

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A RESERVA DO POSSÍVEL, A UNIVERSALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO E A DIGNIDADE HUMANA

HEALTH LITIGATION: THE BOOKING POSSIBLE, THE UNIVERSALIZATION OF CARE AND UNIVERSAL HUMAN DIGNITY

Neusane Santos Ribeiro Freire

Mestranda do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do UNISAL. Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Professora do Centro Universitário de Barra Mansa. Advogada. Email: neusane@msn.com.

Resumo: A judicialização da saúde é espécie de um fenômeno jurídico contemporâneo conhecido como controle judicial de políticas públicas. Com efeito, com a ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988, um novo horizonte para a efetiva libertação do homem e construção da cidadania se abre, mormente com a positivação dos direitos sociais, reconhecidos, doravante, como verdadeiros direitos fundamentais, efetivos direitos subjetivos, como o é o direito à saúde. As demandas judiciais contra o Estado pleiteando medicamentos e tratamentos médicos aumentam exponencialmente. Contudo, óbices se contrapõem à concretização desses direitos, e em especial o direito à saúde. Os maiores obstáculos à concretização são dois argumentos: a reserva do possível e a caracterização dos direitos sociais como norma constitucional programática.

Palavras-Chave: Dignidade Humana, Judicialização da Saúde, Políticas Públicas.

Abstract: Health litigation is kind of a legal phenomenon today known as judicial review of public policies. In fact, with the legal system inaugurated by the 1988 Constitution, a new horizon for effective human liberation and construction of citizenship opens, especially with the reversal of social rights, recognized now as true fundamental rights, effective subjective rights, like the right to health.

Keywords: Human dignity, health litigation, Public Policies

1 INTRODUÇÃO

A saúde é reconhecidamente um direito social fundamental, indissociável do direito à preservação da vida. A experiência democrática incipiente no Brasil, contextualizada em uma Ordem Jurídica eminentemente social, fundada na dignidade do ser humano, exige que se reafirme e garanta a eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito à saúde.

Com efeito, o art.6º da Constituição da República de 1988, elenca, dentre os direitos sociais, a saúde. Já na dicção do art.196 da Carta Política, 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 igualitário às

ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Em 1946, a OIT definiu saúde como “um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade.”

Como se pode vislumbrar, o conceito de saúde é amplo, e integra desde políticas públicas específicas, desde a prevenção e proteção, passando por condições sanitárias favoráveis nas comunidades carentes, meio ambiente ecologicamente equilibrado e por fim na recuperação, por meio de intervenções médicas e medicamentosas.

O presente trabalho pretende discutir o aspecto da prestação de tratamentos e fornecimento de medicamentos por parte da Administração Pública, sem deixar de adentrar, quando necessário for, em outros aspectos relevantes ao desiderato que se propõe sobre outras dimensões do direito à saúde.

A Judicialização da Saúde é tema controvertido, mormente quando contrastado com a Teoria da Reserva do Possível, de origem na jurisprudência alemã, e que foi incorporada ao cenário nacional, embora com algumas adaptações. A teoria em comento, da maneira como foi incorporada na jurisprudência pátria, postula que as prestações do Estado a atender os direitos sociais devem estar afinadas com a capacidade orçamentária do mesmo, ou seja, com os recursos de que dispõe para as prestações positivas para a promoção do bem estar social, tudo dentro de uma proporcional discricionariedade da Administração Pública.

Há corrente doutrinária que tem negado ao direito à saúde o caráter de direito subjetivo, alegando ter tão somente a natureza de norma constitucional programática.

Todavia, esse entendimento tem sido combatido por outros juristas que não admitem normas constitucionais desprovidas de normatividade e aplicabilidade, mormente as definidoras de direitos fundamentais sociais.

Portanto, inicialmente se abordará a questão dos direitos fundamentais, sua construção histórica, buscando demonstrar o caráter de verdadeiro direito subjetivo do direito à saúde, demonstrando sua íntima conexão com o direito à preservação da vida, sendo esta o pressuposto da dignidade.

Logo em seguida buscará entender a teoria do custo dos direitos, que exalta a dimensão econômica da ciência jurídica, assunto outrora alheio a este ramo do conhecimento. Buscará compreender a reserva do possível, como ela foi incorporada na jurisprudência pátria e sua importância como limitação da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Por último tentar-se-á explicar o fenômeno da judicialização da saúde, seus impactos e importância na garantia do direito à saúde, e como a intervenção judicial em área antes exclusiva ao Poder Legislativo e Executivo, pode contribuir para aperfeiçoar as políticas públicas na área da saúde.

