

UMA ANÁLISE ACERCA DA EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA DO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE

*Winston de Araújo Teixeira*⁴²⁵

Recebido em: 12/02/2016

Aprovado em: 20/08/2016

RESUMO

O presente artigo versa sobre a judicialização do acesso ao direito à saúde mediante o Ativismo Judicial. Tem por objetivo realizar uma definição de saúde, sua abrangência enquanto direito social fundamental, apontar a inefetividade das normas atinentes ao direito à saúde, bem como a busca constante - dos usuários do sistema único de saúde - ao Judiciário como forma de garantir o acesso ao direito à saúde. Para sua consumação, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, os métodos de procedimento histórico, interpretativo e analítico, bem como as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Cumprindo todos os objetivos estabelecidos, descreve que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas um conjunto de determinantes sociais que favorecem a dignidade da pessoa humana. Procede à análise da efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam o direito à saúde no Brasil. Critica a busca excessiva do Judiciário para garantir o acesso à saúde pública. Firma a conclusão de que o Ativismo Judicial é importante para o Estado Democrático, mas não é a melhor solução para a saúde pública brasileira.

Palavras-chave: Direito à saúde. Saúde Pública. Inefetividade das Normas. Judicialização. Ativismo Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea onde o capitalismo dita as regras de convivência e de desenvolvimento econômico-social, se faz necessário cuidar da vida, e conseqüentemente, da saúde, pois o ritmo intenso de trabalho, cujos indivíduos estão submetidos, aliado ao sedentarismo e a má-alimentação tem provocado um aumento considerável de doenças crônicas não transmissíveis, como: o diabetes, a hipertensão, a obesidade, etc.

⁴²⁵ Mestrando em Direito Constitucional pelo PPGDIR/UFRN. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública. Professor substituto do Curso de Bacharelado em Direito da UFRN/CERES/CAICÓ/RN. Advogado Trabalhista. Endereço eletrônico: winstonserranegra@gmail.com.

Nesse contexto, o que se vê é uma população cada vez mais doente em busca de um serviço de saúde mais qualificado e mais eficiente, quando na realidade o que tem-se é uma disparidade entre a procura e a oferta de profissionais e serviços disponíveis, o que leva os usuários do sistema de saúde a reclamar e a considerar os serviços e ações de saúde ineficientes, cabendo a estes, acionar a alternativa disponível, que é o acesso ao Judiciário.

A saúde é um direito social fundamental à existência humana que precisa ser garantido e efetivado, mediante políticas públicas eficientes. Acontece que mesmo havendo previsão legal desse direito e determinações neste sentido, ainda há casos, cada vez mais frequentes, de afronta às normas legais. Enquanto o Legislativo impõe regras para a aplicação e fiscalização dos recursos públicos na saúde, o Executivo impõe barreiras na sua execução, ocasionando, assim, danos à saúde individual e coletiva.

O que se quer é progredir. As inovações trazidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no sentido de tornar a saúde um bem relevante para a sociedade e para o direito não podem ser relegadas. No cenário internacional existem organizações e documentos que regulam e buscam preservar o direito à saúde de todos, pois associam à saúde à dignidade da pessoa humana. Criaram, inclusive, a cláusula do não regresso, isto é, os Estados que atingirem certo grau de desenvolvimento e aplicarem determinada quantia na política pública de saúde, não podem mais diminuir estes investimentos, mas, somente, ampliar e melhorar as ações e serviços de saúde ofertados à população.

Destarte, o problema para cujo foco se deseja chamar atenção está na natureza jurídica do direito à saúde, sua importância enquanto direito social fundamental, sua garantia constitucional e legal, a inefetividade das normas atinentes à saúde, a crescente judicialização na busca pela garantia do direito à saúde. E mais, objetiva-se, aqui, proceder a delimitação do Ativismo Judicial, bem como os benefícios e prejuízos decorrentes dessa judicialização, tanto para os demandados quanto para a sociedade.

Toda pesquisa neste tema se mostra de fundamental importância para a coletividade e para os usuários do sistema de saúde pública brasileira. O caos em que se encontra o Sistema Único de Saúde (SUS) reflete na quantidade e na qualidade dos serviços prestados. Por isso, faz-se necessária uma reflexão acerca da legislação atinente ao direito à saúde e a sua falta de efetividade, e a partir de então buscar a melhor solução para o problema dos milhares de brasileiros que vivem à espera de um atendimento qualificado capaz de promover a sua dignidade enquanto ser humano.

Destaca-se que para o desenvolvimento do vertente artigo foi utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral acerca da definição de saúde delimitada

pelas organizações internacionais, mormente, a ONU e a OMS, tendo sido extraído a mais nova acepção da saúde. Quanto aos métodos de procedimento, lançou-se mão ao método histórico, com a análise da origem do conceito de saúde, sua garantia enquanto direito social fundamental, do método interpretativo, para o enfrentamento da legislação pertinente; e, ainda, do método analítico, através do qual se examinou as questões doutrinárias concernentes ao tema trabalhado. Por fim, no que tange às técnicas de pesquisa, recorreu-se a bibliografia, através da extração de informações contidas em livros, periódicos e artigos de internet; e da documental, com a obtenção de dados contidos na legislação e nas decisões judiciais do país. Todo esse processo, tal qual se evidencia nas páginas abaixo, resultou na construção de um trabalho estruturado e sistematicamente disposto, além da introdução.

2 A DOCTRINA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS (SAÚDE)

Os direitos constitucionais de segunda geração também denominados de direitos sociais representam uma luta permanente da humanidade na busca pela sua efetividade, no entanto, um fato histórico ocorrido no cenário mundial marcou essa luta. A II Guerra Mundial é considerada um marco na busca pela garantia e efetividade desses direitos.

Segundo Aith (2009, p.70/71):

A saúde sempre foi objeto de preocupação pública e de normatização, mas foi principalmente após a Segunda Guerra Mundial que as sociedades, por meio do Direito, passaram a dedicar maiores atenções para a produção de normas jurídicas de proteção do direito à saúde. As atrocidades cometidas pelos nazistas e fascistas deixaram explícita a necessidade de haver normas internacionais mais eficazes para a proteção da dignidade humana e dos direitos humanos. Foi a partir de meados da década de 1940 que a comunidade internacional resolveu criar importantes organismos e mecanismos de proteção dos direitos humanos, dando existência, por exemplo, à Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e à Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1948.

