de políticas públicas, a efetividade desse direito, ou, então, a sua exigibilidade em qualquer esfera.

3. A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A conjuntura pós 1988, em que pese ter proporcionado novas reflexões sobre questões sociais, não alterou a forma como os direitos de segunda dimensão deveriam ser compreendidos na esfera constitucional. Logo, vige um Estado Democrático do Direito onde os direitos sociais ainda atravessam uma crise de observância e execução.

Como dito, durante o Estado Social, a observância de alguns direitos exigia prestações materiais por parte do Estado. Considerando essa perspectiva, a efetividade dos direitos sociais estava condicionada à limitação de recursos.

Superando, então, uma crise de observância, os direitos sociais acabaram sendo remetidos à esfera programática. Logo, a solução encontrada foi “considerar os direitos sociais como direitos de aplicabilidade mediata” (BONAVIDES, 2000, p. 245).

Assim, compreende-se que, quando se trata de direitos sociais, a atuação do legislador é indispensável para que estes tenham efetividade e para que todos e todas tenham acesso. O gozo do direito fica adstrito à regulação por meio de leis ou políticas públicas atinentes à forma de acesso e distribuição.

Nessa perspectiva, vale ressaltar que a atividade do legislador não é exaustiva, ele nunca conseguirá abarcar tudo o que é necessário para que não haja lacunas ou para que todos os direitos fiquem amparados em uma lógica de concessão justa.

Não é atraente pensar que os direitos sociais devam ser condicionados a uma intermediação por parte do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. O aguardo de um aparato legislativo ou de formulação de políticas públicas pode ocasionar na impossibilidade de um indivíduo em situação vulnerável exercer um direito social fundamental. Esta situação parece subverter a ideia da redemocratização influenciada por movimentos sociais, bem como põe à prova o ideal de justiça distributiva que se mostra de suma importância nas sociedades democráticas (LOPES, 2006, p. 229).

Retirar os direitos sociais da lógica programática não é uma tarefa tão simples. Os direitos que exigem prestação do Estado serão pensados sob uma perspectiva financeira para averiguar como se dará sua promoção e acesso por parte da população. No entanto, é necessário desconstruir o viés programático e compreender como se dará a eficácia dos direitos sociais diante de omissão legislativa ou inexistência de políticas públicas.

Considerando o Estado Democrático de Direito, sabe-se que é necessário fazer valer o acesso a direitos fundamentais, mas isso também se mostra como um desafio. Muitas objeções são colocadas em relação ao quanto o Estado deve ser atuante para proporcionar direitos sociais e, em que magnitude se dará essas prestações.

Nesse diapasão, a judicialização de questões relativas aos direitos sociais surge como um tema valioso no constitucionalismo atual. Quando se retira uma matéria do âmbito do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, há a possibilidade de se deparar com inúmeras dificuldades de parâmetros para atuação do Poder Judiciário, com críticas em relação à separação dos poderes, com a atuação de viés mais político dos Juízes, bem como com um confronto entre reserva do possível e escassez de recursos.

Como dito alhures, a Constituição Federal de 1988, carregando consigo o desejo de redemocratização, rompeu com uma ordem anterior para promover igualdade, participação e justiça social. O Estado brasileiro tem o dever constitucional de dar efetividade a todas as formas de integração social entre os indivíduos, pois, além de visar reconhecimento para a variedade cultural e étnica existente no país, deve almejar a distribuição justa de recursos, considerando a disparidade socioeconômica que se apresenta de forma tão clara no país.

Nesse sentido, é ideal que surjam leis e políticas públicas que se destinem a promover o acesso a direitos sociais sob uma perspectiva distributiva e coletiva. O Poder Público, mantendo sua atuação à luz dos princípios constitucionais, deve oferecer o melhor tratamento possível aos seus representados, considerando um bom planejamento e a observância das necessidades da população como um todo. Os governantes exercem papel crucial ao ponderar sobre a melhor forma possível de atender ao povo, de conferir direitos e buscar parâmetros para corroborar com a justiça social.

Sobre tal perspectiva, pontua Dworkin

Governos devem construir estratégias com base em avaliação da mais justa distribuição dos recursos públicos disponíveis para cada cidadão, pois governantes tomam decisões relativas à produção, à distribuição, à posse de bens e ao uso que as pessoas estão autorizadas a fazer de seus bens. (DWORKIN, 2007, p. 11)

Nesse ínterim, tendo por base a judicialização de questões sociais e, aqui, com foco principal no direito à saúde, cabe considerar a importância da efetividade de tal direito, entendido

como de conteúdo programático, mesmo diante de insuficiência legislativa ou em face da omissão do Poder Público.

Elaboradas tais considerações, é importante compreender que as escolhas na esfera da Administração Pública atinentes a gastos e prioridades de investimento, não são livres, pois estão submetidas à finalidade prevista na Constituição, primando por questões que assumem um caráter prioritário.

Não obstante a importância da função legislativa, muitas vezes esta pode ser omissa ou insuficiente. Diante desse cenário, a existência de um direito não pode ficar dependente de uma intermediação, mas deve preponderar em todas as circunstâncias, pois existem antes que políticas públicas ou leis os garantam.

A atuação do Poder Judiciário em demandas pontuais relativas à saúde enfatiza a dimensão política do papel dos juízes. Tal atuação está em consonância com o ordenamento jurídico, pois, uma vez que determinada questão é elevada ao patamar de uma norma de caráter constitucional, pode ser exercida diante do Judiciário.

Assim, pode-se afirmar que a judicialização da saúde está mais atrelada a um modelo constitucional do que a uma interferência indevida. Juízes, inseridos numa ordem constitucional, funcionam como meios legítimos para a garantia do direito fundamental à saúde.

