

O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – UMA VISÃO GERAL

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo

Juíza Federal na 10ª Subseção Judiciária de São Paulo (Sorocaba),
Doutoranda em Direito pela PUC-SP, Mestre em Direito do Estado
pela PUC-SP e Especialista em Direito Público pela PUC-SP.

RESUMO

No presente estudo, focaliza-se a utilização do Poder Judiciário para a implantação do direito fundamental à saúde.

Aborda-se a evolução dos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição, o papel do Poder Judiciário no século XXI e sua atuação proativa.

O tema tratado é de grande importância, encontrando-se na Constituição a resposta para a extensão e os limites do controle do Poder Judiciário, nessa temática de direitos à saúde, devendo ser expurgado eventual subjetivismo, permitindo-se a análise crítica da opção tomada, tutelando-se, assim, os casos concretos que estão a exigir a proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito Constitucional — Poder Judiciário — Força normativa da Constituição — Direitos fundamentais e sua proteção — Direito à saúde e sua concretização.

ABSTRACT

The present study focuses on the use of the judiciary to implement the fundamental right to health.

Discusses the evolution of fundamental rights, the normative force of the Constitution, the role of the judiciary in the XXI century and its proactive role.

The treaty issue is of great importance, lying in the Constitution the answer to the extent and limits of the control of the judiciary, that health rights issue and should be expunged any subjectivism, allowing yourself to critical analysis of the option taken, tutoring is thus on specific cases which are demanding the protection of fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O Direito à Saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, garantindo-se a todos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, segundo preconiza o art. 196, da Carta Magna¹.

Neste estudo, pretendemos demonstrar que a atuação concretizadora do Poder Judiciário está ligada ao princípio da universalização de jurisdição, estampado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, da qual toda a sociedade se beneficia, na medida em que se implementa o direito fundamental à saúde.

Registre-se, outrossim, que não temos a pretensão de esgotar a matéria sob exame, mas tão somente de trazê-la ao debate.

Vale frisar que compreendemos o direito à saúde como

[...] o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público, destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores desse direito."²

Não obstante o direito à saúde seja erigido a um direito fundamental na Constituição Federal, o Poder Legislativo deixa de regulamentá-lo para a sua concretização e o Poder Executivo não o efetiva de forma satisfatória.

Nesta seara, tem-se a atuação do Poder Judiciário, o qual é incitado a atuar com vistas a concretizar o direito à saúde, o que lhe enseja inúmeras críticas, sob o fundamento de não se tratar de um poder soberano e eleito pelo povo, e por se temer eventual afronta ao princípio da separação dos poderes.

¹ Constituição Federal, 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.

² ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da saúde, direito sanitário na perspectiva de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 39-42.

No entanto, pretendemos demonstrar neste estudo que se justifica a atuação mais proativa dos órgãos jurisdicionais, não como substituto legislativo ou administrativo, mas sim como garantidor do direito fundamental do cidadão, prestigiando-se o princípio da dignidade humana.

Para tanto, examinaremos o constitucionalismo e a evolução dos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição e o papel do Poder Judiciário no século XXI, para, por fim, estudarmos o ativismo e a concretização de direitos fundamentais, especialmente no que concerne ao direito à saúde.

1 O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Constitucionalismo inglês

A Magna Carta de 1215 surge na Inglaterra, constituindo-se no primeiro registro de limitação do poder do soberano, com o objetivo de garantir direitos aos cidadãos ingleses perante a lei.

Nessa época, o devido processo legal aparece, para que o baronato tivesse a proteção da *law of the land*, a lei da terra, ou a *rule of the land*.

Lúcia Valle Figueiredo³ revela que:

[...] os senhores feudais deveriam conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas verifica-se que ainda o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem a expressão, com que, depois, passaria do Direito Inglês para as Colônias Americanas e, mais tarde, para a Federação Americana.