Cabe observar também que a saúde é um direito fundamental do homem, pois como observa Dallari (1988, p. 24):

Ninguém tem dúvida de que o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde.

O Brasil vem acompanhando esse pensamento desde o reconhecimento do direito à saúde como direito humano fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988 e

regulamentado por vasta legislação infraconstitucional. Nessa esteira de pensamento, Paim *et al.* (2011, p. 03) afirma que

Hoje o sistema de saúde brasileiro é formado por uma rede complexa de prestadores e compradores de serviços que competem entre si, gerando uma combinação público-privada financiada, sobretudo, por recursos privados. O sistema de saúde tem três subsetores: o subsetor público, no qual os serviços são financiados e providos pelo Estado nos níveis federal, estadual e municipal, incluindo os serviços de saúde militares; o subsetor privado (com fins lucrativos ou não), no qual os serviços são financiados de diversas maneiras com recursos públicos ou privados; e, por último, o subsetor de saúde suplementar, com diferentes tipos de planos privados de saúde e de apólices de seguro, além de subsídios fiscais. Os componentes público e privado do sistema são distintos, mas estão interconectados, e as pessoas podem utilizar os serviços de todos os três subsetores, dependendo da facilidade de acesso ou de sua capacidade de pagamento.

A seguir, aborda-se a tendência à judicialização do acesso ao direito à saúde, que cresceu em virtude da descrença da sociedade na atuação do Executivo, e da perda de credibilidade do Legislativo diante da inefetividade das normas por ele criadas, o que acaba levando os indivíduos a recorrerem cada vez mais ao Judiciário para suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, caracterizando assim, uma modalidade de Ativismo Judicial, que se insurge como garantidor desses direitos, através do deferimento das demandas judiciais.

Deve-se notar que as mudanças sociais provocaram grandes avanços no ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o tratamento diferenciado das normas constitucionais, as quais passaram a ganhar maior efetividade mediante uma aplicabilidade imediata, muitas exigidas pela sociedade, através de ações judiciais, em face da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, mediante alegações múltiplas, mas pouco convincentes ou plausíveis sob o ponto de vista do usuário dos sistemas de saúde.

Com o intuito de combater a definição dos direitos constitucionais sociais como meras normas programáticas, a doutrina da efetividade busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa, alcançando assim, sua eficácia plena, a fim de coibir esse comportamento adotado pelos poderes Legislativo e Judicial.

Mello (2009, p. 58) lembra que o Direito impõe condutas e que os dispositivos constitucionais “estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos”. Assim, mesmo as regras programáticas que dispõem sobre a “realização da Justiça Social” atribuem ao Estado brasileiro o “indeclinável dever jurídico de realizá-la”.

Nesse diapasão concordam (SALAZAR; GROU, 2009, p.26) ao afirmarem que

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham

teores eficazes distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.

Sobre a eficácia dos direitos sociais, vale mais uma vez lembrar o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, *in verbis*: “as normas definidoras de direitos fundamentais sejam estes civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata”. (Constituição Federal, 1988)

O que se depreende dessa doutrina é que as normas constitucionais, assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro, possui o caráter imperativo, ou seja, o condão da obrigatoriedade, o que por sua vez, pode ensejar a procura de meios outros, necessários a essa garantia, seja por meio de ações individuais ou coletivas, mas sempre através do Judiciário, que passa a ter papel decisivo e fundamental na concretização das normas constitucionais, visto que a própria Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 5º, inciso XXXV, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o qual garante à inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário quando da lesão ou ameaça a direito, como é o caso da saúde.

Assim sendo, quando o indivíduo se sente ameaçado ou sofre alguma lesão a um direito garantido por lei, não lhe resta outra alternativa além da que está consagrada na Constituição, isto é, de intentar ação judicial contra o órgão competente para garantir o acesso àquele direito ameaçado ou lesionado. Esse entendimento ganha respaldo na evolução do pensamento jurídico-constitucional, que vê no Ativismo Judicial uma alternativa para o combate à inefetividade das normas constitucionais.

Novelino (2008, p. 85/86) reforça essa ideia ao afirmar que

O constitucionalismo contemporâneo decorre de uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do direito, preocupadas em desenvolver um trabalho crítico e não apenas descritivo. [...] o resultado dessa mudança de paradigma é uma Constituição transformadora que pretende condicionar as decisões da maioria, tendo como principais protagonistas os juízes e não o legislador.

Isso significa que a aplicação da Constituição já não depende exclusivamente de uma intermediação legislativa, podendo ocorrer de forma direta, sendo o neoconstitucionalismo, um dos responsáveis por impulsionar o surgimento de uma nova teoria jurídica compatível com o Estado constitucional democrático. (NOVELINO, 2008, p. 86)

Para o constitucionalismo contemporâneo, também chamado de Neoconstitucionalismo, a Constituição Federal não poder ser apenas uma “carta de intenções” e sim uma realidade sócio legal sob pena de confrontar-se com sua própria natureza jurídica. Por isso, surge a grande dúvida para o julgador de como proceder diante do fato concreto.

Nesse caso, a primeira observação a ser feita é a da diferenciação entre regras e princípios, já que a atuação do legislador ou do intérprete judicial dependerá dessa primeira observação. Enquanto que as regras são normas gerais que devem sempre ser cumpridas, em virtude de sua coercitividade e imperatividade, ou seja, caso se descumpra a determinação por ela imposta a pena cabível será aplicada ao responsável pelo ato, seja por ação ou omissão. Por outro lado, o princípio representa um direito fundamental, um valor, um fim, que pode ser interpretado, sofrendo alterações em face de objetivos maiores, isto é, o princípio não possui essa característica da imperatividade, tornando-se mais flexível, podendo, portanto, se adequar à realidade com base na interpretação do julgador que poderá recorrer à razoabilidade e a proporcionalidade, para aplicar ao caso concreto a melhor solução de modo a preservar os interesses coletivos.