A atividade do jurista, numa circunstância fundamental de relação entre direito e política, é essencial para o Estado Democrático de Direito. Afinal, o direito serve à solução de casos concretos que não permitem uma ação universal, mas, sempre, uma construção singular de cada decisão, buscando a melhor resposta que o direito pode dar ao caso concreto. Nesse ínterim, Lopes discorre sobre a teoria da decisão, a qual se volta para o processo deliberativo

[...] a teoria da decisão (segundo o direito) é uma reflexão sobre o discurso de aplicação, de justificação, de razões para agir e razões para decidir. A teoria da decisão é uma teoria do raciocínio a partir de regras (regras jurídicas, no caso do direito). A justificação não é tratada como “racionalização” no sentido negativo do termo, ou seja, como simples encobrimento das razões de agir, encobrimento das razões “más” por razões “boas” e publicáveis; racionalização não é tratada como uma forma de mentira, digamos. Justificação é a exposição das diversas passagens do pensamento de quem aplica e usa a regra (LOPES, 2009, p.66).

Nessa perspectiva, é mais do que a aplicação da regra de forma mecanizada, visando uma uniformidade para todas as situações. O ato de decidir é uma relação com um caso concreto e

específico que implica na intervenção na vida do outro, sendo necessária a produção judicial conforme o direito e os princípios que o regem, no intuito de que este seja um instrumento que promova justiça social e um tratamento que vise uma igualdade substancial para todas as pessoas.

O juiz, ao julgar, cumpre uma função estatal e, ao mesmo tempo, deve buscar a melhor interpretação para proferir decisões judiciais de onde possa depreender uma perspectiva de aperfeiçoamento das instituições e de efetividade de direitos para os que pleiteiam.

Assim, considerando a crescente intervenção de juízes em processos destinados ao exercício e acesso do direito fundamental à saúde, há uma necessidade de defesa da judicialização em detrimento de quaisquer objeções que possam ser apresentadas, pois o que se espera é a exigibilidade e efetividade das normas constitucionais.

Atualmente, o Judiciário se depara com um efeito multiplicador de demandas que não foram resolvidas na área das políticas públicas. Nesse sentido, esclarece Luiz Roberto Barroso

O cenário de redemocratização enfrentado no Brasil pode explicar a crescente atuação do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, pois os Juízes se deparam com omissões em relação aos direitos previstos na Constituição (BARROSO, 2010, p. 368).

Assim, tendo a saúde ganhado status de direito universal e dever do Estado, sua dimensão jurídica ganhou forte amparo, fazendo com que houvesse aumento substancial das demandas judiciais, conforme afirma Fleury

O fato de a Constituição assegurar a integralidade do atendimento, mesmo que com prioridade para as atividades preventivas (Art. 198), tornou-se o principal argumento para que as necessidades insatisfeitas dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) se transformassem em demandas judiciais (FLEURY, 2012, p. 159).

Nessa perspectiva, o direito à saúde, tendo em vista seu status constitucional, pode ser exigido não só na esfera administrativa, mas judicialmente, com decisões que visem alcançar parâmetros de justiça.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 2º³, como um dos princípios da República Federativa do Brasil, a separação de poderes, onde afirma que Executivo, Legislativo e Judiciário são poderes “independentes e harmônicos entre si”.

Essa divisão entre os poderes da República advém de contribuições teóricas de Montesquieu, que escreveu sobre a distinção dos três poderes, formulando a teoria da tripartição de poderes. Para o autor, a liberdade só seria garantida se não houvesse a concentração dos três poderes nas mãos de um único indivíduo. Defendia que tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou dos nobres ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar crimes ou querelas entre particulares (MONTESQUIEU, 2005, p.202).

A discussão sobre a divisão de poderes muito se aprofundou desde as ideias de Montesquieu, e hoje, como mencionado, a teoria da tripartição encontra amparo constitucional e faz parte do rol dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

Assim, o Poder Judiciário se apresentou como fundamental ao exercício do Estado Democrático de Direito, pois necessário à organização política e à solução de conflitos, de acordo com Ferraz Jr.

A concepção do Poder Judiciário como um dentre os três poderes resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas da solução de conflitos. De um lado a soberania nacional e a divisão dos poderes, de outro, o caráter privilegiado que a lei assume como fonte do direito (FERRAZ JR, 1994, p. 14).

Nesse diapasão, considerando a independência dos poderes, a judicialização do direito à saúde se apresenta como tema controvertido no contexto atual, sendo a intervenção do Poder Judiciário em questões atinentes à política uma atividade que possui, de um lado, defensores ferrenhos, bem como críticos persistentes, de outro.

Nesse sentido, as principais objeções apresentadas quanto à intervenção do Poder Judiciário no acesso ao direito à saúde emergem da violação do princípio da separação de poderes e da impossibilidade de juízes intervirem na gestão dos recursos públicos, sendo estas decisões pertencentes à seara do Poder Executivo.

³Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Não há motivos para negar a dificuldade em colocar na esfera do Poder Judiciário decisões sobre direitos que envolvem uma prestação por parte do Estado, uma vez que juízes não possuem conhecimento para direcionar verbas públicas. Quando falamos de judicialização da saúde, tal argumento se mostra totalmente plausível, mas havemos de considerar que, citando as palavras de José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 239), “tais casos levados ao judiciário são válvulas de escape em situações de ineficiência política, isto é, quando Legislativo e Executivo mostram-se incapazes de tomar para si a questão”.

A tomada de decisão por parte do Poder Judiciário deve se apresentar da melhor forma para a efetividade do direito à saúde, pois negá-lo é negar o que está na Constituição Federal. Logo, torna-se legítima a intervenção do Poder Judiciário, mas como meio de atender à norma e o que se espera de um Estado garantidor do exercício de direitos sociais.

O professor José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 238) afirma que “os direitos sociais lidam não com a simples adjudicação de interesses protegidos, mas com a distribuição de poder, riqueza e reconhecimento dentro de um grupo”.

Assim, fica ainda mais clara a necessidade de fazer valer os direitos sociais elencados na Constituição de 1988, com respaldo em tratados internacionais, pois se inserem na lógica dos direitos fundamentais dos indivíduos, não podendo ficar adstritos à insuficiência do Poder Público.

Destaque-se que, questões ligadas à justa distribuição também estão abarcadas pela discussão sobre o acesso ao direito à saúde, pois o Poder Público deve primar por distribuição equitativa de recursos, considerando a assistência que deve ser oferecida aos menos favorecidos.