Além do advento da cláusula do devido processo legal, como acepção meramente formal, na Magna Carta, em 1215, escrita em

³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Estado de direito e devido processo legal." *In Cadernos de Soluções Constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 138.

latim, já que, nesse período, fazia-se a lei, cumpria-se a lei, mas a lei era o que o soberano ditava, também se procurou assegurar o direito de propriedade e o direito de locomoção dos cidadãos.

Inicia-se um comportamento estatal para assegurar direitos e garantias aos cidadãos.

Após o advento da Magna Carta de 1215, aparecem inúmeros documentos que procuravam limitar o poder do monarca.

No século XVII, na Inglaterra, exsurge o *habeas corpus*, com o objetivo de assegurar o direito de locomoção dos cidadãos, e o *Bill of Rights*.

Assim, limita-se o poder do soberano e se confere ao Legislativo a atribuição da elaboração das leis.

1.2 Constitucionalismo norte-americano

Em 1776, tem-se o advento da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, primeira Constituição escrita que se tem conhecimento.

O Estado Constitucional manifesta-se, em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos da América, na qual se assegura a ideia de supremacia da Constituição e a garantia jurisdicional: o Judiciário é o principal encarregado de garantir a supremacia da Constituição.

Inicialmente, vale registrar que os puritanos ingleses, insatisfeitos com a política desenvolvida pela Coroa Inglesa, partiram para o novo Mundo (América do Norte), criando, no navio *Mayflower*, um contrato dos colonos, no qual são definidos seus direitos e deveres.

Na América, esses colonos têm a intenção gradual de declarar sua independência da Inglaterra.

Inicialmente, os entes confederados se revoltam pela falta de representatividade no Parlamento inglês, no que concerne, principalmente, às questões tributárias, manifestando intenções de se libertarem da Coroa Inglesa, o que culmina com a Declaração de Independência, escrita por Thomas Jéferon.

Em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América é aprovada, com inúmeros princípios, dentre eles, o princípio da tripartição de poderes e a previsão de eleições periódicas.

O Poder Judiciário desponta como um poder independente.

A linha teórica de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles de Montesquieu fez desenvolver a Carta de Direitos dos Estados Unidos, cuja proposta era emendar a Constituição Americana, fato este que teve início em 1791 e perdurou por quase duzentos anos, trazendo importantes consequências ao reconhecimento de Direitos e Garantias Fundamentais nos Estados Unidos da América, constituindo o *Bill of Rights*.

Assim, são aprovadas dez emendas à Constituição, com a finalidade de detalhar os princípios contidos na Constituição dos Estados Unidos.

Tem-se, por consequência, um modelo de Estado Constitucional, com uma Constituição rígida e suprema, no qual o órgão garantidor da Constituição é o Poder Judiciário.

Marcelo Figueiredo⁴ revela que: “o prestígio da Suprema Corte é fornecido por sua ‘independência, força e idoneidade moral de seus membros’. É a guardiã da Constituição Americana, símbolo da unidade política nacional e de seus valores”.

Lúcia Valle Figueiredo⁵ disserta que:

“É, todavia, depois das Emendas V e XIV que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda V deixa claro que os direitos à liberdade e à propriedade obedecem ao devido processo legal, o *due process of law*. Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda V.

Na Emenda XIV, há grande transformação. Isso porque já não mais se fala apenas do devido processo legal, mas na igual

⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle de constitucionalidade (algumas notas e preocupações).” In “*Cadernos de soluções constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas*”, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 187.

⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Estado de Direito e Devido Processo Legal.” In *Cadernos de soluções constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas*”, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 138.

proteção da lei: “equal protection of *law*”. Então, depois da Emenda XIV, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a “igualdade na lei”, e não só “perante a lei”.

Em sendo assim, pensamos que o modelo americano é paradigmático, porque, desde então, o controle de constitucionalidade difuso, combinado com o modelo concentrado, restam preservados.

Outrossim, no modelo americano, a jurisdição tem o poder de dizer o Direito com força vinculante, na medida em que o precedente deve ser observado por todos e de forma imediata.