2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à saúde recebeu positividade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a denominada constituição cidadã, o que representou uma inovação na ordem jurídica brasileira, embora o tema não fosse “de todo estranho ao nosso direito constitucional anterior, que dava competência à União para *legislar sobre defesa e proteção da saúde*; mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem”. (Silva, 2007, p. 185)

Assim, vislumbra-se que, ao inserir esse direito na Carta Magna, o constituinte o fez conferindo-lhe a natureza de um *direito fundamental social*. Com efeito, verifica-se a sua alocação no texto constitucional, topograficamente, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais), art.6º, o que lhe confere a *fundamentalidade formal*, mas não só esta, como também a *material*, em vista da peculiar característica desse direito, umbilicalmente ligado à preservação da vida.

Mais a frente, na Carta Constitucional, ainda, se tem a pormenorização normativa do direito à saúde, conforme os preceitos dos arts. 196 a 200, insertos na Seção II (Da Saúde), do Capítulo II (Da Seguridade Social), do Título VIII (Da Ordem Social). O art.196, da CRFB/88, é expresso em dizer que a saúde é um direito de todos e um dever do estado.

O direito à saúde, portanto, se apresenta como um direito social *prestacional*, ou seja, um direito de segunda geração (ou dimensão), o que leva parcela da doutrina, embora, evidencia-se, hoje minoritária, a negar-lhe o caráter de direito subjetivo, reconhecendo-lhe tão somente a natureza de norma constitucional programática.

Cumprе esclarecer que o conceito de saúde é amplo, e integra desde políticas públicas específicas, a prevenção e proteção, passando por condições sanitárias favoráveis nas comunidades carentes, o controle de epidemias e endemias, a vigilância sanitária, o bem-estar da população, físico e mental, e por fim na recuperação, por meio de intervenções médicas e medicamentosas, entre outros fatores determinantes. Assim,

extrai-se do art. 3º, da Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, esse amplo conceito de saúde, *in verbis*:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

O direito sanitário é hoje, reconhecidamente, um ramo autônomo do Direito, porque possui normas, princípios e categorias jurídicas próprios. A tendência, cada vez mais acentuada, de estruturar o pensamento jurídico a partir da proteção de bens que pressupõe uma lógica de tutela diferenciada legitima a concepção de um ramo do Direito que se ocupa das normas que protegem a saúde humana, em suas mais variadas dimensões. Resta evidente que o direito sanitário não pode ser enquadrado na decadente *summa divisio* entre direito público e privado, pois é integrado por normas que seriam típicas de direito público, como as que disciplinam o Sistema Único de Saúde (SUS), e também por aquelas que seriam consideradas de direito privado, como as que regem as relações que se travam entre particulares a respeito da prestação de um determinado serviço de saúde.

Dessa forma, afirmar um direito à saúde não é simplesmente conceder a possibilidade jurídica de se exigir do Estado um determinado tratamento, exame ou medicamento. O Estado, por meio de políticas públicas, deverá garantir a saúde em seu mais amplo aspecto, implementando a universalização do saneamento básico, do tratamento e fornecimento de água, erradicar a pobreza e eliminar condições desfavoráveis e adversas à população, como a violência e o medo (uma vez que se engloba na saúde o bem-estar físico e *mental*), viabilizar a moradia digna, a higiene do meio ambiente, por meio da atuação dos órgãos integrantes do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), enfim, concretizar todas as condicionantes elencadas no art. 3º e seu parágrafo único, da Lei nº 8.080/1990. Não é exagero dizer que a tarefa do Estado é extremamente complexa.

Mas, no presente trabalho, por suas limitações, não se buscará analisar esse amplo aspecto do direito à saúde. O que se pretende é compreender o fenômeno denominado “judicialização da saúde”, suas causas, efeitos e impactos, bem como o limite da jurisdição quando interfere nas políticas públicas do Estado, as quais são viabilizadas pelo Poder Executivo e Legislativo.