Sem defender qualquer tipo de sobreposição de poderes e mantendo intacto o que assegura a Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, ao definir os três poderes como independentes e harmônicos entre si, a judicialização da saúde permite vários centros decisórios no direcionamento de serviços e políticas públicas, não conduzindo à violação de princípios e cooperando com a noção de justiça social.

O estudo do direito à saúde e as controvérsias envolvidas na sua judicialização representa tema de discussão atual e de grande amplitude. Toda a população é afetada, em certa medida, quando são tomadas decisões que visam dar efetividade ao direito à saúde. Sua promoção requer atuação conjugada no âmbito dos Poderes Públicos, não podendo ter sua concretização encerrada

na atividade do legislador, sendo que as questões referentes à efetividade de tal direito representam um dos grandes desafios da eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

A questão que se apresenta com o Estado Democrático de Direito Brasileiro não é o reconhecimento de direitos, mas, sim, a efetividade desses direitos frente a uma burocratização das instituições é má gestão de recursos.

Retomando a questão da ideia programática, o direito à saúde tem um delineamento constitucional que não pode coadunar com a noção de regra de eficácia mediata. Seus efeitos devem ser concretos e o que se observa na Constituição Federal de 1988 é uma atenção especial em relação ao direito social e fundamental à saúde, sendo, inclusive, hipótese de intervenção dos Estados nos Municípios quando estes não tiverem aplicado o mínimo exigido na receita municipal na manutenção e desenvolvimentos de serviços públicos de saúde.⁴

Analisar criticamente o direito à saúde permite reflexões sobre temas importantes e, podem-se dizer centrais para o constitucionalismo. A promoção do direito à saúde está intimamente ligada a questões essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Por fim, frise-se que, abordar a intervenção judicial e a democracia é tarefa necessária para compreender a repercussão do tema, bem como sua ampla possibilidade de interpretação e enfoque para a exigibilidade das normas constitucionais, em especial, a norma que prevê o direito à saúde para todos e todas.

⁴Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

5. DIREITO À SAÚDE, JUSTIÇA SOCIAL E CIDADANIA

É importante erigir o direito fundamental à saúde ao status de que é merecedor, devendo sempre ser compreendido como uma prática social inerente à condição de ser humano, sendo plenamente exigível a garantia de elementos fundamentais para sua concretização.

A indisponibilidade do direito à saúde extrai-se da sua ligação com o direito fundamental à vida, sendo um “amálgama entre os princípios de igualdade e equidade, que, incorporando critérios, permitiriam aplacar a pobreza e a vulnerabilidade social” (COHN, 2003. p. 09).

Diante disso, é necessário tecer análise sobre o direito fundamental à saúde e a justiça social. Compreender justiça social é compreender o que é devido a cada ser humano para que este viva com o mínimo necessário para proporcionar-lhe dignidade e o sentimento de pertencimento a uma comunidade.

Luis Fernando Barzotto descreve a estrutura da justiça social

A justiça diz respeito à *práxis*, à ação humana. Deve-se especificar, por conseguinte, qual é o tipo de atividade em que a justiça social é aplicada. Em seguida, deve-se explorar como se manifestam na espécie justiça social, os elementos do gênero justiça: alteridade, dever, adequação. A alteridade aponta para o fato de a justiça só ter lugar entre sujeitos distintos. Não diz respeito às relações do sujeito consigo mesmo. O dever significa que algo será atribuído a alguém por uma “necessidade racional”, e não por caridade, generosidade, amizade, etc. A adequação diz respeito ao modo de determinação daquilo que é devido, ou seja, a justiça proporciona um critério para a determinação do *quantum* devido (BARZOTTO, 2010. p. 96).

Barzotto, ao realizar uma análise sistemática da estrutura do conceito de justiça social, defende que ela regula a relação dos indivíduos com a comunidade e visa o bem comum. O autor destaca a ideia de reconhecimento dentro da comunidade como a prática da justiça social, sendo ponto de extrema importância quando pensamos na realização do sujeito oferecendo-lhes bens para tanto.

Cada ser humano, compreendido em sua singularidade, só pode ser considerado membro da comunidade se é reconhecido como tal, só podendo exigir-lhe que respeite seus pares, na medida em que também é respeitado. Essa conclusão, quando se pensa nos direitos sociais e na própria relação de democracia e constitucionalismo, converge com a necessidade de efetividade e

exigibilidade de normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais. Se desprender da ausência de legislação infraconstitucional e contemplar direitos que a Constituição Federal outorga é um meio de contribuição para um fim social almejado.

Proporcionar aos indivíduos condições para que possam ter acesso a medicamentos e realizar tratamentos pelos quais não possuem condições de pagar é reconhecê-los como membros da comunidade, como seres que desejam se realizar e, ao mesmo tempo, é oferecer recursos com foco na diminuição de desigualdades e buscar alcançar, nessa esfera, a sociedade que se imaginou na constituinte de 1987.

Os elementos que estruturam o conceito de justiça social devem ser analisados tendo por base a defesa de efetividade do direito fundamental à saúde, sendo este de extrema relevância dentro da sociedade e, principalmente, entre classes que não gozam dos recursos financeiros necessários.

Assim, quando se pensa em alteridade surge a ideia do outro, do que é diferente e de relações distintas. Para Barzotto (2010, p. 94) “o ser humano é considerado como pessoa humana que é membro de uma comunidade específica”. Nessa lógica, o ser humano digno, que vive em sociedade, só se desenvolve se esta comunidade lhe oferece condições de vida digna. Tal concepção é importante para compreendermos a necessidade da intervenção judicial como forma de zelar pelos princípios do ordenamento jurídico, buscando, sempre, que as leis e decisões judiciais se vinculem a um ideal de justiça, visando oferecer a melhor interpretação que possa ser feita dentro do sistema vigente.

Outro aspecto que Barzotto aponta como pertencente à justiça social é o dever. O dever de dar algo a alguém porque isso lhe é necessário. Logo, há de se ponderar sobre o que é devido aos indivíduos que vivem em uma comunidade. O autor esclarece que “o dever na justiça social se fundamenta na reciprocidade” (2010, p. 94) e esta vai determinar o que é devido a cada membro.