1.3 Constitucionalismo francês

A França também procurou conter o Poder do Soberano e criar um Parlamento livre, através da aprovação, em 1789, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (liberdade-igualdade-fraternidade).

Em 1791, o preâmbulo da Constituição Francesa traz a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, consagrando direitos fundamentais de primeira geração (liberdade) e de segunda geração (igualdade material), bem como a separação dos poderes.

Na França, a Constituição se aplica na medida da lei, já que o legislador é quem diz o Direito, e não a Constituição, não cabendo, por consequência, ao Judiciário, limitar o Poder Legislativo.

Em 1804, desponta o Código de Napoleão, o qual rende ensejo ao aparecimento de uma concepção legalista e literal, garantindo-se a supremacia da lei e a manutenção dos interesses da burguesia.

Assim, a fonte do Direito, anteriormente feita pelo monarca, ou pela Igreja, passa a ser feita pelo legislador. Na falta da lei, utilizava-se das fontes delegadas do Direito, constituídas pela analogia e costumes, possibilitando-se, dessa forma, o controle do Direito pela burguesia.

Neste passo, exsurge a corrente exegética do Direito, cabendo ao Juiz ler o Direito, para bem aplicá-lo.

Cuida-se da interpretação literal do Direito.

Anote-se que essa aderência ao que está escrito na lei é o oposto do que ocorre nos Estados Unidos da América, em que o Direito só surge quando há uma decisão judicial.

1.4 Constitucionalismo contemporâneo (fraternidade)

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgem os direitos de terceira geração (fraternidade): direitos transindividuais ou metaindividuais.

Trata-se do constitucionalismo contemporâneo, no qual as constituições começaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo, com a rematerialização constitucional, com extenso rol de direitos fundamentais, reconhecendo-se a força normativa da Constituição.

Assim, sob essa nova concepção, tem-se uma Constituição rígida com força normativa, dispondo de ferramentas que controlam a constitucionalidade de leis e atos.

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Antes de adentrarmos ao exame do papel do Poder Judiciário no século XXI, devemos, preliminarmente, analisar a Constituição sob a ótica dos intérpretes concretistas, os quais a compreendem como responsável pela unidade política da Comunidade.

Para Konrad Hesse:⁶ *“La Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad.”*

O Estado, com funções estatais, e a Sociedade, dotada de funções não estatais, formam a Comunidade.

⁶ HESSE, Konrad, “Escritos de Derecho Constitucional”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16: *“A Constituição é o ordenamento jurídico fundamental da Comunidade.”* (tradução livre da autora).

Não há justaposição entre Estado e Sociedade, porque não deve haver hierarquia entre eles.

O Estado administra a Sociedade com a autoridade suprema, que é a soberania estatal.

A Sociedade, por sua vez, aproximou-se mais do Estado, mediante a ativa participação dos cidadãos, por meio da democracia e seus instrumentos, como o referendo e a iniciativa popular no processo legislativo, dentre outros.

O aumento dos intermediários entre Estado e Sociedade – associações civis, sindicatos, partidos políticos – tornam as funções não estatais mais atuantes, o que propicia maior coesão entre Estado e Sociedade, ou seja, entre as funções estatais e não estatais da Comunidade.

A unidade política da Comunidade vem destacada em sua natureza funcional, que, no entanto, admite tensões entre a ordenação constitucional e realidade política e social.⁷

Hesse⁸ diz que:

Por el contrario, la unidad política que debe ser constantemente perseguida y conseguida en el sentido aquí adoptado es una *unidad de actuación* posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo *funcional*. La cual es condición para el que dentro de un determinado territorio se puedan adoptar

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1994, p.119: “É certo que a teoria da constituição acolhe positivamente a ‘existência de conflitos’ e reconhece a sua indissociabilidade da vida humana comunitária. Mesmo neste aspecto, se verifica, contudo, que eles são dimensionados, não na sua ‘estrutura de tensão’, mas como garantia da criação e manutenção da ‘unidade política’.