Acontece que, em muitas situações, esses princípios se “chocam”, assim como numa sociedade sempre há interesses conflitantes. É nesse aspecto que cabe a intervenção do legislador, ou na sua omissão, do Judiciário, para dirimir a lide e apresentar a melhor solução possível, de modo que não haja simples demandados, mas, sim, beneficiados pela norma, cada um na sua proporcionalidade.

Conforme os ensinamentos de Barroso L. (2006, p. 6) essa colisão pode se dar de três formas: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre outros princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Quanto à primeira hipótese, pode ser citado como exemplo o choque entre o princípio da livre iniciativa e a proteção do consumidor; já no segundo caso, pode-se citar o embate entre o direito à saúde e à vida de um indivíduo e outro, como ocorre nas filas de transplantes, e no último caso, a exemplificação se dá através do princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental à saúde.

Além de entender as espécies de colisão entre princípios e direitos é fundamental a interpretação do constitucionalismo e da democracia quando da aplicação da lei, visto que constitucionalismo significa limitação do poder e supremacia da lei, enquanto que a democracia representa a soberania popular e a vontade da maioria. Por sua vez, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuem o dever de promover os direitos fundamentais entre eles o direito à saúde, na maior extensão possível, já que um Estado Democrático, como o Brasil, deve preservar a dignidade da pessoa humana, como pedra basilar da sociedade, ou seja, toda e qualquer decisão deverá preservar a vida, a liberdade, a igualdade, mesmo quando do aparente choque entre estes direitos e outros princípios democráticos, como a ordem econômica.

Contudo, nem todos os poderes nascem da soberania popular. Apenas o Legislativo e o Executivo representam a democracia, já que foram eleitos através do voto direto, para representarem, num dado período, a vontade da maioria. Noutra banda, o Judiciário é recrutado através de critérios técnicos, mediante a realização de concurso público, e não eletivos, como os demais poderes.

Um grande problema nasce dessa dualidade, isto é, quando há conflitos de interesses, ou violação dos direitos fundamentais, seja através da omissão legislativa ou da inefetividade do executivo, caberá ao Judiciário ofertar voto de minerva, e resolver o conflito. Neste contexto, o grande questionamento é: Pode o Poder Judiciário interferir na atuação dos outros poderes que representam a democracia? A resposta será afirmativa sempre que os juízes e tribunais, quando de suas decisões, preservarem ou defenderem os direitos fundamentais ou para dar cumprimento a alguma lei existente, ou quando da própria omissão legislativa.

Esse entendimento está previsto nas palavras de (BARROSO L., 2006, p. 05):

[...] para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma previa deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

O Judiciário deve ser chamado a resolver o conflito quando não haja lei regulamentando o caso ou não exista ação administrativa implementando a Constituição. Isso significa que havendo lei e atos administrativos, mas que não estejam sendo devidamente cumpridos devem igualmente os juízes e tribunais intervirem na lide, a fim de garantir o equilíbrio e a paz social. Porém, quando existir lei e atos administrativos, implementando a Constituição, aplicados regularmente, o Judiciário não deve intervir, exceto em casos eventuais sob a égide da autocontenção e não conforme os ideais do Ativismo Judicial cujas definições serão diferenciadas a seguir.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E O ATIVISMO JUDICIAL

A redemocratização do país fortaleceu a cidadania e favoreceu a crescente busca pela justiça na sociedade brasileira, através da expansão do judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Diante dessa realidade, a população tomou conhecimento de seus direitos individuais e difusos e passou a identificar a ameaça ou violação a que geralmente estava submetido, passando assim, a fazer uso da informação e dos métodos e técnicas disponíveis à

sua concretização de seus direitos, dentre eles a saúde, o que provocou uma crescente busca pela proteção de seus direitos e interesses junto ao Judiciário.

Muito embora, nem todas as “promessas” feitas pela democracia foram cumpridas (STRECK; MORAIS, 2010, p. 116), em decorrência de alguns obstáculos supervenientes ao processo democrático, elencando como principais: o problema da legitimação para a tomada de decisões e a dificuldade do Estado para se organizar estrutural e funcionalmente para responder às crescentes demandas sociais.

Isso faz crer que quando a sociedade se deparou com a realidade fática, e notou o grande abismo existente entre a luta travada pela redemocratização em busca da confirmação de *promessas* de melhoria na qualidade de vida individual e coletiva e o descompromisso dos representantes democráticos para com a concretização dos seus direitos fundamentais, como é o caso da saúde, decidiu recorrer ao Judiciário, como única alternativa, para “salvar” seus ideais de vida digna.

Outro fator que influenciou diretamente a Judicialização foi a constitucionalização abrangente, ou seja, inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária foi trazida para a Constituição Federal de 1988, com o intuito de transformar Política em Direito. Isso significa que se existe um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, e esses são, de algum modo, violados ou descumpridos, é concedido ao indivíduo a formulação de uma ação judicial a fim de obter uma pretensão jurídica, conforme o Princípio da Inafastabilidade, que permite ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou a efetivação das políticas públicas, inclusive da Saúde.

Veja-se a ideia de (CLÈVE, 2011, p. 58) alegando:

A existência de duas dimensões dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. A primeira diz respeito à condição de direitos subjetivos que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva), e a segunda compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais, aos quais vincula também o Judiciário.

Outra causa que justifica a judicialização relaciona-se com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, denominado pela doutrina como híbrido ou eclético, conforme preleciona (BARROSO A., 2003, p. 04):

[...] ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art.

103, pelo qual, inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

O controle de constitucionalidade consiste na atuação do Judiciário, posterior à edição de uma lei, a fim de impedir a validade dessa norma e, conseqüentemente, paralisar seus efeitos, retirando-a do ordenamento jurídico em virtude de seu texto afrontar preceitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna. Conforme, (NOVELINO, 2008, p. 147), “o controle de constitucionalidade consiste no conjunto de órgãos e instrumentos criados com o objetivo de assegurar a supremacia formal da Constituição”.

A Carta Política brasileira representa, numa escala hierarquizada, a norma mais importante para o ordenamento jurídico e para a vida em sociedade, logo toda e qualquer norma infraconstitucional deve atentar, antes de sua edição, para os preceitos fundamentais nela contidos, visto que qualquer afronta aos direitos fundamentais torna essa lei inconstitucional, devendo, portanto, ser retirada do seio social.