Pode-se dizer que a afirmação feita por Barzotto se projeta, muitas das vezes, na expectativa de cada indivíduo perante o Estado. Não se deseja defender que gestores consigam proporcionar tudo o que o povo almeja, mas o Estado, amparando-se na ideia de reconhecimento, deve ser capaz de dar o que é devido aos indivíduos para que estes vivam dignamente e, assim, para que sejam reconhecidos como sujeitos.

O terceiro aspecto da justiça social é a adequação. A adequação está associada à dignidade e à igualdade absoluta, buscando dar a todos os bens necessários para que possam se realizar.

Falar em acesso à saúde é falar em realização, em oportunidade, reconhecimento, distribuição e dignidade. Barzotto aduz que “a comunidade fundada sobre a dignidade da pessoa humana é aquela em que há um consenso sobre uma determinada concepção de vida boa.” (2010, p. 97)

Nesse sentido, embora cada pessoa possa ter uma compreensão diferente do que seja uma vida boa, em alguns pontos a ideia de direitos básicos que devem ser exercidos para que se considere êxito no aspecto referente àquele direito, pode ser convergente entre cidadãos e cidadãs.

Assim, o acesso ao direito à saúde se insere numa atividade de prestação de serviços públicos adequados para contribuir com a possibilidade de que todas as pessoas que não possuem condições de arcar financeiramente com o acesso, possam se enxergar amparadas por uma concepção de justiça que almeja que se ofereçam direitos básicos para a massa que necessita de um Estado mais atuante em pontos específicos.

Nesse aspecto, a ideia de um Estado mínimo não se justifica se, em virtude disso, os menos favorecidos sejam ainda menos amparados na formulação de leis e políticas públicas que garantam que possam ter acesso a direitos sociais. É crível que a redução de desigualdades sociais e o amparo de pessoas de classes inferiores sejam metas de um Estado Democrático de Direito, onde deve se primar pela identificação, a partir das peculiaridades que envolvem as classes sociais e as possibilidades dessas classes, para que não ocorra omissões que violem o exercício de direitos.

Levando em consideração a análise da importância da justiça social, um aspecto fundamental quando se destaca o direito fundamental à saúde, é entender que, após a Constituição Federal de 1988, o cenário que se apresentou no Brasil era e é voltado à construção do direito de cidadania. Assim, o exercício pleno da cidadania se dá mediante a possibilidade de cidadãos e cidadãs terem acesso a direitos que visem o afunilamento da vulnerabilidade e das desigualdades sociais.

É essencial que as pessoas tenham condições de uma boa vida. Essas condições podem variar de indivíduo para indivíduo, mas existe um núcleo de direitos exigíveis que devem ser garantidos aos cidadãos e cidadãs, pois “no nível mais geral, nosso objetivo é ter uma boa vida, ter as coisas que uma boa vida contém” (KYMLICKA, 2006, p. 257).

Como já abordado em outro capítulo, a conquista dos direitos sociais se deve à luta de setores menos abastados da sociedade civil na busca de igualdade e participação no debate

político. A consideração pelo exercício da cidadania é ponto crucial para ampliar e fazer valer formas de reivindicação de direitos. Nesse sentido, esclarece Marcos Nobre

A promoção da igualdade deve ser concomitante à promoção de um cidadão que não seja um mero cliente do Estado, mas que questione a própria lógica da ação estatal e que encontre formas de participação das decisões e novas formas de promoção da igualdade (NOBRE, 2004, p.31).

Na concepção de justiça social de oferecer meio de vida digna a todas as pessoas, é fundamental compreender a necessidade do acesso a direitos básicos e a possibilidade de inclusão para o exercício da cidadania, de acordo com o que pontua Fleury

Para tanto é necessário, antes de tudo, superar a condição de exclusão, já que não se pode falar em cidadania, como igualdade e como diversidade, onde há exclusão. Em uma sociedade em que o trabalho sempre foi um bem escasso, e cuja tendência internacional é aprofundar esta diferenciação, não se pode pensar em um modelo de cidadania e de proteção social que seja expressão desta segmentação (FLEURY, 1997, p. 40).

Resta claro que, a partir do momento em que se é possível o pleno exercício da cidadania e da exigibilidade de direitos constitucionalmente previstos, é que se dá vazão para aprimorar as relações sociais e o espaço público dentro de um cenário que busque igualdade e estabilidade da ordem democrática, como será tratado mais adiante.

6. DIREITO À SAÚDE E DEMOCRACIA

Em poucas linhas do capítulo anterior, foram elaboradas considerações sobre cidadania e sobre o espaço de reivindicação de direito, por parte de cidadãos e cidadãs. A defesa da exigibilidade de direito em todas as esferas de poder, se ampara na promoção da democracia e na sua relação com a eficácia dos direitos sociais, especialmente, aqui, o direito à saúde.

Nesse sentido, trazer uma discussão sobre a necessidade da eficácia do direito à saúde para a garantia da ordem democrática, é demonstrar, uma vez mais, a relação necessária entre direito e democracia. Nessa perspectiva, podem-se citar as palavras de Bodstein (1997, p. 189) quando afirma que “direito e democracia são mais do que valores liberais ou virtualidades e potencialidades. (...) Direito e democracia não podem ser colocados como ideias desencarnadas, como exterioridades sem sujeitos”.

Tendo como base a ideia de democracia, é deveras pertinente trazer algumas concepções formuladas por Ronald Dworkin.

Dworkin, com pensamento pós-positivista, formulou sua teoria do direito como integridade. Para o autor, a integridade está ligada ao comprometimento que o governo tem de agir de forma coerente com todos seus cidadãos e cidadãs, a fim de estender a cada indivíduo os padrões de justiça e equidade (DWORKIN, 2003, p. 201-202). Ademais, o autor pressupõe, em linhas gerais, um aspecto legislativo e outro jurisdicional, o primeiro fazendo menção à tarefa imposta ao parlamento para tornar o conjunto de leis de um ordenamento jurídico moralmente coerente, e o segundo aspecto referente à “imposição aos magistrados de que considerem como pilar hermenêutico a coerência moral que deve envolver as regras e princípios jurídicos” (DWORKIN, 2007, p. 213).