Destarte, ante a singela apresentação expandida acima, cumpre tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica do direito à saúde, bem como fazer uma pequena exposição sobre a afirmação (construção) histórica dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, para ao final deste capítulo afirmar a normatividade deste direito (à saúde) e a posição jurídica que o mesmo confere aos seus titulares em face do Estado, quando este não cumpre o seu dever constitucionalmente estabelecido. É o que se intenta fazer abaixo.

3 O CUSTO DOS DIREITOS E A RESERVA DO POSSÍVEL.

Como esclarecido acima, os direitos fundamentais sociais são concebidos cronologicamente em gerações. Destacam-se, para os fins deste trabalho, as duas primeiras gerações: os direitos individuais, também conhecidos como liberdades negativas, ou simplesmente direitos de liberdade e os direitos de segunda geração, consubstanciados em direitos econômicos, sociais e culturais, também conhecidos como liberdades positivas.

Também é de destacar que parcela da doutrina, embora hoje minoritária, sonega aos direitos fundamentais sociais o caráter de direito subjetivo, alegando a impossibilidade de se acionar o judiciário para concretizá-los. Como esclarecido linhas acima se pode reconhecer a feição programática a determinadas normas definidoras de direitos sociais, mas não se admite semelhante raciocínio para o direito à saúde. Este tem natureza de direito subjetivo, uma vez que umbilicalmente e *imediatamente* ligado ao direito à preservação da vida e ao princípio da dignidade humana.

É de se reconhecer que os direitos sociais *prestacionais* exigem uma atuação do Estado no sentido de disponibilizar bens e serviços à população, o que, como se sabe, é dispendioso. No entanto, como não se pode olvidar, os recursos estatais são escassos, o que gera uma real barreira para a concretização dos direitos sociais. Nesse contexto, se apóia o entendimento que nega eficácia as normas definidoras de direitos sociais. E, ainda nesse sentido, se sustentam as teses que conferem plena eficácia e normatividade aos direitos fundamentais de primeira geração, as liberdades negativas, negando esses atributos aos direitos fundamentais de segunda geração.

É que, conforme esse entendimento, os direitos fundamentais de primeira geração, por exigirem simplesmente uma abstenção do Estado, não geraria custos, sendo imediatamente aplicáveis, gozando de plena eficácia e normatividade. Já os direitos

sociais, por exigirem uma atuação do Estado, no sentido de prestações materiais, estariam condicionados às receitas estatais, as quais são limitadas.

Esse entendimento, diga-se infundado, cai por terra com a obra *The cost of rights – Why Liberty Depends on Taxes*, de autoria de Stephen Holmes e Cass Sustein. Esses autores defendem, com respaldo em dados fidedignos, que não só os direitos fundamentais de segunda geração oneram os cofres públicos, mas também os clássicos direitos de liberdade exigem investimentos públicos para que sejam viabilizados. Traz esses autores, para a seara da ciência jurídica, a dimensão econômica do custo dos direitos. A lição desses autores, citada por Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 194-195), é sintetizada da seguinte forma:

Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo, é uma máxima legal clássica. Indivíduos gozam de direitos, num sentido legal como oposto a moral, somente se males por eles sofridos forem justa e previsivelmente reprimidos pelo seu governo. Este simples fato revela a inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. Ele demonstra que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos. Direitos são custosos porque ações são custosas. (...) Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos.

Portanto, verifica-se que o argumento segundo o qual não se poderia exigir judicialmente os direitos sociais, incluído o direito à saúde, pois os mesmos estão condicionados a recursos financeiros sempre escassos, enquanto os direitos individuais de liberdade poderiam sê-lo, não mais se sustenta, pois tanto um quanto o outro depende de ações estatais para que sejam garantidos e respeitados, e essas ações, em ambos os casos, são dispendiosas. Logicamente, se reconhece que os custos de efetivação dos direitos sociais são mais elevados. Mas o custo destes como fundamento de resistência ao seu reconhecimento como verdadeiros direitos subjetivos não é, a partir da obra de Holmes e Sustein, um dogma inexorável.

Felipe de Melo Fonte (2009, p. 24), com respaldo em exemplos da realidade brasileira, demonstra como os direitos fundamentais de primeira geração representam custos, conforme a lição abaixo transcrita:

Não demanda muita pesquisa a comprovação empírica da teoria (do custo dos direitos) para a realidade brasileira. Em outubro de 2005, por exemplo, toda a sociedade brasileira foi mobilizada em razão do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003),

que previa em seu art.35, §6º, a realização de referendo sobre a proibição do comércio de armas. O custo do evento foi estimado em duzentos milhões de reais por Carlos Velloso, ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Como se sabe, os instrumentos da democracia semi-direta são voltados à efetivação dos direitos políticos. Portanto, tais direitos são custosos tanto aqui como alhures.