De acordo com (NOVELINO, 2008, p. 150) a inconstitucionalidade decorre do tipo de conduta praticada pelo Poder Público, logo:

a inconstitucionalidade pode ocorrer por ação (decure de conduta positiva contrária a um preceito constitucional) ou omissão (casos em que não sejam praticados os atos legislativos ou executivos necessários para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais carentes de legislação regulamentadora).

Assim sendo, não basta que o Poder Público, por ação ou omissão, contrarie uma norma constitucional, necessário se faz que dessa ação ou omissão nasça um prejuízo para as partes envolvidas na contenda, cabendo à parte lesada sugerir o exame da constitucionalidade daquela norma, com base nas determinações legais, a fim de ver seu direito protegido, bem como de evitar danos maiores aos envolvidos e a própria coletividade.

Nesse sentido (CUNHA JR, 2008, p. 101) nos assegura que

O exame da constitucionalidade da conduta estatal pode ser agitado, *incidenter tantum*, por qualquer das partes envolvidas numa controvérsia judicial, perante qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente de instância ou grau de jurisdição, por meio de uma ação subjetiva (ou peça de defesa) ou de um recurso. Pressupõe a existência de um conflito de interesses, no bojo de uma ação judicial, na qual uma das partes alega a inconstitucionalidade de uma lei ou ato que a outra pretende ver aplicada ao caso. Enfim, desde que se possa deduzir uma pretensão acerca de algum bem da vida ou na defesa de algum interesse subjetivo, pode o interessado arguir, em sede concreta, a inconstitucionalidade como seu fundamento jurídico.

O controle de constitucionalidade, no Brasil, pode ser classificado de diversas formas, variando de um doutrinador para outro, mas quanto à competência do órgão jurisdicional para

realizar o controle é uníssono o entendimento de que pode se dar de forma difusa ou concentrada.

A classificação do controle de constitucionalidade, quanto ao seu modo, é prevista, não só, na doutrina, mas na própria lei, pois conforme os arts. 480 a 482 do CPC (Código de Processo Civil) *in verbis*: “quanto ao modo difuso ou aberto, os órgãos do Poder Judiciário são competentes para o seu exercício”, enquanto que o controle concentrado é reservado ao STF na esfera federal (art. 102, I, a, e §1º da CF); e no âmbito estadual, aos Tribunais de Justiça (art. 125, §2º da CF).

Este controle de constitucionalidade, como um dos precursores da judicialização no Brasil, concretiza-se através de quatro mecanismos, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Analisa-se, agora, o Ativismo Judicial como instrumento necessário à efetivação dessa judicialização. Para tanto, entende-se o Ativismo Judicial como a interferência do Poder Judiciário no campo de atuação dos poderes Legislativo e Executivo, objetivando a proteção e a concretização das normas constitucionais. Segundo BARROSO A. (2003, p. 06), essa postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Isso significa que a atuação do Judiciário não incide em qualquer situação ou conforme o querer dos seus membros, mas mediante a necessidade social de resposta às suas indagações decorrentes da evolução social, principalmente quando a Constituição for omissa, ou quando o legislador ordinário na intenção de preencher uma lacuna constitucional estabelecer uma norma que fira os preceitos fundamentais e ofereça ostensiva violação ao texto constitucional, ou ainda, quando o Poder Público se negar a executar as políticas públicas, como é o caso da saúde pública brasileira.

Em contrapartida existe a autocontenção judicial, que pode ser entendida como a minimização da interferência do Poder Judiciário nas ações dos outros Poderes, de modo a preservar o princípio fundamental da tripartição de poderes, garantida pela Constituição Federal de 1988. (BARROSO A., 2003)

Corroborando esse entendimento Posner (2010, p. 45) afirma que “a autoconstrução judicial, no sentido de hesitação em derrubar as decisões de outros ramos do governo, pode ser parte da concepção que o juiz tem da boa sociedade”. Por isso, é importante sopesar os benefícios e as perdas advindas da proliferação do Ativismo Judicial e do desenvolvimento da autocontenção, visto que, enquanto o primeiro busca melhorar o ordenamento jurídico pátrio através da análise das potencialidades contidas no texto constitucional sem, contudo, criar normas (já que essa é função típica do Legislativo), o segundo quer “restringir o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”. (BARROSO A., 2003, p. 07)

Diante dessa dualidade de pensamentos, onde boa parte acredita ser o Ativismo Judicial necessário à concretização dos direitos sociais, e os demais defendem o desenvolvimento da autocontenção como melhor alternativa, por acreditarem que a intromissão do Judiciário na esfera dos outros poderes representa uma afronta à Constituição Federal, logo, faz-se necessária uma pausa para reflexão quanto à dogmática dos direitos sociais, ou seja, a análise imprescindível das dimensões dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, mas não efetivados.

4 A DOGMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Com o intuito de justificar a decisão tomada pelo Judiciário no momento da colisão apresentada faz-se necessária a ponderação dos direitos envolvidos na lide, diferenciando os direitos sociais dos direitos individuais com base nas dimensões dos direitos fundamentais e nas concepções de existência desses direitos.

Nesta esteira de pensamento, abra-se um parêntese nessa discussão, para informar o pensamento de Esteves (2007, p. 40), segundo o qual existem duas concepções quanto à existência desses direitos, uma restritiva e outra ampliativa. A restritiva decorre do pensamento de Torres (1999, p. 40), que assim infere: “os direitos sociais somente existem como condição para o exercício dos direitos de liberdade”. É possível justificar essa tese com base no dever que o Estado tem de garantir o mínimo existencial a todos, já que sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. Por outro lado, existe outra corrente que enxerga limites à garantia desse “mínimo existencial”, sendo Barcellos (2002) adepta dessa teoria, que por sua vez entende que

há restrição aos direitos sociais, inclusive limitando o “mínimo existencial” à tese de uma “reserva do possível” vinculada à existência de um orçamento. (ESTEVEES, 2007, p. 42)

Assim sendo, pode-se concluir que conforme a concepção restritiva de direitos, o Estado tem o dever de efetivar os direitos sociais previstos na Constituição Federal, mediante o atendimento ao “mínimo existencial”, ou seja, ao atendimento das necessidades básicas de todo e qualquer indivíduo independentemente de sua condição física, psíquica ou financeira, mas esse atendimento deve estar limitado à “reserva do possível”, que representa a existência de um orçamento previamente elaborado para aplicar os recursos captados de acordo com as diretrizes contidas no orçamento.