⁸ HESSE, Konrad, op. cit., p. 08-9: “Pelo contrário, a unidade política, que deve ser constantemente perseguida e alcançada no sentido aqui adotado, é uma *unidade de atuação*, posibilitada e realizada mediante o acordo ou o compromisso, mediante o assentimento tácito ou a simples aceitação e respeito, chegado o caso, inclusive, mediante a coerção realizada com resultado positivo; em uma palavra, uma unidade de tipo *funcional*. A qual é condição para o que, dentro de um determinado território, se possam adotar e se cumpram decisões vinculantes, para que, em definitivo, exista ‘Estado’, e não anarquia ou guerra civil.” (Tradução livre da autora).

y se cumplan decisiones vinculantes, para que, en definitiva, exista 'Estado' y no anarquía o guerra civil.

Desse modo, o Texto Magno apresenta-se como instrumento político e jurídico de ordenação e fundação social, tanto que “a Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel⁹, tal como caracterizada por Lassalle.”¹⁰

Assim, “[...] a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade resultante do facto de a Constituição ser um *estatuto jurídico do político*.”¹¹

A manutenção da Constituição se origina do simultâneo condicionamento entre o Texto Constitucional e a realidade político-social subjacente, a qual sempre deve preservar a força normativa da Constituição.¹²

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI

André Ramos Tavares¹³ assinala que:

⁹ Segundo Ferdinand Lassalle: “Quando podemos dizer que uma ‘constituição escrita é boa e duradoura?’ [...]: Quando essa constituição escrita ‘corresponder à constituição real’ e tiver suas raízes nos ‘fatores reais do poder que regem o país.’ Onde a constituição ‘escrita’ não corresponder à ‘real’, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dias menos dias, a constituição escrita, a ‘folha de papel’, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” (LASSALLE, Ferdinand, *A Essência da Constituição*; prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2ª edição, Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988, p. 41-2).

¹⁰ HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª edição, 1991, Coimbra: Livraria Almedina, p. 215.

¹² HESSE, Konrad, “A Força Normativa da Constituição”, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, [...]. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se (*sic*) fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder [...], mas também a vontade de Constituição [...]”

¹³ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

[...] em muitas situações, a retirada do juiz constitucional do cenário de implementação de direitos fundamentais, constitucionalmente verbalizados, vai produzir resultados semelhantes às posturas liberais de diminuição do papel do Estado.

O Estado Social é um Estado intervencionista.

O Estado deixa de ser um ente omissor, tornando-se um ente ativo, intervencionista: no Estado Social a regra é o agir, o prover.

Quando o Estado não age, cabe ao indivíduo incitá-lo, via Judiciário.

O Estado-juiz passa a ocupar um espaço importante na realização da justiça social. Decorre, daí, o aumento da demanda judicial com um conflito entre os poderes praticamente inafastável.

Esse conflito entre os poderes se acentua no Estado Constitucional, no qual a pedra de toque é o controle de constitucionalidade: os atos de Executivo e do Legislativo serão submetidos ao crivo da Constituição, personificada no Judiciário, no sistema brasileiro.

Lenio Luiz Streck¹⁴ assinala que “As Constituições Sociais” devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais.”

Segundo o mesmo autor, “o juiz (e o operador jurídico “lato sensu”) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição.”¹⁵, devendo os operadores do direito ter em mente de que há, no Estado Democrático de Direito, uma tutela constitucional do processo.

No Estado Democrático do Direito, o Poder Judiciário passa a integrar o circuito de negociação política, nas palavras de Campilongo¹⁶:

[...] garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma

¹⁴ STRECK, Lenio Streck. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5ª edição revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 246.

¹⁵ *Op. Cit.*, p. 250.

¹⁶ CAMPILONGO, Celso. “Os Desafios do Judiciário”, p. 49, *apud Op. Cit.*, p. 257.

função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva.