Outro exemplo para ficar mais claro o ponto. Em 2005, em seu relatório de execução orçamentária por programa, consta que o Estado do Rio de Janeiro gastou trezentos e sete milhões de reais com prevenção e combate ao crime; quarenta e cinco milhões no reaparelhamento dos órgãos de segurança pública; um bilhão, duzentos e cinquenta e três milhões de reais com gestão administrativa do Poder Judiciário estadual; trezentos e quarenta e sete milhões com processamento judiciário; trezentos e sessenta e quatro milhões com gestão administrativa do Poder Legislativo; cento e sessenta e seis milhões com manutenção e aperfeiçoamento das ações da defesa civil. Embora estes gastos não sejam exclusivamente voltados à efetividade dos direitos civis e políticos, é inegável que os números afastam qualquer argumentação na defesa da suposta gratuidade destes direitos.

Portanto, conclui-se que o simples argumento da escassez dos recursos, genérica e abstratamente alegada, não é fundamento para negar efetividade ao direito à saúde, pois, como visto, até os direitos de primeira geração, ditos direitos de liberdade, exigem, mesmo que em menor escala, a aplicação de recursos financeiros pelo Estado para serem garantidos e respeitados, o que, em última análise, leva-se a dizer que todo direito tem um custo.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A face negativa da judicialização é que ela revela uma patologia: se alguém precisa ir à Justiça para fazer valer seu direito, é sinal de que ele não foi reconhecido espontaneamente. A face positiva é que, em caso de descumprimento do direito, há uma instituição capaz de impô-lo. Mas muitas situações geram controvérsias. Por vezes, tratamentos experimentais, ou no exterior, ou caríssimos, desviam recursos que deveriam acudir outras situações e, talvez, um maior número de pessoas. Nesses casos, não solução juridicamente fácil nem moralmente barata. A vida é feita de escolhas, e isso vale, também, para as políticas públicas (BARROSO, 2010, p. 101).

Atualmente, deve-se reconhecer que o tema tem assumido especial relevância pela multiplicação de ações pleiteando medicamentos, tratamentos, exames e demais prestações na área da saúde. Gandini, Barione e Evangelista de Souza (2010, p. 259) fornecem o seguinte conceito de judicialização da saúde:

A judicialização, em linhas gerais, corresponde ao ato de se transferir para o Poder Judiciário decisões que a rigor deveriam ser tomadas pelos demais poderes da República (Legislativo e Executivo). Implica em colocar sob a análise do Poder Judiciário questões que envolvem o reconhecimento e concretização de um direito. As demandas que versam sobre o reconhecimento e concretização de direitos de natureza social envolvem questões de grande repercussão social e política, o que só faz aumentar a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais quando da resolução desses casos.

Como se verifica pelo conceito acima, a implementação e a concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário é exceção, pois a regra é que esses direitos, e em especial o direito à saúde, sejam concretizados e garantidos por meio de políticas públicas, as quais, se bem estruturadas, são capazes de atender a dois princípios básicos do direito à saúde, quais sejam, o princípio da integralidade e universalidade.

Com efeito, ao abrir a seção II, do capítulo II, do Título VIII, da CRFB/88, o art. 196, dispõe que a “**saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal** e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Ainda, o art. 198, da CRFB/88, dispõe que as “ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

De modo especial, a LOS colabora na definição do direito à saúde; estrutura o SUS – tornando claros seus objetivos e suas atribuições, as diretrizes que devem orientar sua organização, direção e gestão, a forma como estão distribuídas as tarefas entre as três esferas de poder e a forma de participação da comunidade na gestão do sistema em cada uma de suas esferas; disciplina a participação dos serviços privados na prestação de assistência à saúde e a formulação e execução da política de recursos humanos na área da saúde; organiza o financiamento do SUS – tratando expressamente

dos recursos, da gestão financeira, do processo de planejamento e do orçamento, inclusive das transferências intergovernamentais de recursos financeiros. A LOS é, portanto, uma lei-quadro destinada a esclarecer o papel das esferas de governo na proteção e defesa da saúde, orientando suas respectivas atuações para garantir o cuidado da saúde.

