

O DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO

The Right to Health and Its Judicialization

Angelo Antonio Depieri¹

RESUMO Com a Constituição de 1988, os direitos fundamentais passaram a ter grande destaque e com eles passou-se a prever o direito à saúde, inserido nos direitos sociais. Como direito fundamental, deve ser estendido a todas as pessoas na medida das suas necessidades. A importância da efetivação do direito à saúde está intimamente ligada à uma vida digna. Sem a devida importância dada pelo Estado e na falta de uma política de implantação na área da saúde, vemos um verdadeiro descaso pelos entes governamentais, que violam o texto constitucional, deixando ao desamparo o cidadão. Alega o Estado que não tem recursos financeiros necessários para concretizar um direito, alega a teoria da reserva do possível, com a justificativa da falta de previsão orçamentária. Com isso, o cidadão que está abandonado por uma falha exclusiva do Estado não tem outra alternativa senão, buscar o amparo no Poder Judiciário, e esse fato está ocasionando o que se chama de judicialização da saúde. O Judiciário, em contraposição à alegação da reserva do possível, alega o conceito do mínimo existencial. O presente artigo quer demonstrar que apesar da Constituição já em vigor há quase 30 anos, pouco foi feito para dar efetividade aos direitos sociais, em especial ao direito à saúde, e a judicialização foi necessária devido à inércia dos entes federativos na construção de uma sociedade mais justa, e para garantir que as normas programáticas dos direitos sociais não se tornem meras promessas.

Palavras-chave: DIREITO À SAÚDE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL, JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

ABSTRACT With the Constitution of 1988, the fundamental rights began to have great prominence and with them began to predict the right to health, inserted in social rights. As a fundamental right, it should be extended to all people as far as their needs are concerned. The importance of the realization of the right to health is closely linked to a dignified life. Without the due importance given by the State and in the absence of a policy of implantation in the health area, we see a real disregard for governmental entities, which violate the constitutional text, leaving to the helplessness of the citizen. The State alleges that it does not have the financial resources necessary to realize a right, argues the theory of the reserve for contingencies, with the justification of the lack of budget forecast. With this, the citizen who is abandoned by an exclusive fault of the State has no alternative but to seek protection in the Judiciary, and this fact is causing what is called health judicialization. The Judiciary, in contrast to the claim of the reserve for contingencies, claims the concept of the existential minimum. This article demonstrates that despite the Constitution that has been in force for nearly 30 years, little was done to give effect to social rights, especially the right to health, and the judicialization was necessary due to the inertia of federal

1 Advogado - Mestre em Direito pela UNIMEP – Professor do Curso de Direito da UNIFIA. angeloadepieri@gmail.com

entities in the construction of a society more just, and to ensure that social rights program norms do not become empty promises.

Keywords: RIGHT TO HEALTH, FUNDAMENTAL RIGHTS, EXISTENTIAL MINIMUM, RESERVE FOR CONTINGENCIES, HEALTH JUDICIALIZATION.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde está consignado na Constituição como um direito garantido entre os direitos sociais. É um direito subjetivo, indisponível assegurado a todas as pessoas e somente após 1988, ganhou a dimensão de direitos humanos fundamentais. E foi um grande avanço, por ter elevado, como base do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Assim, deve o Estado prover as condições indispensáveis para que todos se beneficiem desse direito, por ser a saúde um direito fundamental de todo o ser humano.

A Constituição de 1988 trata expressamente dos objetivos do Estado brasileiro, nela define a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, valorizando o direito à vida como direito fundamental do cidadão. No seu artigo 3º, a Constituição deixa claro que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, visa a promoção do bem de todos, construindo uma sociedade livre, justa e solidária, visando o desenvolvimento do país, erradicando a pobreza e a marginalização, com isso reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem nenhum preconceito e não permitindo quaisquer discriminações.

No texto constitucional a saúde está expressa como essencial à dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado, implementar políticas públicas que a assegurem como direito de todos os cidadãos. E ainda, como está demonstrado, o direito à saúde se caracteriza como um direito público subjetivo, obrigando o Estado a atuar positivamente para garantir a eficácia plena desse direito.