Nesta seara, pensamos que a valorização e as especificidades do Direito, inerentes ao Estado Democrático do Direito, desloca o centro de decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo em direção ao Judiciário.

Referida questão também se extrai do discurso de Posse do Presidente do STF, Min. Celso de Mello, ao dizer que:

[...] os juízes, em sua atuação institucional, não podem desconhecer a realidade insuprimível dos direitos essenciais da pessoa, trata-se de direitos de primeira, segunda ou de terceira gerações. O Poder Judiciário constitui o instrumento das liberdades civis e das franquias constitucionais.

Nas omissões materiais imputadas ao Estado-Administração e até ao Estado-legislador, o juiz constitucional é chamado para fins de implementação dos direitos fundamentais sociais proclamados em certas constituições contemporâneas.

Ao contrário das clássicas liberdades negativas, agora é assinalada uma tarefa ativa ao Estado, constituindo-se o juiz constitucional num protetor da vontade constitucional de implementação desses direitos.

Conclui-se, dessa forma, que o papel do Juiz sofreu grandes modificações, cabendo ao Juiz dizer, em cada caso concreto, qual dos princípios em conflito deverá prevalecer para solucionar o caso trazido à baila.

Nesta seara, cumpre anotar, também, os diversos tipos de litigiosidade, os quais, ao Juiz Constitucional, são ofertados: (i) litigiosidade individual, sobre a qual o estudo e dogmática do direito foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões ou ameaças a direitos individuais; (ii) litigiosidade coletiva: envolve lesões ou ameaças a direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos (Ministério Público, Associações etc.); (iii) litigiosidade em massa ou de alta intensidade: que

ensejam a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões jurídicas e/ou fáticas comuns para a resolução da causa.¹⁷

Em sendo assim, paralelamente à necessária mudança da cultura ao litígio, com o amplo incentivo à mediação e à conciliação, urge ao Juiz Constitucional uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva.

Pensamos que o Poder Judiciário, no século XXI, não deve “invadir” a área de atuação do Poder Executivo, mas tão somente corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, promovendo ações afirmativas, com a compatibilização de políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.

Acreditamos, outrossim, que não cabe ao Poder Judiciário ou à jurisdição constitucional sufocar o espaço da política, dos indivíduos e a autonomia privada da pessoa humana, mas lhe compete preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, tutelando os direitos à saúde, inclusive, contidos na Carta Magna.

4 ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Como vimos no tópico anterior, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde.

Entretanto, as decisões judiciais têm gerado conflitos para os elaboradores e executores das políticas públicas, que são compelidos a garantir prestações sociais das mais diversas formas e além das possibilidades orçamentárias.

¹⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. NUNES. Dierle José Coelho. “Ativismo e protagonismo judicial em xeque – Argumentos pragmáticos.” *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n.2106, 7 abril de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12587>>.

O debate sobre o direito à saúde e o dilema entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” alcança outros aspectos que estão a exigir, do Poder Judiciário, conhecimentos eminentemente técnicos multidisciplinares sobre medicamentos e suas propriedades, procedimentos, tratamentos e seus prognósticos de eficiência, exames complexos e sua necessidade e tantas outras questões afetas à área médica e de saúde pública.

De acordo com Lenio Luiz Streck:¹⁸

Ou seja, o sentido da Constituição não pode continuar velado (isto porque, passados mais de quinze anos desde sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, “não descoberto”). Por isto, para interpretar a Constituição (“entendida como o novo, o estranho), é necessário, primeiro, “tornar transparente a própria situação hermenêutica a fim de que o estranho ou diferente do texto possa fazer-se valer antes de tudo”, isto é, sem que nossos “pré-juízos” não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e “assim escondam o específico do texto”. Não podemos esquecer, como diz Gadamer, que “toda compreensão começa com o fato de que algo nos interpela”. Ou seja, para compreender, temos que pôr entre parênteses os pré-juízos.