Com efeito, ao *gestor federal* caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de *medicamentos essenciais*, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à *atenção básica* à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. O Município do Rio de Janeiro, por exemplo, estabeleceu, através da Resolução SMS nº 1.048, de março de 2004, a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME), instrumento técnico-normativo que reúne todo o elenco de medicamentos padronizados usados pela Secretaria Municipal de Saúde.

Destarte, verifica-se que há no Brasil implementada uma verdadeira política pública de saúde, sendo este o meio ordinário de garantir a efetivação do direito à saúde, como preconiza a Constituição (art. 196). Contudo, não se entende que estas políticas públicas inviabilizariam a postulação judicial para pleitear medicamentos, tratamentos, exames e demais serviços de saúde quando estes não estiverem contemplados nas políticas públicas do Estado. Como já sustentado acima, entende-se que o direito à saúde está *imediatamente* ligado ao direito à preservação da vida, sendo esta a condição elementar para o gozo dos demais direitos fundamentais e da dignidade.

Quando um determinado medicamento esteja previsto em uma lista de fornecimento de um ente político, ou quando um determinado tratamento esteja previsto na política pública de saúde, e o fornecimento dos mesmos for negado pela administração pública, não haverá que se cogitar da impossibilidade de pleitear ao judiciário que determine o fornecimento, pois se trata de puro controle de legalidade de ato administrativo vinculado. Nesse sentido, tampouco se poderá alegar que a decisão compromete o equilíbrio orçamentário, pois, como já está previsto o fornecimento de serviços e medicamento em política pública, o ente já devia ter previsto as despesas quando da elaboração da lei orçamentária.

Contudo, a questão assume conotação diversa quando o fornecimento de medicamentos ou a prestação de um serviço de saúde não estiver previsto na lei, ou em outro ato normativo. Nesse caso entra em cena a questão do controle judicial de políticas públicas. A decisão judicial que condenasse a administração a custear um determinado medicamento ou tratamento, não previsto nas políticas públicas de saúde previamente estabelecida, estaria prejudicando o equilíbrio orçamentário, e às vezes inviabilizando outras políticas públicas garantidoras de outros direitos.

Os que repudiam a interferência do Poder Judiciário sustentam que o controle judicial de políticas públicas seria uma ofensa à democracia e ao princípio da separação de poderes e que os direitos sociais estariam sujeitos à reserva do possível, mas no sentido jurídico, ou seja, a escassez seria artificial, pois decorrente de alocações de recursos, não podendo o judiciário interferir neste ato discricionário.

Diz-se que seria uma ofensa à democracia, porque os juízes, por não serem investidos na função pelo voto popular, não teriam legitimidade de interferir na formulação de políticas públicas, pois estas deveriam ficar a cargo do Poder Executivo e Legislativo, os quais são investidos na função pelo voto popular, e representariam melhor a sociedade. No mesmo sentido, a ingerência do judiciário representaria afronta ao princípio da separação dos poderes, princípio fundamental da Constituição, estabelecido em seu art. 2º, uma vez que a competência para fixar o orçamento anual seria do Poder Executivo com a aprovação do Poder Legislativo.

Quanto à reserva do possível, como já se sustentou linhas acima, se extrai dois aspectos do conceito. A reserva do possível poderá ser jurídica, como na maioria das vezes o é, decorrente da alocação dos recursos em determinadas áreas, o que gera uma escassez tão somente artificial em outra área. Não é que inexista recursos, mas tão somente foram destinados para outra área. Já a reserva do possível fática é aquela que representa a total ausência de recursos nos cofres públicos para realizar determinada prestação.

Como já se teve oportunidade de mencionar, a alegação da reserva do possível não pode ser um fato intransponível, uma verdade absoluta, um argumento genérico e abstrato. Deve o Poder Público, na esteira do entendimento do STF, consignado pelo Ministro Celso de Mello da ADPF n° 45, comprovar a escassez de recursos no caso concreto. Nesse sentido manifesta-se Vivian Rigo (2007, p. 179):

(...) condicionar a efetivação do direito à saúde à cláusula da ‘reserva do possível’, pura e simplesmente, sem a comprovação efetiva de indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não-desperdício dos recursos existentes, é permitir que se construa uma barreira intransponível para o alcance de direitos fundamentais, restringindo o que seja razoavelmente possível apenas à existência de recursos econômicos imediatamente disponíveis para a aquisição de medicamentos, leitos hospitalares ou contratação de profissionais de saúde.