No artigo 1º da Constituição está determinado que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é a dignidade da pessoa humana. Essa dignidade só pode ser alcançada mediante o respeito aos direitos descritos constitucionalmente e entre eles o direito à saúde. Sendo este um direito fundamental, não pode ser relegado a uma mera expectativa de direito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Assim, no texto constitucional está bem definido que ações e os serviços de saúde no Brasil são de relevância pública e numa sociedade democrática ficam sujeitos aos mecanismos de controle social, evitando os abusos do Poder Público, quando na falta políticas públicas, visando o bem estar do cidadão. Ao reconhecer as ações e os serviços de saúde como de relevância pública, deve ser devidamente respeitado, e o constituinte também deixou claro que o bem jurídico da saúde prepondera no sistema jurídico brasileiro, devendo o administrador público usar de todas as formas legais, para que seja dada a máxima eficiência, tornando efetivos os direitos sociais.

Entretanto, o Poder Público não consegue tornar efetivos os direitos sociais, e em especial o direito à saúde, conforme o previsto no texto constitucional. Nessa falta de efetividade o Poder Judiciário, acaba sendo a única alternativa para se fazer cumprir o preceito da lei. Com isso, causa grandes e graves desequilíbrios nos orçamentos públicos, prejudicando a verdadeira efetividade das políticas sociais previstas. Por outro lado, não se pode deixar ao desamparo o jurisdicionado, quando um direito fundamental do cidadão não está sendo devidamente amparado por deficiência na prestação do direito por parte do Estado.

O presente artigo tem por finalidade debater que um direito previsto constitucionalmente, e que não é devidamente cumprido, por omissão do Estado, não se torne efetivo somente por ordem judicial, sobrecarregando o sistema, em virtude de demandas judiciais que podem causar graves desequilíbrios nos orçamentos públicos, e que prejudiquem uma eficiente implantação de políticas públicas visando a implementação dos direitos sociais.

Por outro lado, não pode o Poder Judiciário se calar diante da omissão do Estado, quando não faz uma política de planejamento para a implementação de um direito essencial como é a saúde, fazendo

do texto da lei mera promessa vazia. Alegando ainda o Estado, que o Judiciário está influindo na seara dos demais poderes, quando na verdade somente faz com que se cumpra um preceito constitucional.

O Judiciário demonstra aos entes governamentais, que os direitos de segunda geração, ao qual pertence o direito à saúde, encontram-se interligados ao direito da igualdade, e se busca a promoção da igualdade social, obrigando apenas a efetivação de um direito do indivíduo.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 198), a vida humana pode ser considerada como o mais importante objetivo dos direitos fundamentais quando nos diz:

A vida humana que é o objeto do direito assegurado no artigo 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos, psíquicos) e imateriais (espirituais). A “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo”. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo do seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade física-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

Também importante é o direito fundamental do acesso à saúde, quando determina que o Estado conceda a garantia mediante políticas públicas com a finalidade de minimizar as desigualdades e que promova o desenvolvimento humano e social, favorecendo principalmente aqueles que dependem exclusivamente da ação do Estado, visando diminuir as diferenças sociais, fazendo com que serviços básicos atendam de forma uniforme todos os cidadãos, principalmente aqueles que pertencem à população mais carente.

A saúde, como um direito de todos, da forma que está descrita na Constituição, ainda não foi plenamente efetivada como um bem jurídico. O reconhecimento de que é dever do Estado garantir o acesso à saúde é insuficiente para assegurar o seu efetivo exercício.

Os direitos humanos, ou direitos do homem, são reservados para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação na ordem jurídica particular (BRANCO, 2015, p. 147).

Os direitos sociais foram reconhecidos como direitos humanos na declaração de 1948, são reconhecidos como universais e como explica Fábio Konder Comparato (2013, p. 240) que “Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representou a culminância de um processo ético que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo o ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”.

Para Sarlet (2015, p. 29) “em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 369), existem diferenças entre os direitos do homem e os direitos fundamentais:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distinguí-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacial-temporamente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1999, p. 369).