Dworkin muito escreveu sobre democracia e apresentou dois enfoques sobre o tema. Entre eles merece destaque

O primeiro enfoque oferece o que chamarei de interpretação ou concepção dependente da democracia, pois presume que a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2012).

Nota-se que o autor, em suas considerações sobre democracia, trata de uma concepção de democracia que chamou de dependente e, como se observa, defende que a melhor forma de

democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir decisões que tratem todos os membros da sociedade com igual consideração. Defende, ainda, que essa concepção está ligada com “decisões que o processo político deve tomar acerca da distribuição de recursos e oportunidades, sobre o uso do poder e dos recursos coletivos”(DWORKIN, 2012. p. 253-290).

No trato do direito fundamental à saúde, abordar uma concepção de democracia torna-se um desafio imprescindível. O Estado Democrático de Direito necessita da fusão de duas ideias que não podem ser confundidas ou apresentadas como obstáculo uma para a outra. O constitucionalismo e a democracia devem coexistir para que haja a legitimidade democrática.

A democracia pode ser compreendida como o poder que surge da vontade da maioria, mas com respeito aos direitos das minorias. Por sua vez, “a concepção de constitucionalismo, remonta à noção de expressão da razão e de respeito aos direitos de cada cidadão que vive no país” (DWORKIN, 1995, p. 2-11). Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de conflitos que não necessariamente precisariam existir.

A ideia de democracia se constitui em conjunto com a ideia de constitucionalismo, se complementando para a garantia de legitimidade. O constitucionalismo traz a noção de limitação ao exercício do poder ou oferece meios para seu exercício racional, buscando sempre o respeito a todos os direitos.

Dworkin apresenta o constitucionalismo como um “sistema que estabelece direitos jurídicos individuais, que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer”. (DWORKIN, 1955, p. 2-11).

Assim, trazendo para o objeto de estudo, o direito fundamental à saúde se insere na esfera de direitos que o legislador não pode anular ou comprometer, mas, sim, primar pela sua efetividade e acesso para todas as pessoas.

Dworkin (1995, p.11) encara o constitucionalismo como um aperfeiçoamento da democracia e esclarece que no âmbito das “decisões políticas existem aquelas que são insensíveis a escolha”, as quais não dependem de quantas pessoas as aprovam ou não. Questões insensíveis à escolha já são previamente definidas, ainda que em termos gerais, a partir dos valores e princípios que formam a base do ordenamento jurídico.

As decisões que versam sobre o direito fundamental à saúde podem ser consideradas, dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, como decisões insensíveis à escolha,

pois não devem estar amparadas naquilo que é desejo da maioria dos indivíduos ou, levando-se em conta pontos até aqui analisados, a mercê da possível efetividade de legislação ou políticas públicas, sob pena de impedir o exercício de direitos fundamentais. Assim, a apreciação de determinadas questões relativas ao direito à saúde pelo Poder Judiciário, é necessária para a garantia de valores que circundam a ordem democrática.

Levando em consideração o constitucionalismo e as decisões insensíveis à escolha, Dworkin esclarece

Assim, o constitucionalismo parece sair-se bem quando comparado com as metas participativas de política igualitária. É uma decisão fundamental, portanto, se o constitucionalismo aumenta a precisão das decisões políticas. [...] Se eu puder sustentar minha opinião, porém, o constitucionalismo é um aperfeiçoamento da democracia, contanto que, mas apenas contanto que, sua jurisdição esteja limitada a questões de princípio insensíveis à escolha (DWORKIN, 2012, p. 2-11).

Tais considerações são imprescindíveis quando analisamos a necessidade da plena eficácia do direito fundamental à saúde, seja através do processo legislativo, seja por meio de decisões judiciais.

Nesse contexto, Ronald Dworkin (1955, p. 11) questiona, ao pensar sobre constitucionalismo, se “é essencial que seja garantido às pessoas um nível decente de serviços de saúde, habitação ou educação?”. O autor apresenta tal questão para abordar o que deveria ser garantido a todas as pessoas e não poderia ser objeto de restrições através do poder conferido aos representantes eleitos pelo povo.

A ideia de representantes e representados é crucial. Nesse sentido, esclarece Dworkin

A sociedade igualitária deseja que seus cidadãos ingressem na política devido a um interesse compartilhado e intenso pela justiça dos resultados, devido a uma preocupação compartilhada e intensa para que as decisões distributivas tratem a todos com igual consideração (DWORKIN, 2012, p. 2-11).

Atrás da concepção de Estado que existe em uma sociedade, há a prestação jurisdicional, sendo necessário que a “concepção de Estado seja centrada em direitos”. (DWORKIN, 2003, p. 3-39). Por tal motivo, acredita-se que o ideal da prestação jurisdicional é que a mesma seja centrada na garantia de exercício dos direitos fundamentais.

Há de se considerar que os cidadãos e cidadãs elegem legisladores e não juízes, não sendo possível defender que todas as decisões de caráter político sejam levadas à esfera do Poder Judiciário. No entanto, considerando que, a efetividade do acesso ao direito à saúde encontra respaldo em decisões judiciais, se uma parcela de decisões políticas fossem retiradas do Congresso e transferidas para os órgãos do Poder Judiciário, o ideal de ordem democrática poderia, em algum sentido, ser promovido.

Nessa conjuntura, é que se pode afirmar que a atividade jurisdicional seja uma forma eficiente de garantia da ordem democrática, na medida em que há o empenho para a melhoria das instituições e que se tenha como meta oferecer a melhor resposta que o ordenamento jurídico possa dar aos casos concretos.

7. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Sabe-se que, o Estado Democrático de Direito é intimamente atrelado à garantia e efetividade dos direitos fundamentais, sendo função do Poder Judiciário tecer interpretações em consonância com a ordem democrática, visando à observância dos direitos básicos da população.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário não pode “se utilizar de critérios interpretativos voltados a restringir ou suprimir o exercício de qualquer direito fundamental” (COSTA, MOTTA e ARAÚJO, 2017, p. 858), com especial relevância ao direito à saúde.