Já a concepção ampliativa de direitos, que tem como defensor José Carlos Vieira de Andrade é aquela que entende ser necessária a restrição dos direitos individuais para, assim, assegurar a realização ou a proteção de direitos econômicos, sociais e culturais. (ESTEVEES, 2007, p. 44)

É importante ponderar esse entendimento porque conforme o pensamento de Sarlet (2010, p. 47), todos os direitos fundamentais são, em última análise, de natureza individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. O que dificulta a restrição de um direito individual para garantir a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, já que todos os direitos possuem natureza individual, ainda que, em algumas situações sejam de expressão coletiva, como no caso do voto.

Outro aspecto combatido por estas correntes se relaciona com a afirmação de que os direitos individuais ensejam uma prestação negativa do Estado, não tendo para este, qualquer gasto para sua efetivação, enquanto que os direitos sociais ensejam uma prestação positiva que demandam custos para o Estado garantir sua consecução.

É sabido que a efetividade dos direitos, sejam eles individuais ou coletivos, requerem uma atuação negativa e positiva do Estado, através do custeio financeiro necessário para sua garantia conforme estabelecido pelas normas constitucionais e pela legislação ordinária. No entanto, a grande celeuma se depara com a possibilidade de colisão entre esses direitos, o que levaria o intérprete a estabelecer uma prioridade e definir qual direito prevaleceria em face da ausência de recursos para atendimento de todos os direitos tutelado. (ESTEVEES, 2007, p.55)

Se levada em consideração a sociedade consumerista atual percebe-se que o homem não é visto como ser de direitos e deveres, mas, apenas como um corpo capaz de produzir e consumir bens e serviços através de sua força de trabalho, por isso, é contundente a opinião que vê a observação do princípio da dignidade humana como razão precípua, no momento da decisão quando se está diante da colisão de direitos individuais e coletivos.

Acerca do tema Esteves (2007, p.56) diz:

Se não existe distinção que não seja meramente ideológica e de opção por um modelo de Estado entre os direitos fundamentais, pode-se colocá-los em mesmo nível hierárquico. E em um confronto poderão, dependendo das circunstâncias, prevalecer os direitos sociais em detrimento dos individuais. Sendo assim, a ponderação de bens é o melhor caminho. Não há como deixar de concordar com Sarmiento, que coloca todos os princípios de direito que envolvem os direitos fundamentais submetidos unicamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, dele devendo derivar todo o direito, posicionamento este que encontra respaldo em Vieira de Andrade.

A dignidade da pessoa humana deve nortear todas as decisões judiciais, pois nesse sentido haverá certeza de que não ocorrerá violação à vida, já que os direitos fundamentais serão preservados, visto que os direitos humanos não nascem de uma única vez nem tampouco representa uma ideologia utópica, mas urgente e necessária na sociedade contemporânea, que presencia a todo instante grandes violações às normas morais, éticas e jurídicas, que por sua vez trazem em seu bojo a essência da humanidade.

Nesse sentido esclarece Dallari e Nunes Junior (2010, p. 74):

Não se poderia falar, com propriedade, de direitos humanos de um grupo de pessoas em detrimento de outros, cuja proteção constitucional escapasse discriminatoriamente ao texto constitucional. Constituiria uma autêntica contradição cogitar-se de direitos do homem que não fossem universais.

Assim, é cristalino o entendimento de que a concretização do direito fundamental à saúde precisa atender às necessidades coletivas e universais, e não apenas, as individuais, pois, garantir direitos individuais em detrimento da coletividade é confrontar a própria essência dos direitos humanos.

Bobbio (1992, p. 06) afirma que

Os direitos humanos não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-políticas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos, podendo-se falar, assim, em gerações de direitos humanos, cuja primeira estaria ligada aos direitos civis e políticos – as liberdades negativas -, uma segunda geração atrelada aos conteúdos das liberdades positivas, como os econômicos, sociais e culturais, e uma terceira vinculando as questões que afligem os homens em conjunto, como os relativos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, etc.

Nesse contexto pode-se inferir que o objetivo maior da preservação e proteção do princípio da dignidade humana é de ver uma sociedade mais justa e igualitária, onde o desenvolvimento econômico caminha junto com a preservação ambiental, e que as liberdades individuais e coletivas (positivas e negativas), não justifiquem o crescimento da violência, mas o estabelecimento da paz, por meio da aplicação imediata e efetiva das normas constitucionais concernentes aos direitos sociais, principalmente, o direito à saúde.

Nesse mesmo sentido corrobora Piovesan (2003, p. 18):

[...] Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés não merece qualquer observância.

Frisa-se que a Constituição Federal não faz distinção alguma de regime quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais; pelo contrário, coloca-os em pé de igualdade, conforme dita o § 1º do art. 5º.

Como ponderado anteriormente, a aplicabilidade das normas constitucionais deve ser imediata, já que a Constituição Federal não representa, apenas, uma “carta de intenções” vinculada ao bel prazer dos agentes políticos, onde os direitos sociais se tornariam efetivos, somente, quando existisse no orçamento recursos disponíveis para a sua implementação. Porém, a grande discussão envolve qual órgão é competente para tornar essas normas efetivas, sem privilegiar um direito em detrimento do outro, pois como foi analisado nenhum direito é mais ou menos importante que outro.

Por esse motivo é imprescindível a análise das críticas à judicialização excessiva na busca pelo acesso ao direito à saúde, bem como as mudanças provocadas pela atuação do Judiciário na vida das pessoas e na sociedade.

5 OBJEÇÕES À CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE BRASILEIRA

Segundo Barroso L. (2006, p. 08) três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. Essa intervenção está amparada pelo binômio “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Quanto aos riscos para a legitimidade democrática, pode-se lembrar que os juízes não foram eleitos pelo povo como os membros do legislativo e do executivo, por isso se questiona de onde provêm o direito de os juízes e os desembargadores tomarem decisões contrárias aos membros dos outros poderes, vindo inclusive a anular seus atos e vontade.