A Constituição de 1988, em seu preâmbulo, diz que tem como destino assegurar o exercício dos direitos sociais, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social, assim, demonstrando a existência de um Estado democrático social de direito, elencando direitos sociais, assegurando ainda o bem-estar da sociedade.

Para Paulo Gustavo Gonçalves Branco (2015, p. 147), “a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com a posição básica das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra”.

E ainda, para este renomado autor, não significa que as distinções são incomunicáveis, mas não se coincidem no modo de proteção ou na sua efetividade. Para o jurista, “há uma interação entre as expressões”. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais.

Já em seu preâmbulo, a Lei Maior deixa claro a existência de direitos sociais em seu texto e tem como base a igualdade social e fraterna, preocupada com as questões sociais, inserindo em seu texto para que o Estado não se exima de cumprir com os preceitos constitucionais.

Ainda com relação aos princípios fundamentais, o artigo 1º estabelece que a República Federativa do Brasil, dentre seus fundamentos, traz em seus incisos, a previsão quanto à cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Encontramos a previsão no artigo 3º, que dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com o preceito de erradicar a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, e ainda, promover o bem de todos. Não deixa dúvidas, portanto, de que o texto constitucional tem o caráter social, demonstrando os objetivos da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A importância que a Constituição de 1988 dá aos direitos fundamentais é que, em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo no Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece. (FERREIRA FILHO, 2008, p. 99).

Na Constituição de 1988 os direitos fundamentais de cunho social estão elencados em seu artigo 6º de modo bem delineado e descritos da seguinte forma: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Sarlet (2015, p. 64) nos demonstra que a Constituição de 1988 foi inovadora na seara dos direitos fundamentais, argumentando que:

Pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status jurídico* que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional, muito embora se deva reconhecer que somente ao longo do tempo e de modo muito variável a depender de cada ordem constitucional os direitos fundamentais passar a fruir de um regime jurídico-constitucional reforçado e efetivamente compatível com a sua condição.

José Afonso da Silva (2005, p. 285) nos expõe que “a Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos direitos sociais e, bem distanciado deste, um título sobre a ordem social. Mas não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O artigo 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta, quando diz que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O DEVER DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

Está expressamente descrito na Constituição de 1988, um amplo rol de direitos sociais, como a educação, a saúde, o trabalho, a previdência social, entre outros direitos.

A previsão do direito à saúde como direito fundamental foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1988, e consta como um dos direitos sociais reconhecidos no artigo 6º, no capítulo dos Direitos Sociais, do Título Dos Direitos Fundamentais da Carta Magna. A importância do artigo é que o mesmo elenca a saúde no rol dos direitos sociais, e assim, já se nota a previsão em primeiro momento, dando grande relevância ao direito à saúde.

Os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Disso decorre que, “a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais, possuem aplicabilidade direta e eficácia imediata, ainda que o alcance desta eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e à luz de outros direitos e princípios” (MENDES, 2015, p. 648).

Define o artigo 196 que a “saúde é um 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 artigo deixa claro que o constituinte teve o objetivo de consagrar constitucionalmente o direito à saúde, e deixa claro que é um direito que deve ser imediatamente efetuado, fazendo gerar efeitos imediatos, dos quais se beneficie toda a sociedade. Entendemos que o artigo é de caráter imperativo, determinando ao Estado, implantar políticas e ações visando buscar o bem estar de todos.

Como já decidiu o STF, o direito à saúde além de ser um direito fundamental, está umbilicalmente associado ao direito à vida, e o Poder Público não pode simplesmente ser omissivo, causando com isso, muitos prejuízos aos cidadãos.

O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da

população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República (STF, RE 241.630-2 RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 03/04/2001).

Ao incluir o direito à saúde como direito fundamental, o constituinte teve a intenção de que todos os cidadãos pudessem usufruir de um direito público subjetivo, e como consta no artigo 198, passou a garantí-lo através do Sistema Único de Saúde (SUS), e através do qual, o Poder Público teria de cumprir o seu dever de prestar de forma digna o direito à saúde, pois é garantido o acesso universal e igualitário à todos indistintamente.