Nesse sentido, esclarece COSTA, MOTTA e ARAÚJO (2017, p.859) citando Eduardo Moreira:

A judicialização da política ganha limites ao lado de um aumento de força, pois não é qualquer política pública, mas aquela com base em metas previstas na Constituição. Para tanto os direitos fundamentais são erigidos a fundamentos do controle, corrigindo as impropriedades das políticas públicas. Isso fica mais bem contextualizado à visão de que o Poder Judiciário é, também ele, o condutor da democracia (COSTA, MOTTA e ARAÚJO, 2017, p. 859, apud MOREIRA, 2012, p. 162).

Sobre a judicialização da saúde, há grande relevância em abordar as discussões na Suprema Corte do país, cujo histórico é de indeferimentos de recursos interpostos pelo Poder Público, a fim de afastar a obrigação de fornecimento de medicamentos de alto custo. As decisões do Supremo Tribunal Federal demonstram uma atuação proativa do Tribunal para estabelecer critérios que garantam o exercício do direito fundamental à saúde.

Nesse íterim, fazendo uma retrospectiva, no julgamento do Recurso Extraordinário 195.192/RS, em 22.02.2000, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal salientou que o Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade de concessão de medicamentos raros linear entre os entes federados - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - demonstrando, assim, a importância da responsabilização do Poder Público frente às demandas referentes ao direito à saúde.

Já no julgamento do Recurso Extraordinário 255.627 AgR / RS, em 21.11.2000, que teve como relator o Ministro Nelson Jobim e Agravo de Instrumento 486.816/AgR RJ, em 12.04.2005, de relatoria de Carlos Velloso, imputa-se ao Estado a responsabilidade da concessão

de medicamentos, acarretando o bloqueio de verbas públicas como forma de garantia do cumprimento da obrigação para efetividade do direito à saúde.

Na ADPF n. 45, o STF analisou os entraves entre os princípios da reserva do possível e o mínimo existencial, esclarecendo que, há a limitação de recursos, devendo o intérprete levá-la em conta ao afirmar que um bem pode ser exigido judicialmente, mas, por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Poder Público, ao obter recursos, é gastá-los na prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, realizando os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988 (COSTA, MOTTA e ARAÚJO, 2017, p. 859). Por fim, a Suprema Corte compreendeu que, as questões orçamentárias, configurariam óbice à efetividade do direito fundamental à saúde se a insuficiência de recursos fosse objetiva e demonstrada de forma concreta.

O Ministro Celso de Mello, relator do ADPF n. 45, foi categórico ao enfatizar sobre “a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade do governo”. (MOREIRA, 2012, p. 172) O que se depreende de tal afirmação é que, o Poder Judiciário deve atuar para repelir qualquer ato abusivo dos governantes concernentes à omissão na garantia do direito à saúde.

Havia grande preocupação do Supremo Tribunal Federal em pontuar sobre a responsabilidade dos entes federados, bem como sobre a proteção dos preceitos e garantias constitucionais, não conferindo tanta atenção à questão orçamentária.

No ano de 2009, mais precisamente nos dias 27 a 29 de abril, o Ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal na época, convocou a Audiência Pública nº 04, ouvindo especialistas, entre advogados, promotores e procuradores de justiça, defensores públicos, professores, magistrados, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde (OLIVEIRA, 2013, p. 82).

Na referida audiência abordou-se a necessidade do debate e compartilhamento de conhecimento entre variados profissionais, a fim de aperfeiçoar a atuação nas respectivas áreas, bem como respaldar a apreciação de demandas relativas ao direito à saúde. Há no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é necessária a “qualificação de todos os agentes envolvidos, pois só assim o Brasil terá como garantir aos cidadãos políticas públicas realmente eficazes” (OLIVEIRA, 2013, p.83).

Como reflexos da Audiência Pública, no julgado AIAr n. 553.712/RS, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, enfatizou o entendimento da Suprema, no sentido de que o Poder Público, seja qual for o ente federado, não pode mostrar-se desvinculado aos problemas referentes ao direito à saúde no Brasil.

Tratando-se de medicamentos de alto custo, em 17 de março de 2010, o Supremo Tribunal Federal, julgou entre Suspensões de Segurança e Suspensões de Liminar, as Suspensões de Tutela 175, 211 e 278, todas sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Essas suspensões foram interpostas pelo Poder Público contra decisões que o condenavam e determinavam ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de medicamentos de custo elevado e tratamentos não oferecidos pelo SUS.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes abordou a necessidade de prova pré-constituída, essencialidade do medicamento, impossibilidade financeira da paciente arcar com o custo de medicamento e a existência de registro do fármaco na Agência Nacional de Saúde (ANVISA). Mais uma vez, como já havia sido decidido na Suprema Corte, o Ministro enfatizou a responsabilidade solidária dos entes federados em relação ao direito fundamental à saúde.

Nas discussões das Suspensões de Tutela 175, 211, 278, o relator Gilmar Mendes também ressaltou que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado, varia de acordo com a necessidade de cada indivíduo e que, o suporte financeiro para a satisfação das necessidades sociais implica em escolhas alocativas, as quais estariam embasadas em critérios de justiça distributiva. Enfatizou, ainda, a necessidade de redimensionar a questão da judicialização da saúde no Brasil, estabelecendo parâmetros a serem analisados no caso concreto (COSTA, MOTTA e ARAÚJO, 2017, p. 861).

Considerando decisões passadas, é possível dizer que surgiu no Supremo Tribunal Federal uma maior preocupação com a questão orçamentária, abordando aspectos atinentes à reserva do possível e ensejando a necessidade de critérios para análise do caso concreto. No entanto, diante do amplo debate que a judicialização da saúde suscita na Suprema Corte, o entendimento predominante vai ao encontro da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, bem como da necessidade de efetividade do exercício do direito fundamental à saúde, a ser prestado pelo Poder Público.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a inauguração de uma nova perspectiva após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe um viés social até então ausente no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta Magna, amparada em um ideal de cidadania e igualdade, conferiu aos direitos sociais a importância que merecem.

Criando um rol de direitos sociais, a Constituição de 1988 elencou o direito à saúde como universal, devendo ser promovido mediante políticas públicas, como um dever do Estado para com seus cidadãos e cidadãs. Esse direito fundamental social, assim como os demais direitos previstos, deve ter plena eficácia para garantir condições dignas de vida a todas as pessoas.