Ainda, é de se lembrar que a intervenção judicial na garantia do direito à saúde não tem o condão de modificar todo o orçamento, muito menos alterar as políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, mas, no caso concreto, deve garantir sempre o núcleo essencial dos direitos fundamentais e aplicar o princípio da proporcionalidade, no sentido de proibição da proteção insuficiente. Nesse sentido a lição de Felipe de Melo Fonte (2009, p. 29):

Evidentemente, não seria razoável advogar que o juiz sente em sua cadeira e refaça todo o orçamento público, com base nas suas próprias prioridades, mas sim que faça uma eventual correção, que, de todo modo, é indireta, já que a ordem é que se cumpra a decisão judicial e não que seja alterado o orçamento. Portanto, não é dado ao juiz censurar a peça orçamentária por inteiro, especialmente em demandas individuais, mas sim pontualmente, e somente naquilo que disser respeito aos direitos fundamentais.

Conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 395), “o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. Portanto, não poderia o Poder Executivo e o Legislativo, ao elaborarem o orçamento, estabelecendo as políticas públicas, desconsiderar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde. Some-se, ainda, o princípio da proibição da proteção insuficiente, segundo o qual não pode o legislador e o administrador dispensar tratamento desproporcional de modo a prejudicar o exercício dos direitos fundamentais. Pode-se concluir que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente, porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito.” (MENDES, 2010, p. 412)

Desse modo, verifica-se que a judicialização da saúde, embora não seja o meio ordinário de garantir o direito à saúde, se torna inevitável para conter e corrigir lesões aos direitos fundamentais sociais, os quais, ainda hoje, são considerados por parcela da doutrina como normas constitucionais programáticas. Deve-se enfatizar também o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, tendo como princípio unificador, que reforça a indivisibilidade, o princípio da dignidade humana. Portanto,

negar efetividade e não reconhecer a “justiciabilidade” do direito à saúde é, em última análise, negar a efetiva liberdade ao ser humano, pois, como se disse linhas acima, os direitos fundamentais se completam e se integram, de modo que, negligenciar um direito social é privar a liberdade humana.

Quando se fala em direito à saúde uma das aspirações mais vivas é garantir sua universalização, ou seja, uma cobertura de serviços de saúde a toda a população, considerando a peculiaridade das demandas regionais e municipais. Nesse sentido, a intervenção do judiciário buscando garantir esse direito tem forçado a adaptação das políticas públicas para atender cada vez mais as demandas existentes com tendência a real universalidade, ou seja, a cobertura de todos. Foi o que aconteceu com o fornecimento de medicamento gratuitamente aos portadores do vírus HIV, que seu deu com a lei n° 9.313/96.

Desse modo, deve-se reconhecer que a forma ordinária de se garantir o direito à saúde é por meio de políticas públicas, tal como prescreve o art.196, da CRFB/88. Contudo, não se pode negar que o direito à saúde é verdadeiro direito subjetivo, portanto, plenamente exigível do Estado, por meio da intervenção jurisdicional. Ainda, cumpre informar, não se deixa de dar especial relevância à reserva do possível, como limite externo à efetividade do direito à saúde. Todavia, não deve utilizá-la como um argumento intransponível, abstrato, genérico e absoluto. No caso concreto, o Estado, quando demandado a prestar um serviço ou fornecer um determinado medicamento, deverá comprovar a real insuficiência de recursos para ver afastada a obrigação, bem como deverá comprovar que vem garantindo, por meio de políticas públicas, a proteção do núcleo essencial do direito à saúde dentro de uma exigência proporcional, traduzida na proibição de proteção insuficiente.