Segundo o pensamento neoconstitucional há duas justificativas para essa intervenção, a primeira é a normativa, isto é, a própria Constituição Federal prevê e assegura essa intervenção

dos agentes públicos nas decisões políticas, sendo, portanto, o Judiciário convocado para exercer o seu papel de intérprete e julgador da lei, pois os juízes e tribunais não possuem apenas um papel mecânico, mas são coparticipantes do processo de criação do Direito.

A segunda justificativa é de caráter filosófico, que por sua vez encontra respaldo em um dos pilares do Estado de Direito, onde a democracia representa a vontade da maioria e o Constitucionalismo defende o limite do poder e a preservação e garantia dos Direitos Fundamentais, ou seja, quando a vontade da maioria for contrária à Constituição ou violar qualquer direito fundamental, aquela não prevalecerá.

Com isso, afirma-se que o Ativismo Judicial bem exercido é antes uma garantia para democracia do que um risco, visto que o Judiciário, através do STF, deve ser deferente para com as deliberações do Congresso, preservando a democracia e os direitos fundamentais, de modo a não suprimir o papel do Legislativo.

Enquanto isso, o risco de politização da justiça representa outra objeção à judicialização no Brasil, podendo ser entendida como o temor de transformar a justiça social em política. Nesse sentido, é importante entender que Direito não é política, já que em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana.

Aliás, segundo Barroso L. (2006, p. 13) o Direito pode ser Política quando:

[...] sua criação for produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; sua aplicação não for dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; juízes não forem seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.

Acrescentando ao risco da politização da justiça, Esteves (2007, p. 59) entende que

A procura ao Judiciário encontra obstáculo em questões ligadas à capacidade da tutela judicial para responder às demandas que dizem respeito a questões de eficácia de suas decisões, eficiência e acessibilidade ao sistema judicial, consagrando assim, a existência de um direito que não é estatal, logo torna o Judiciário incapaz para resolver questões ligadas ao exercício da cidadania social.

Por outro lado, é evidente que o Direito não é Política, já que esta é a maior inimiga do Constitucionalismo, pois esse não admite escolhas livres, tendenciosas, padronizadas ou de discricionariedade plena. Essa característica é facilmente identificada quando o juiz se depara com uma situação, que em tese, comporta mais de uma solução, devendo, portanto, o juiz aplicar aquela que favoreça a justiça, a paz e o equilíbrio social, mediante o emprego de

argumentação racional e convincente, já que todas as decisões dos juízes devem ser motivadas, o que por sua vez garante específica legitimação.

Cabe reavivar os ideários de (BINENBOJM, 2010, p. 60) que assim infere:

Só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (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. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. 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.

Já Esteves (2007, p. 60) acrescenta a ideia de que

Há uma cultura jurídica que impede a tomada de decisões por parte do Judiciário, sob orientações que proíbem os juízes de julgar contra a lei e somente o fazem agir para reconstruir uma realidade que leve a subsunção de um fato a uma norma, sempre em conflitos particularizados, com a prevalência da garantia de direitos do indivíduo.

Em contrapartida é possível asseverar que a intervenção do Judiciário não caracteriza uma politização do direito, mas sim, um órgão auxiliar da democracia, que serve como contrapeso nas decisões dos outros poderes, que não agem livremente segundo seu desejo (a vontade da maioria), pois serão submetidos ao aval de juízes, desembargadores e ministros, que por sua vez, sanarão as omissões legislativas e tornarão inválidas as leis inconstitucionais, com o objetivo único de conservar e promover os direitos fundamentais.

Por fim, deve ser analisada a capacidade institucional do Judiciário e seus limites, já que o Brasil adota o princípio da separação de poderes proposta por Montesquieu, em o espírito das Leis. E o próprio art. 2º da Constituição Federal aduz que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, o que corrobora nossa ideia de que os poderes são independentes em suas respectivas esferas de atuação, e devem ser equilibrados, respeitando seus limites e evitando interferir um no outro, de modo que entre eles haja equilíbrio, a fim de se evitar a supremacia de qualquer deles sobre outro.

Encerrando seu pensamento Esteves (2007, p. 60) assevera que

a judicialização dos conflitos sociais frustra a possibilidade de desenvolvimento das lutas populares pela reivindicação de direitos, já que neste caso, não contribui para a análise do problema abordado, uma vez que não se preocupa com a postura que deve ser levada a cabo pelo Estado em face da demanda apresentada, mas tão-somente propõe o deslocamento do campo onde se trava a batalha pela consolidação dos direitos fundamentais.

Acontece que cada poder possui funções específicas como criar normas (Legislativo), administrar e prestar serviços públicos (Executivo), aplicar o direito nas lides (Judiciário), mas juntos devem interpretar, aplicar e proteger a Constituição, cabendo ao Judiciário a decisão final em caso de divergências na interpretação feita pelos poderes. Contudo, essa garantia não significa que todas as questões conflitantes devam ser resolvidas em um Tribunal.

Por isso, é aconselhável que o Poder mais habilitado, com mais gabarito para causa seja responsável por emitir a decisão final no caso, e não apenas restringir essa aptidão ao Judiciário, já que em muitos casos, os juízes não possuem o conhecimento necessário das consequências de sua decisão e acaba colocando em risco o acesso e a concretização de outros direitos, como é o caso da judicialização do direito à saúde, pois o juiz está preparado para realizar a microjustiça, isto é, atender a tutelas específicas, como um medicamento ou tratamento terapêutico, pondo em risco a própria continuidade das políticas públicas, que deverão relocar os recursos financeiros de um setor para outro.

Quanto a este tema, preleciona Posner (2010, p. 58) que a melhor solução é acabar com a ideia de separar formulação de políticas públicas do trabalho judicial. Ele, que é juiz federal, disse que diante de casos difíceis, a decisão do julgador não tem como não passar pela análise de políticas públicas. O resultado final seria, na verdade, uma escolha entre políticas públicas possíveis.

Nesse sentido, (POSNER, 2010, p. 37) assevera que

O juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências das opções alternativas: consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro, em suma, para a sociedade.