A definição da saúde como direito fundamental social, e no texto constitucional, descreve que a saúde é um serviço de extrema relevância, determinando que os brasileiros possam se beneficiar na medida em que a saúde passa a caracterizar-se como um direito público subjetivo, que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, sendo considerado o direito à promoção e à proteção da saúde, como um direito social pessoal e também como um direito social coletivo.

Os seguintes artigos da Constituição Federal de 1988, ressaltam toda importância do direito à saúde e descrevem os meios pelos quais deve ser garantido:

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

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

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Tem o Estado, como diretriz, garantir aos seus cidadãos o acesso à serviços e ações de saúde, os quais devem proporcionar atendimento integral, visando a prevenção, fornecendo serviços sociais para uma adequada assistência médico-hospitalar, conforme o artigo 198, inciso II, da Constituição.

Para Bulos (2014, p. 1563) “o direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de prestações positivas e negativas. Pela primeira vez, os Poderes Públicos devem tomar medidas preventivas ou paliativas no combate ao tratamento de doenças. Pela segunda, incumbe-lhes de abster-se, deixando de praticar atos obstaculizadores do cabal exercício desse direito fundamental”. E continua dizendo que: “embora o art. 196 CF esteja vazado em norma programática, o direito expressivo e universal que prevê não pode ficar postergado, e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, pois esse campo é incompatível com a indiferença, a acomodação, a omissão, a ignorância, a complacência e o conformismo”.

Assim é o entendimento do STF, quando diz que o caráter programático da norma, não pode transformar o Poder Público em mera promessa constitucional.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (STF, RE 297.276 SP, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 17/11/2004).

Esse é o entendimento de Paulo Gustavo Gonçalves Branco (2015, p. 154) destacando que:

A Constituição brasileira de 1988, filiou-se a essa tendência, conforme se lê no § 1º do art. 5º do Texto, em que se diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias

fundamentais, têm aplicação imediata”. O texto se refere aos direitos fundamentais em geral, e não se restringindo apenas aos direitos individuais. O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei - com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizas de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Está evidente que as normas condizentes ao direito à saúde são de aplicação imediata, não aceitando que por serem normas programáticas, fiquem esquecidas e aguardando o momento no qual o Poder Público as faça valer. Não aceitam suas postergações, não merecendo ser consideradas uma promessa constitucional inconsequente, como já é o entendimento da maioria doutrinária e ainda como já vem decidindo nossos Tribunais Superiores.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como direito à saúde - se qualifica como prerrogativa de que decorre o poder do cidadão de exigir do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional (STF, AGR RE 271.286-8 RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 19/09/2000).

Assim, o direito à saúde tem plena garantia constitucional, e deve o cidadão dele usufruir sem nenhum óbice imposto pelo Estado, que tem somente a função de implementar as prestações positivamente, cumprindo a promessa constitucional da efetivação de um direito fundamental constitucional.

A dignidade da pessoa humana deve ser tratada com prioridade pelo Estado, visando respeitar os direitos fundamentais. A norma constitucional assegura a todos o direito à saúde e precisa ser aplicada sem condições e em caráter de urgência, quando necessário, para que se respeite o referido direito.

MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL E A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O direito fundamental proclamado pela Constituição de 1988 deu à todo cidadão, para que possa viver dignamente, baseado na justiça, o que chamamos de mínimo existencial. É o que visa garantir condições humanas, nas normas constitucionais, determinando que o Estado aplique os direitos fundamentais com a máxima eficácia.

Entre os direitos abrangidos pelo mínimo existencial estão os direitos sociais, e estão descritos no artigo 1º, III, da Carta Magna, quando descreve que a República Federativa do Brasil, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, deixando transparente que o Estado fará o necessário para dar ao cidadão o mínimo de dignidade para ter uma vida realizada dentro do estado democrático de direito.