A nova ordem democrática, inaugurada pela Constituição Cidadã, só é sustentada se forem respeitadas as premissas de participação e de vida digna a toda a sociedade, promovendo o acesso a direitos fundamentais e pleno exercício da cidadania, que não podem sofrer relativização em prol de uma suposta violação do princípio da Separação de Poderes.

Nesse diapasão, a judicialização da saúde é essencial para a garantia do caráter assistencial, universal e integral deste direito. Nas palavras de Fleury (2012, p. 159), “a judicialização das políticas diz respeito ao uso do recurso judicial como forma de exigibilidade do direito, denegado na prática das instituições responsáveis.”

A má gestão das políticas públicas e a omissão legislativa não podem servir de justificativa para a lesão do direito fundamental à saúde, pois a inobservância de direitos constitucionalmente estabelecidos, viola o pleno exercício da cidadania por parte de cidadãos e cidadãs que dependem da máquina pública para o acesso a condições dignas de vida.

Quando se pensa na estruturação atual da saúde pública no país, considerando a ampliação do conceito de saúde e da criação do Sistema Único de Saúde- SUS -, pode-se afirmar que houve uma reestruturação do pensamento atinente à necessidade de promover o acesso a este direito fundamental.

É possível afirmar que, durante um lapso temporal significativo, houve uma ampliação das instituições na busca de eficácia do direito à saúde, bem como demais direitos sociais, com trato “das relações entre instituições e os movimentos sociais como estratégicos para transformar os conteúdos do Estado e suas políticas” (LUZ, 2003, p. 25).

O cenário de redemocratização e a criação do direito social fundamental à saúde, abordado neste trabalho, podem ser compreendidos como preponderantes para o aumento das demandas judiciais para a concessão de medicamentos ou procedimentos cirúrgicos, pois o Judiciário passou a ser encarado como meio de acesso efetivo ao direito à saúde.

A esperança encontrada no Poder Judiciário para garantir a efetividade do direito à saúde, não merece críticas ferrenhas dos que não apoiam tal intervenção, pois se está diante da possibilidade de efetivação de um direito e potencial possibilidade de promoção da ordem democrática.

O aumento de demandas referentes à saúde é, na verdade, uma ampliação do acesso à justiça e uma garantia de que cada pessoa possa reivindicar direitos que lhe garantam dignidade e reconhecimento da condição de membro de uma sociedade, bem como maior participação da sociedade em questões que não podem ficar prejudicadas diante de políticas públicas ineficientes.

A crescente judicialização da saúde deve ser entendida como uma busca de efetividade e meio legítimo de exigibilidade de um direito fundamental, não havendo dúvida de que, tanto decorre, como proporciona maior estabilidade da ordem democrática.

Nesse sentido, pontua Fleury

Não há dúvidas que a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela positivação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. No entanto, também é fruto das debilidades do Legislativo, ao manter a indefinição do arcabouço legal, e do Executivo, por atuar na ausência de definição de normas ou parâmetros que impeçam as instituições estatais, por serem tão precárias, de se responsabilizar pela usuários em busca da atenção (FLEURY, 2012, p. 159-160).

Assim, além de ser garantida pelas premissas democráticas, a judicialização da saúde é potencial meio garantidor da estabilidade da democracia e da justiça social que se defende no presente trabalho.

A discussão que paira sobre a transferência de questões relativas ao direito à saúde para a esfera do Poder Judiciário é a possível violação da separação de poderes. No entanto, esse argumento não justifica a relativização de um direito fundamental, pois a maior abrangência para a exigibilidade de um direito é revestida de maior participação pública na promoção de medidas que visem igualdade e maior efetividade da ordem democrática.

A judicialização da saúde tem sido compreendida como uma interferência arbitrária do Poder Judiciário em questões que deveriam permanecer somente na esfera do Poder Executivo, mediante políticas públicas e do Poder Legislativo, mediante elaboração de leis. No entanto, diante da maior possibilidade de acesso, “a judicialização é, hoje, a maior aliada ao SUS” (FLEURY, 2012, p. 160).

Deve-se ter em mente que, direitos sociais surgem como forma de aplacar desigualdades sociais e redirecionar a distribuição de recursos, não podendo estes direitos, com destaque especial ao direito à saúde, ficarem condicionados à espera de um funcionamento efetivo de políticas públicas que, muitas das vezes, se mostram ineficientes e vulgarizam o exercício pleno de direitos fundamentais.

A judicialização da saúde não é uma interferência indevida, mas, pelo contrário, se apresenta como aliada a potencial promoção da ordem democrática e do exercício pleno da cidadania, pois o direito fundamental à saúde está intimamente ligado ao direito à vida de todas as pessoas, bem como à noção de dignidade.

Na perspectiva dos direitos sociais, é fundamental contemplar uma atuação conjunta dos poderes do Estado para confrontar as desigualdades sociais e buscar efetividade das fontes de redistribuição de recursos. Há de se ponderar que “as obrigações estatais de respeito aos direitos e garantias de sua satisfação somam-se à proteção contra a ação de terceiros que torne vulnerável o seu exercício” (FLEURY, 2012, p. 160).

Não se pode olvidar que cidadãos e cidadãs necessitam de um mínimo existencial que proporcione qualidade de vida e o sentimento de inclusão e reconhecimento enquanto indivíduo pertencente a uma sociedade democrática. Logo, “os três Poderes têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos” (BARROSO, 2007, p. 10-11).

Ao se defender a judicialização da saúde, tem-se em mente a busca pela equidade e possibilidade de contemplação de demandas que restam prejudicadas diante da omissão do poder público, sendo necessária a permissão de diversas formas que possibilite o acesso cada vez mais rápido e amplo aos serviços de saúde, sendo de “grande pertinência a articulação que a noção de equidade, como entendida pela ciência jurídica, transposta para o campo da saúde, na perspectiva da ética da justiça e dos direitos” (COSTA, LIONÇO, 2006, p. 47-55).