De outra parte, o demandante deverá comprovar a impossibilidade de arcar com o tratamento, pois o objetivo dos direitos sociais é garantir uma igualdade real, possibilitar uma liberdade efetiva, a qual é sonhada justamente dos hipossuficientes. Dessa maneira, não se justifica que o Estado forneça medicamento a quem tem possibilidade de comprá-lo. Não é essa a finalidade dos direitos sociais. Até porque, conforme dispõe o § 2º, do art.2º, da Lei n° 8.080/1990, o dever do Estado de garantir o direito à saúde não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Nesse contexto dialético, espera-se que o provimento jurisdicional seja a síntese. Não se quer um Juiz justiceiro, muito menos desleal à Constituição. Quer-se uma

sentença afinada com a racionalidade. Desse modo, o julgador deverá lançar mão da ponderação, onde entrará o juízo de proporcionalidade. Como explica Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 177):

Segundo o preceito da proporcionalidade, uma restrição ao direito fundamental deve ser adequada, necessária e estritamente proporcional. Assim, a medida restritiva: a) é adequada se guarda relação entre o meio utilizado e o fim almejado; b) é necessária se, para alcançar o resultado em questão, corresponde ao meio que atinge em menor grau os direitos fundamentais de terceiros, de modo que o meio escolhido seja imprescindível e infungível; e c) é proporcional, se mostra uma relação racional entre o maior peso e importância de um direito que restringe ou determina a restrição do outro – quanto mais atingido o direito fundamental, maior deve ser o peso do direito fundamental ou bem jurídico contraposto.

Deverá o julgador conscientizar-se de que não há direito fundamental absoluto. Contudo, há um núcleo essencial e uma restrição de proibição de proteção insuficiente. De outro lado há o equilíbrio orçamentário, e os direitos dos demais membros da coletividade. Desse modo deverá sopesar os interesses e bens em confronto, lembrando que quanto mais atingido o direito fundamental, maior deve ser o peso do direito fundamental ou bem jurídico contraposto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importantíssima a discussão em torno da eficácia dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, mormente em vista da atitude progressiva que têm adotado os tribunais em todo o país. Alguns mais arrojados outros mais acanhados. Mas os resultados para a democracia e a efetividade da cidadania têm alcançado resultados relevantes. Seja porque tem chamado à opinião pública para o debate, conforme se vê em constantes matérias jornalísticas abordando o assunto, seja porque tem contribuído para o aperfeiçoamento das políticas públicas na área de saúde, contemplando-se o fornecimento de novos medicamentos, como foi o caso dos portadores de HIV.

Deve-se afastar a vetusta e infundada concepção de que os direitos sociais, e em especial o direito à saúde, não conferem aos seus titulares a possibilidade de vê-los concretizados invocando-se a tutela jurisdicional. Como se teve a oportunidade de esclarecer, tal entendimento é ideológico, carecendo de base científica.

Também não se admite o argumento, abstratamente consignado, que nega a eficácia ao direito à saúde alegando que essa espécie de direito exige uma prestação estatal, a qual é dispendiosa e os recursos são limitados. Como visto, até os clássicos direitos de primeira geração, que em regra exigiriam uma abstenção estatal, oneram sobremaneira os cofres públicos.

O direito à saúde é um verdadeiro direito subjetivo, uma vez que *imediatamente* conexo ao direito à preservação da vida, sendo este pressuposto para o gozo dos demais direitos fundamentais e da própria dignidade. Nesse contexto, tem especial relevância a teoria da reserva do possível, que foi importado para o Direito pátrio como a reserva do financeiramente possível, representando verdadeiro limite à eficácia do direito à saúde. Contudo, deve-se afastar a aplicabilidade da reserva do possível, como se fosse intransponível. Assim, a escassez de recursos deverá ser demonstrada e provada no caso concreto.

Assim, tem-se a judicialização da saúde como uma necessidade para a concretização do direito à saúde no Brasil. Óbvio que não há um direito à saúde ilimitado, irrestrito e incondicionado. No caso concreto o julgador deverá ponderar os interesses e os bens em disputa, lembrando que o direito fundamental não é absoluto, muito menos a escassez de recurso por si só será capaz de afastar a obrigação estatal, pois deve entrar no juízo de ponderação o princípio da proteção do núcleo essencial e da proibição de proteção insuficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Direito Ambiental. in: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Org.). **Manual de Direitos Difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 11-81.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>>. Acesso em 05 de novembro de 2011.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. in: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2-44.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almeida, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Direitos Sociais. in: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e política de governo: o caso da saúde pública. in: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 253-263.
- RIGO, Vivian. Saúde: direito de todos e de cada um. in: ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 173-185.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito Sanitário. in: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Org.). **Manual de Direitos Difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 289-381.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.