Isto significa que a atuação do juiz, é possível sim, porém ele não deve tomar a decisão com base apenas no caso específico, mas deve analisar toda a conjuntura envolvida, ou seja, quais as consequências dessa sua decisão, tanto para as partes envolvidas (microjustiça), quanto para os outros direitos econômicos, sociais, políticos e culturais. Pois, é notório para o direito que os efeitos de uma sentença se estende à coletividade, atingindo todos os outros setores da sociedade, podendo trazer melhorias ou retrocessos.

Outra característica do Poder Judiciário é a discricionariedade, a qual concede ao juiz a liberdade de interpretar as normas e aplicá-las ao caso concreto, fazendo uma análise sucinta dos fatos e das leis que regulamenta a situação. Acontece que nestes casos, muitas vezes, os juízes não atentam para os reflexos de sua decisão na sociedade, que poderá interferir na vida

de outrem. Além do que, essa discricionariedade pode gerar sentenças diversas para casos semelhantes, pois cada ser humano possui características próprias, e como os juízes não são máquinas que apenas reproduzem ideias, mas são seres pensantes, no momento de tomarem suas decisões, podem chegar resultados diferentes.

Senão veja-se o pensamento de Posner (2010, p. 62):

Em todos os níveis do Judiciário, os juízes exercem poder discricionário, o que quer dizer que dois juízes diferentes, ao encararem a mesma questão, podem chegar a diferentes resultados sem que nenhum dos dois seja reformado.

Justificando a ideia de que a judicialização não é a melhor alternativa para a saúde pública brasileira, faz-se necessária a observação dos dados atuais da saúde e os principais avanços do setor, os quais surgiram em decorrência de planejamento estratégico e atuação eficiente dos outros poderes, e não do Judiciário.

Segundo o Ministério da Saúde, o Programa Saúde da Família (PSF) atinge anualmente 100 milhões de brasileiros, conseguindo reduzir em mais de 70% (setenta por cento) a mortalidade infantil nos últimos 30 anos; ampliou o número de consultas de pré-natal e diminuiu a desnutrição. Eliminou-se a paralisia infantil e o sarampo, em 2007, e a rubéola, em 2009. No campo de urgências e emergências, surgiu o SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência) que atende anualmente mais da metade da população brasileira, garantindo atendimento pré-hospitalar com qualidade. Foi criado também o programa da Farmácia Popular, que disponibiliza medicamentos com até 90% (noventa por cento) de desconto e, desde março de 2011, a população pode adquirir sem nenhum custo, ou seja, gratuitamente, vários medicamentos para o tratamento da hipertensão e do diabetes.

Nesse diapasão pode-se afirmar que a busca pelo Judiciário não é a melhor solução para a saúde pública brasileira, até porque como falado a judicialização realiza uma microjustiça, quando na verdade o problema da saúde pública é bem mais amplo, necessitando de uma política pública bem elaborada para que seja eficiente. É óbvio que a demanda da saúde pública é maior que os recursos públicos disponíveis, mas nesse caso o que se espera é um serviço de melhor qualidade, onde haja otimização do uso do dinheiro público.

Alguns problemas da saúde, no Brasil, já foram resolvidos graças a uma atuação eficiente do Estado, mas outros ainda precisam de atenção e cuidado, como: o aumento da expectativa de vida, o que conseqüentemente, proporcionará uma sociedade com mais idosos; a obesidade infantil, fruto de uma má-alimentação e de um sedentarismo precoce; o tempo de espera pelo atendimento do SUS; a incerteza no atendimento e a demora na marcação de

exames; a precarização no atendimento; e a ausência de médicos nas unidades de atendimento primário.

Com base no exposto é correto inferir que a saúde pública brasileira deu grandes passos desde a edição da carta política em 1988, melhorando ainda mais quando da sua regulamentação em 1990, pelas leis 8.080 e 8.142. Contudo, muitos outros problemas ainda subsistem, os quais possuem amparo legal, mas não são combatidos pelo Poder Público, o que tem gerado a busca excessiva do Judiciário para dirimir estas questões.

Entretanto, conclui-se que a judicialização do acesso à saúde não é a melhor solução para o caso, pois não traz nenhum benefício direto e/ou concreto para a sociedade, podendo oferecer respostas imediatas àqueles envolvidos na demanda, o que caracteriza uma colisão de direitos, pois enquanto o direito de um é garantido por determinação judicial, outros são renegados, já que a “reserva do possível” não é capaz de garantir a execução de todos os direitos individuais e coletivos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscando demonstrar a importância da judicialização para a efetivação dos direitos sociais, por meio do Ativismo Judicial, principalmente, do acesso ao direito à saúde, esta pesquisa traçou conceitos importantes, desde a nova definição de saúde delimitada pelas organizações internacionais, passando pela interpretação da legislação atinente ao tema até a revelação das principais dificuldades enfrentadas pela saúde pública brasileira, as quais não podem ser resolvidas, somente, pela ação do Judiciário.

Nesse caminho, constatou-se que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas o completo bem-estar físico, mental e social (OMS), conseguido através da cooperação entre Estado e sociedade, mediante serviços e ações de saúde preventiva, de promoção ou recuperação. Além do que fora identificado que vários outros fatores influenciam direta ou indiretamente para a preservação ou para o restabelecimento da saúde, os quais são denominados de condicionantes sociais.

As condicionantes sociais são aquelas que aliadas às ações e serviços de saúde garantem o direito à saúde, tais como: uma boa moradia, condições de higiene e saneamento básico adequados, boa educação, alimentação saudável, acesso ao esporte e ao lazer, entre outros.

Acontece que enquanto a Constituição Federal enxerga o direito à saúde como um direito social fundamental à vida, que, portanto, deve ser concedido indistintamente a todos os

que dele necessitarem, a legislação ordinária impõe barreiras a essa garantia, limitando esse direito a existência de recursos, os quais dependem de previsão legal na lei orçamentária, surgindo assim, o grande embate da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”. Isso significa que enquanto o Estado tem o dever de assegurar os direitos essenciais à sobrevivência humana precisa de recursos financeiros suficientes para essa implementação.