Para Ana Paula de Barcellos (2002, p. 258) o mínimo existencial, ao qual, cumpre-se frisar se reconhece a eficácia jurídica positiva e, portanto, constitui um direito exigível diante do Poder Judiciário, é composto por quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Afirma, pois, que a escolha destes como integrantes do mínimo existencial não foi orientada por critérios aleatórios nem meramente normativistas e que os dois primeiros formam um primeiro momento da dignidade humana, garantindo as condições iniciais para a dignidade.

A assistência aos desamparados, por sua vez, representa um conjunto de pretensões que procuram evitar a “indignidade em termos absolutos”. O acesso à justiça, por fim, se mostra como elemento indispensável da eficácia positiva reconhecida aos elementos constituintes do mínimo existencial (BARCELLOS, 2002, p. 301).

O mínimo existencial tem na sua essência nuclear a proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para que prevaleça o mínimo de direitos e segundo o conceito de José Afonso da Silva (2010, p. 286):

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida ao mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Ou seja, como se pode ver os direitos sociais têm a função de diminuir as desigualdades fáticas que cada sociedade possui, distribuindo suas riquezas de acordo com a situação econômica favorável a sua efetivação.

Está demonstrado no Texto Constitucional que o direito à saúde é um direito social garantido por políticas sociais e econômicas, afirmando que a garantia ao acesso universal e aos meios necessários para redução de doenças e outros agravos à saúde por meio de políticas públicas e econômicas, demonstrando que o legislador previu de forma bem clara, a existência do mínimo existencial para uma vida digna aos cidadãos brasileiros.

Após uma breve explanação de mínimo existencial, cabe agora expor também a respeito da reserva do possível.

Na falta de recursos para a implantação de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, o Estado alega a reserva do possível, como para se abster de arcar do seu compromisso constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, entre eles o direito à saúde.

Alega falta de condições financeiras e falta de previsão orçamentária, para atender os preceitos constitucionais, e consequentemente não consegue dar ao cidadão um atendimento integral e eficiente. Alega o Estado que só pode realizar o que tem dentro do orçamento, ou de sua capacidade econômica.

Com o fim de garantir aos cidadãos uma vida digna, não pode o Estado alegar falta de orçamento ou recurso inexistente que possa prejudicar o atendimento básico dos direitos fundamentais essencialmente previstos, que só pode ser alegada pelo Poder Público com justo motivo devidamente comprovado, como já vem decidindo o STF:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de

incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Cumpre advertir, desse modo, que 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, dolosamente , do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (STJ ARE 745745 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator Ministro Celso de Mello, DJE 19/12/2014).

O Estado não cumpre o que costuma prometer em relação à prestação de serviços na área da saúde e os cidadãos ficam dependentes do atendimento fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Atendimento que pode ser considerado precário e de qualidade sofrível, mas do qual dependem a maioria dos cidadãos brasileiros.

O Estado também não pode deixar de cumprir com o seu dever prestacional, pois deveria prover os direitos e garantias fundamentais que estão descritos na Constituição Federal de 1988. Garantias e direitos que aparecem com mais ênfase no artigo 5º da mesma.

Alega o Estado que não possui recursos para prover a assistência médica adequada aos cidadãos, pois não existem verbas específicas destinadas para essa necessidade. Porém, existem princípios e fundamentos que devem garantir uma vida digna aos cidadãos. Nesse momento, entram em choque os princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível.

Aos cidadãos, resta apenas recorrer ao apoio de advogados e de defensores públicos, para solicitar provisão de medicamentos e custeamento de tratamentos, visto que lhes foram negados pelo Estado. O Poder Judiciário precisa, então, atuar para que o direito à saúde seja provido aos cidadãos brasileiros. Atuação esta, que é qualificada como a Judicialização da Saúde.

Para o jurista e Ministro do STF, Gilmar Mendes (2012, p. 302), embora parte da doutrina não concorde, a judicialização dos direitos sociais e em especial ao direito à saúde, são normas programáticas, e políticas públicas são necessárias para efetivá-las, e assim descreve:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa

(negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Apesar dos quase 30 anos da Constituição Brasileira de 1988, em relação à saúde, constatamos que, de fato, esse direito social se transformou em promessa que não foi cumprida. Diariamente vemos o descaso em relação aos cidadãos, com hospitais sem infraestrutura para garantir o atendimento mínimo, internações em corredores, filas para agendar consultas e ausência de medicamentos. A qualidade do atendimento nos órgãos da saúde é precária e não cumprem com o mínimo que seria necessário. Os cidadãos sentem-se desacreditados e abandonados à própria sorte.