Em sendo assim, os pré-juízos devem ser extirpados da atuação jurisdicional, a qual deve se pautar pela transparência, inclusive.

Por outro lado, constata-se que o direito à saúde não é ilimitado e absoluto, podendo ser restringido ou não incidir em determinada situação fática, o que não impede o jurisdicionado de questionar as escolhas do Poder Executivo perante o Poder Judiciário, quando será feita uma ponderação de interesses ou da adequabilidade normativa. Ressalte-se que é na Constituição que a resposta a essa questão, quanto à extensão e limite do controle, deve ser encontrada.

¹⁸ Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª edição, revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 305.

Luís Roberto Barroso¹⁹ revela que o juiz:

[...] (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (iv) e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. [...] Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a “favor” e não contra a democracia.

O mesmo autor, ao examinar a capacidade institucional do Judiciário e seus limites, anota que:

[...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.²⁰

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.” *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 14.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.” *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 17. Luís Roberto Barroso diz que, no ativismo, há uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude. Segundo Luís Roberto Barroso: “a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins sociais.”

Barroso assinala, ademais, que a doutrina constitucional contemporânea tem explorado a ideia de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.

Segundo citado autor:²¹

“Capacidade institucional” envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. [...]. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos ou científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Nas situações acima transcritas, Barroso sugere que o Poder Judiciário prestigie as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para os juízos discricionários dotados de razoabilidade.

O mesmo autor revela que o risco de “efeitos sistêmicos” imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em casos relacionados ao setor da saúde, uma posição de cautela e deferência, por parte do Judiciário.

O fato é que o direito fundamental à saúde não pode ficar desprovido de tutela jurisdicional.

Neste passo, pensamos oportuno gizar que compartilhamos do posicionamento de Marcelo Figueiredo²², segundo o qual a questão deva ser delimitada conforme os parâmetros do próprio regime constitucional, que são: (i) princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional; (ii) cabe ao Poder Judiciário aplicar os valores e

²¹ BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 16.

²² FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma Visão Geral”, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, “in” <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>, p. 29.

direitos constitucionais consoante o Estado Democrático de Direito, do qual constitui o Brasil; (iii) os direitos e garantias fundamentais devem embeber a interpretação da constituição e de seus destinatários; (iv) observância ao princípio da dignidade da pessoa humana; (v) a consideração de que os direitos constitucionais fundamentais, como saúde, educação, moradia etc. são de variada eficácia e aplicabilidade e demandam a integração dos vários poderes para sua total fruição pelos particulares.

Ana Paula de Barcellos sugere que deve haver uma solução intermediária entre a ausência do controle jurisdicional de políticas públicas e a politização do Direito.²³

Referida autora assinala que será possível controlar as políticas públicas, em abstrato, com relação às metas e prioridades por parte do Poder Público, em matéria de direitos fundamentais, e, em concreto, quanto ao resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor, a quantidade de recursos a ser investida, o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público e a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

A mesma autora revela que os controles acima descritos podem ser veiculados em ações individuais, coletivas ou via controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos do Poder Público.

Pensamos que seja possível o controle judicial das políticas públicas, envolvendo o direito à saúde, no Brasil, no que concerne à sua adequação ao conteúdo e aos fins estabelecidos na Constituição, constituindo-se em verdadeiro dever do Estado-Juiz.

A teoria da “reserva do possível” deve ser acolhida com inúmeras ressalvas, na medida em que, em nome dessa teoria, não se pode pretender impedir o reconhecimento de direitos a prestações estatais e também não podemos nos fixar nas meras alegações de falta de recursos públicos.

²³ BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, número 3, 2006, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, p.28.