Assim, a aceitação da transferência de demandas que versam sobre o direito fundamental à saúde em nada obsta a efetividade da separação de poderes, mas, pelo contrário, proporciona atuação equilibrada e harmônica dos poderes da República Federativa do Brasil em prol da sociedade que se almejou criar após a promulgação da Constituição Federal de 1988, buscando, sempre, a eficiência e a possibilidade de que aqueles do povo possam ter acesso ao direito à saúde, fazendo com que cada indivíduo ou grupo populacional em situação de vulnerabilidade possa se sentir incluído num plano democrático e cidadão capaz de conferir qualidade de vida e estratégias para a exigibilidade de direitos.

Ademais, não se deseja que a atuação judicial funcione como ato de misericórdia e se desprenda de toda complexidade que é inerente à tomada de decisão, mas, sim, que não exista óbice para que o direito à saúde possa ser instrumento de análise e concessão judicial, quando tiver seu acesso negado nas esferas dos Poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista que o acesso a um direito fundamental como a saúde constitui-se em garantia de parcela do mínimo necessário ao bem-estar dos indivíduos.

Nesse diapasão, a justiça social e a sociedade que se almeja a partir da Constituição de 1988 são cruciais, conforme ressalta Barzotto

Deve-se atentar que o capítulo da ordem social tem como objetivo a justiça social, isto é, devem ser atribuídos a todos os bens (que formam o conteúdo do bem-estar) necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Este objetivo pode ser alcançado por mecanismos típicos da justiça social, atribuindo a todos o mesmo direito, independente de características particulares, ou por meio de mecanismos de justiça distributiva, qualificando o sujeito de direito de um algum modo. Assim, o direito à saúde, por exemplo, é um típico direito de justiça social: "A saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). Do ponto de vista jurídico, todos têm esse direito: ricos e pobres, trabalhadores, crianças, etc. Os serviços públicos de saúde não podem estabelecer nenhum tipo de diferenciação. A pessoa humana, considerada em si mesma, é o sujeito deste direito (BARZOTTO, 2003, p. 5-6).

Proporcionar o bem dos cidadãos e cidadãs é o objetivo da justiça social, o qual pode ser alcançado por variadas formas detentoras de legitimidade dentro do Estado Democrático de Direito, sendo essencial a garantia dos bens necessários à realização humana.

Enfim, as presentes linhas tiveram como principal intuito a defesa de que todos e todas possam pleitear o direito à saúde e vislumbrar seu acesso, pois como afirmou Arthur

Schopenhauer, “em geral, nove décimos da nossa felicidade baseiam-se exclusivamente na saúde. Com ela, tudo se transforma em fonte de prazer” (SCHOPENHAUER, 2002, p. 8).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2º ed : 2010. Editora Saraiva: Rio de Janeiro/RJ.

_____. L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigosjuridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BARZOTTO, L. F. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2010.

_____. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual - Brasília**, vol. 5, n. 48, mai. 2003, p. 5-6.

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

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 25 abr. 2019.

_____. L. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125> . Acesso em 17 de jun. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45. Diário de Justiça Eletrônico Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf . Acesso em: 17 de jun. de 2019.

BODSTEIN, R. C. A cidadania e modernidade: emergência da questão social na agenda pública. Cad. Saúde Pública, v. 13, n. 2, abril 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1997000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COHN, A. Estado e sociedade e as configurações do direito à saúde. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 8, n. 1, 2003.

COSTA, A. M.; LIONÇO, T. Democracia e Gestão participativa: estratégia para a equidade em saúde?. **Rev. Saúde e Sociedade**, v.15, 2006.

COSTA, F. V., MOTTA, I. D., ARAÚJO, D. A. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, nº 3, 2017.

DOURADO, E. A. N.; AUGUSTO, N. F.; ROSA, C. M. A. C. Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro. V Congresso Internacional de História, 2011. Disponível em: <<http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

DWORKIN, R. A Igualdade Política. In: DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Constitucionalismo e democracia**. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, nº 3:1, em 1995.

_____. Os juízes políticos e o Estado de Direito. In: _____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, 1994.

FLEURY, S. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, 2012.

_____. A questão democrática na saúde. In: _____. **Saúde e Democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

GRINOVER, A.P. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

KIMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Traduzido Luiz Carlos Borges; revisado por Marylene Pinto Michael. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2006.

LOPES, J. R. L. Os tribunais e os direitos sociais no Brasil- saúde e educação. In: _____. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

_____. Entre a teoria da norma e teoria da ação. P. 43/74. Apud LISBOA, Wladimir Barreto, STORCK, Alfredo Carlos. **Norma, moralidade e interpretação: filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus, 2009.

LUZ, M. T. Sobre as relações entre Estado e Sociedade Civil, transformações no campo da saúde a partir do referencial das ciências sociais. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, v. 8, n. 1, 2003.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, E. P. A possibilidade de controle judicial das políticas públicas. In: FIGUEIREDO, Marcelo. (Coord.). **Novos Rumos para o Direito Público – Reflexões em Homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOBRE, M. Participação e deliberação da teoria democrática: uma introdução. In: _____ COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

OLIVEIRA, M. R. M. **A Judicialização da Saúde no Brasil**. Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva, 201. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

PAIM, J. S. Direito à saúde, cidadania e Estado. 8ª Conferência Nacional em Saúde, 1986.

PAMPLONA, G.; REIS, A. R. **A judicialização da saúde: limites e possibilidades do poder Judiciário. Jurisprudência em Revista**, v. I, n. IX, 2013. Disponível em: <https://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2013/09/16/a-judicializacao-da-saude-limites-e-possibilidades-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 27 abr. 2019

PINHEIRO, R.; GUIZARDI, F. L.; MACHADO, F. R. S.; GOMES, R. S. **Demanda em Saúde e Direito à Saúde: Liberdade ou Necessidade? Algumas Considerações Sobre os Nexos Constituintes das Práticas de Integralidade**. Uerj, 2016. Disponível em: <http://site.ims.uerj.br/wp-content/uploads/2016/09/liberdadeounecessidade.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

SARLET, I. W. Perspectiva histórica: dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das assim denominadas dimensões dos direitos fundamentais. In: _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 3 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2003.

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

SCHOPENHAUER, A. **Aforismos para a sabedoria de vida**. Trad. Jair Barboza. SP: Martins Fontes, 2002.