A alegação do Estado de que faltam recursos no orçamento para a saúde, ataca o mínimo existencial e impossibilita o cumprimento do que determina a lei. Dessa forma, não são atendidos os direitos fundamentais que são básicos para garantir a justiça social.

E ao cidadão, cujos direitos foram desrespeitados pelo Estado que não o amparou por falta de previsão orçamentária, que não atendeu ao seu direito à vida e que não garantiu seu direito de viver dignamente, resta apenas procurar auxílio do Poder Judiciário, para que faça com que o Estado cumpra com seu dever.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2002, p. 201/204), a maioria das normas constitucionais que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana, especialmente aquelas que de alguma forma envolvem prestações positivas, assumem estruturas de normas-princípios. Sem a eficácia positiva ou simétrica, as normas examinadas restam esvaziadas logo de início e, com elas, o próprio Estado de direito, já que pressupõe a submissão exigível diante do Judiciário, caso seja descumprida.

O Ministro Celso de Mello, na ADPF 45, diz que “se o Estado deixar de adotar medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operante e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe

impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que poderá ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida adotada pelo Poder Público”.

Apesar dos direitos sociais estarem vinculados de maneira controversa, nos limites orçamentários, dentro do conceito da reserva do possível, não pode o Estado, deixar de prestar de forma positiva, de forma direta ou indireta, esforços para melhorar a vida dos cidadãos, principalmente daqueles que detêm menos recursos.

E ao Judiciário cabe fazer valer as regras constitucionais, como menciona o Jurista e Ministro do STF, Gilmar Mendes (2015, p. 667) “constatando-se a existência de políticas públicas que concretizem o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário”.

A legitimidade do Judiciário para agir, será sempre, quando houver omissão do Estado, e que cause ao cidadão uma lesão, principalmente quando se tratar de não observar o direito ao mínimo existencial, levando em conta que o parágrafo 1º do artigo 5º, determina que as normas relativas a direitos e garantias constitucionais, devem ser aplicadas imediatamente pelo Estado.

O Eminentíssimo Ministro Celso de Mello no Julgamento da ADPF 45, deixa claro que as normas programáticas, “não se pode converter em mera promessa inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

Apesar de existirem críticas de que o Poder Judiciário está invadindo a esfera dos outros poderes, quando implanta as políticas sociais e econômicas, principalmente fazendo cumprir o que diz a Constituição sobre o direito à saúde, isso não procede, pois, o Judiciário está apenas agindo diante da omissão do Executivo e o Legislativo que não estão cumprindo com os ditames constitucionais, negando a eficácia dos direitos fundamentais, descumprindo com os preceitos constitucionais.

Já está prevista no STF, que a intervenção do Judiciário é possível, quando há abuso governamental, como já se observa pela decisão da ADPF 45, em que foi relator o Ministro Celso de Mello:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. 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 GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INDISPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (grifo nosso).

O que se viu desde a promulgação da Constituição de 1988 foi a leniência do Estado. Nada ou muito pouco foi feito para que os direitos fundamentais fossem respeitados e os direitos dos cidadãos até o momento foram tratados como meras promessas. Assistimos a falênciam do sistema de saúde no Brasil. O Poder Judiciário foi indevidamente acusado de interferir na esfera dos outros Poderes, quando na verdade somente tenta fazer com que se cumpra o que está determinado na Constituição.

E no conceito de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 230), que acertadamente diz que “nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade”.