Neste tópico, revela-se importante consignar os julgados proferidos pelo Eg. STF, na ADPF 45 e R.E. AgR 410715/SP, em ambos tendo o Ministro Relator Celso de Mello, a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal e o controle das políticas públicas, no qual restaram examinadas as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

Neste passo,

[...] quando o Judiciário busca a concretização do texto constitucional, na maior medida possível, com a máxima eficácia das normas constitucionais, com ponderação, um discurso fundamentado e respeito aos limites do administrador, no que tange ao orçamento ou a discricionariedade administrativa, configura-se o concretismo judicial e, aí sim, uma atuação positiva.²⁴

Pensamos, por consequência, que a atuação mais ativa do Poder Judiciário com a finalidade de concretizar o direito fundamental à saúde demonstra ser um meio adequado para se afirmar a força normativa da Constituição, sendo o Estado cumpridor de seu papel constitucional, garantindo-se o direito constitucional à saúde e limitando-se, o Poder Público, em estrita observância ao princípio da separação dos poderes e ao disposto nos arts. 3º e 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição Federal.

CONCLUSÕES

1. O Direito à Saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.
2. A atuação do Poder Judiciário está ligada ao princípio da universalização de jurisdição, estampado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

²⁴ COSTA. Keirton Nascimento e. LEHFELD, Lucas de Souza. “A intervenção do Poder Judiciário na Administração dos Recursos destinados à garantia do Direito Coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial?”. Coordenação: Maria Garcia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: IBDC, Ano 21, vol. 85, outubro/dezembro -2013.

3. Não obstante o direito à saúde seja erigido a um direito fundamental na Constituição Federal, o Poder Legislativo deixa de regulamentá-lo para a sua concretização e o Poder Executivo não o efetiva de forma satisfatória.
4. Justifica-se a atuação mais proativa dos órgãos jurisdicionais, não como substituto legislativo ou administrativo, mas sim como garantidor do direito fundamental do cidadão.
5. A unidade política da Comunidade vem destacada em sua natureza funcional, que, no entanto, admite tensões entre a ordenação constitucional e realidade política e social.
6. A manutenção da Constituição se origina do simultâneo condicionamento entre o Texto Constitucional e a realidade político-social subjacente, a qual sempre deve preservar a força normativa da Constituição.
7. Nas omissões materiais imputadas ao Estado-Administração e até ao Estado-legislador, o juiz constitucional é chamado para fins de implementação dos direitos fundamentais sociais proclamados em certas constituições contemporâneas.
8. É possível o controle judicial das políticas públicas, envolvendo o direito à saúde, no Brasil, no que concerne à sua adequação ao conteúdo e aos fins estabelecidos na Constituição, constituindo-se em verdadeiro dever do Estado-Juiz.
9. O ativismo judicial com a finalidade de implementar o direito fundamental à saúde, concretizando a Constituição Federal, demonstra ser um meio adequado para se afirmar a força normativa da Constituição, sendo o Estado cumpridor de seu papel constitucional, garantindo-se o direito constitucional à saúde e limitando-se o Poder Público, em estrita observância ao princípio da separação dos poderes e ao disposto pelos arts. 3º e 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social

e o controle jurídico no espaço democrático”. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, número 3, 2006, Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. NUNES. Dierle José Coelho. “Ativismo e protagonismo judicial em xeque – Argumentos pragmáticos.” *Revista Jus Navegandi*. Teresina, ano 14, n.2106, 7 abril de 2009, Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/12587>>.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.” *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed., 1991, Coimbra: Livraria Almedina.

COSTA. Keirton Nascimento e. LEHFELD, Lucas de Souza. “A intervenção do Poder Judiciário na Administração dos Recursos destinados à garantia do Direito Coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial?”. Coordenação: Maria Garcia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: IBDC, Ano 21, vol. 85, outubro/dezembro -2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Estado de direito e devido processo legal.” In *Cadernos de Soluções Constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas*”, São Paulo: Malheiros Editores, 2003

FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle de constitucionalidade (algumas notas e preocupações).” In *“Cadernos de soluções constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas”*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FIGUEIREDO, _____ . “O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral”, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, “in” <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2ª edição, Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988, p. 41-2).

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da saúde, direito sanitário na perspectiva de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 39-42.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise - Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª edição revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.