É notória também a relação do direito à saúde com a dignidade da pessoa humana, pois como pode um indivíduo ter uma vida digna sem ter acesso a uma consulta médica, a um médico, ou até mesmo uma cirurgia? Pensando nisso, leis ordinárias e infraconstitucionais foram editadas para estabelecer diretrizes para o oferecimento desse direito, através de políticas públicas bem planejadas e organizadas. No entanto, na realidade o que se vê é uma saúde “doente”, cujas leis não são cumpridas e o acesso à saúde não é garantido como deveria.

A legislação brasileira que trata do direito à saúde é bastante ampla, porém inefetiva, pois estabelece mecanismos de implementação e controle da política pública de saúde, mas não consegue garantir sua execução, seja por falhas existentes no texto legislativo, deixadas pelo Legislador, seja pela falta de compromisso dos chefes do Executivo que não lutam para efetivar as normas constitucionais, por isso, o Judiciário está cada vez mais presente na garantia desse direito, por meio do Ativismo Judicial.

É nessa seara que surge a busca pelo Judiciário, pois se o Legislativo não conseguiu garantir através das normas editadas o acesso aos direitos sociais fundamentados, previstos na própria Constituição Federal, e o poder Executivo não se interessa em executar ou dar plena efetividade às determinações legais, só resta aos constituintes recorrerem ao Judiciário, já que a demanda judicial é última alternativa que resta para aqueles que não possuem condições financeiras de arcar com seu tratamento, nos serviços privados de saúde.

Nessa esteira de pensamento, é possível asseverar que conforme a determinação do art. 196 da Constituição Federal, o direito à saúde deve ser efetivado através de políticas sociais e econômicas, e não, por decisões judiciais, visto que essa tarefa é específica dos órgãos executores, o que, nesse caso, provocaria uma quebra do preceito fundamental da independência dos poderes.

Outro problema encontrado é o de querer atribuir ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde, quando na verdade o problema não é o da interpretação a ser dada ao preceito ou ao direito que regulamenta o acesso à saúde, mas, sim qual é a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde, a qual deve ser conferida ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas.

Quanto à atuação judicial na matéria, objeções são impostas com base na legitimidade democrática, pois a maioria defende que os legitimados, (poderes constituídos pelo voto popular), Legislativo e Executivo, é que possuem a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos, e não o Judiciário que é escolhido por critérios técnicos e formais, o que lhes retira a característica de representação popular.

A impugnação mais frequente à judicialização do acesso à saúde se refere à questão financeira, sob a denominação de “reserva do possível”. Sabe-se que os recursos públicos são insuficientes para atender as necessidades sociais, o que conseqüentemente impõe ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis, até porque para se investirem recursos em determinado setor implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. Mas, cabe ao Estado exercer uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, devendo concebê-la como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário conceder demandas judiciais mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Por último, critica-se ainda a falta de domínio, do Judiciário, do conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se aquele tratamento ou aquela cirurgia é efetivamente necessária para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.

Dessa feita, e considerando todo o exposto, resta apenas ratificar que o Ativismo Judicial é importante para o Estado Democrático, pois garante mais acesso ao direito para os demandados, muito embora, no caso da saúde pública, a judicialização não seja a melhor alternativa, pois os prejuízos econômicos e sociais são maiores que os benefícios deixados pelo deferimento dessas demandas judiciais.

REFERÊNCIAS

AITH, F. M. A. Consolidação do Direito Sanitário no Brasil. In: **O Direito Achado na Rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. COSTA; Alexandre Bernardino. *et al.*, (org). Brasília: CEAD/UnB, 2009.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, A. F. **Aspectos relacionados à efetivação do direito à saúde no Brasil através do poder judiciário**. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, 2003.

_____. **Direito à Saúde no Brasil através do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, 2003.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 08 maio 2012.

_____. Lei Orgânica do SUS. Lei nº 8.080 de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>. Acesso em: 08 maio 2012

CARVALHO, G. **Domingueira do SUS**. 2011. Disponível em: <<http://www.idisa.org.br>>. Acesso em 02/04/2012.

CARVALHO, G. I. de; SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica de saúde (Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90)**. São Paulo: Hicitec, 1992.

CLÈVE, C. M. **Constituição, Democracia e Justiça**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CUNHA JR, D. da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DALLARI, S. G. **O direito à saúde**. São Paulo: Rev. Saúde pública, 1988.

_____; FORTES, P. A. de C. **Direito Sanitário: Inovação Teórica e Novo Campo de Trabalho**. IN: FLEURY, Sonia (org.). **Saúde e democracia**: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

_____; NUNES JR, V. S. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

ESTEVES, J. L. M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. Método, 2007.

MELLO, C. A. B. de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOVELINO, M.. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

ONU. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto Nº 678. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.html>. Acesso em 08/05/2012.

_____. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 05 abr. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/declaracao_america_dir_homens.html>. Acesso em 04/03/2012.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos/>>. Acesso em 04/03/2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da OMS**. 22 jul. 1948. 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 08/05/2012.

PAIM, J; (et al). **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. 2011. Disponível em:<<http://www.pgsc.ufma.br/selecao/bib.html>>. Acesso em 21/03/2012

PIOVESAN, F. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

POSNER, R. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac. M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SERRANO, M. de A. M. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, R. L. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AN ANALYSIS ON THE EFFECTIVENESS OF JUDICIAL ACTIVISM AS ACCESS WARRANTY THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT

This article deals with the legalization of access to the right to health by the Judicial Activism. It aims to achieve a definition of health, its scope as a fundamental social right, point out the ineffectiveness of the rules relating to the right to health, as well as the constant search - users of the public health system - the judiciary in order to guarantee access to right to health. To its consummation, we used the deductive method of approach, methods of historical, interpretive and analytical procedure

as well as the techniques of documentary and bibliographical research. Fulfilling all the established objectives, describes that health is not merely the absence of disease but a set of social determinants that promote human dignity. Shall examine the effectiveness of constitutional and infra-constitutional rules governing the right to health in Brazil. Criticizes the excessive judiciary seeks to ensure access to public health. The firm conclusion that the Judicial Activism is important for the democratic state, but it is not the best solution for the Brazilian public health.

Keywords: Right to health. Public health. Ineffectiveness of Standards. Legalization. Judicial activism.