Deixar o Judiciário de interpretar a Constituição de forma a fazer valer o que nela está inserido, e que sendo norma programática, demonstra que o Estado está sendo omisso. Segundo a palavra da jurista, a não atuação do Judiciário em certos casos é ir contra a própria Constituição, em sentido oposto de se promover a igualdade social, prejudicando a população mais carente e que depende de um Estado atuante para reduzir as desigualdades. O Poder Judiciário tem sido acionado com muita frequência, mas com isso não se pode dizer que ele está desrespeitando princípios constitucionais interferindo na esfera dos outros poderes, sendo estes os argumentos mais frequentes.

Sem nenhuma dúvida, a judicialização da saúde pública demonstra apenas os problemas que os cidadãos enfrentam no acesso à saúde, e tem como único recurso para a concretização do direito à saúde, onde ocorra a redução do distanciamento entre o direito legal e o direito real à saúde.

Porém, ao avaliar as pretensões para efetivação de um direito que irá implicar em custos financeiros para o Estado, o Poder Judiciário precisa atuar com discernimento e cautela, pois não conhece de fato a situação financeira do Estado e a efetivação do mesmo, pode não ser factível.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como está descrito na Constituição, o direito à saúde é direito do cidadão e responsabilidade do Estado em conceder, não podendo acreditar que é uma alternativa, mas sim uma obrigação devidamente descrita em seu texto. Deve o Estado tornar esse direito efetivo, criando políticas públicas que assegurem a todos a fluência do direito fundamental à saúde.

Desde a promulgação da Constituição já se passaram mais de 30 anos e o Estado transformou uma norma pragmática do direito à saúde em mera promessa constitucional. Utiliza do argumento da falta de recursos, quando na verdade faltam políticas governamentais sérias de implementação dos serviços de saúde.

A efetivação do direito à saúde acaba sendo judicializada devido ao Estado não cumprir com o seu dever constitucional, tornando-se, na atualidade, o meio necessário para a efetividade de uma garantia constitucional, e sempre que ocorrer uma omissão que possa causar danos à saúde, na busca

para ver o seu direito reconhecido, o cidadão buscará resguardo no Judiciário, e este fará com que se concretize o direito pleiteado.

Não está o Judiciário invadindo o campo de atuação dos demais poderes, apenas está atuando e fazendo aplicar o que já está devidamente descrito na nossa Lei Maior, e ainda, a costumeira reclamação pelos ditames da reserva do possível, não resolverá, porque, quando em conflito com o princípio do mínimo existencial, este prevalecerá, porque o Texto Constitucional protege o direito à vida que está incluído o direito à saúde.

Se os entes governamentais não trabalharem para a elaboração de políticas públicas que visem efetivar o direito à saúde, será inevitável a Judicialização desses direitos para sua real concretização. Mesmo que aleguem os mesmos argumentos de que são normas programáticas, a resposta continuará a ser que não pode o Estado transformá-las em mera promessa, sendo injustificável a inércia estatal, ou caracterizando como abusivo o comportamento governamental. A sobrevivência do cidadão está relacionada ao direito à saúde, e o agir do Judiciário somente faz exigir que um direito fundamental seja devidamente usufruído, dando ao cidadão o mínimo de dignidade humana, que é a base da Constituição da República.

REFERÊNCIAS

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745, Ministro Relator Celso de Mello, Brasília: **DJ**, 02 dez. 2014. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em 02 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, Ministro Relator Celso de Mello, Brasília: **DJ**, 24 nov. 2000. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em 02 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45, Ministro Relator Celso de Mello, Brasília: **DJ**, 04 abril 2004, P. 00012. Disponível em:
<<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20->>

[%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20\(Transcri%C3%A7%C3%A3o%20B5es\)](#). Acesso em 05 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 241.630-2 RS. Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, **Diário de Justiça**, 03 de abril de 2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho75999/false>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 297.276 SP, Relator Ministro Cesar Peluso. Brasília, DF, **Diário de Justiça**, 17 de novembro de 2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BULOS, U. L. Curso de Direito Constitucional, 8ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional, 6ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

COMPARATO, F. K. A Civilização Capitalista, 1ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, M. G. Direitos Humanos Fundamentais, 10ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

MENDES, G. F. Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade, 4ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonçalves Branco. 10ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 12ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34^a edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2010.