



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O controle judicial das políticas públicas no âmbito do direito à saúde

BIANCA INTERLANDI DA COSTA DE GODOY

Rio de Janeiro
2016

BIANCA INTERLANDI DA COSTA DE GODOY

O controle judicial das políticas públicas no âmbito do direito a saúde

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Nelson C. Tavares

Rio de Janeiro
2016

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DO DIREITO A SAÚDE

Bianca Interlandi da Costa de Godoy

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada em direito processual civil pela Universidade Candido Mendes. Advogada.

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo analisar a efetividade da aplicação das normas constitucionais referente ao direito à saúde. Busca-se discutir sobre o plano da eficácia desse direito fundamental, ou seja, se procura ponderar acerca de sua natureza plena, contida ou limitada. Diante desse contexto, aborda-se os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial frente às garantias constitucionais delineadas no texto da Constituição da República. Com base nesse compasso de idéias, o artigo concentra os ideários referentes ao controle judicial, realizado pelo Poder Judiciário, com o escopo de assegurar a aplicação e materialização das políticas públicas sociais, em especial a saúde, abandonadas pelo Poder Executivo. A essência do trabalho volta-se para a admissibilidade da atuação positiva do Estado-Juiz na conjuntura de se verificar que a Administração Pública não está cumprindo as ordens ditadas pela Constituição concernente ao direito à saúde.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direitos e garantias fundamentais. Aplicação e efetividade da norma constitucional. Controle judicial das políticas públicas.

Sumário: Introdução. 1. A eficácia limitada das normas fundamentais garantidoras do direito à saúde. 2. A aplicação e efetivação da norma constitucional frente aos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. 3. A implementação das políticas públicas pelo Poder Judiciário no âmbito do direito à saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática o controle judicial das políticas públicas exercido pelo Poder Judiciário para garantir a efetivação do direito fundamental à saúde. Sob a ótica do princípio da separação dos poderes, a pesquisa visa a abordar se a interferência do Estado-Juiz viola ou não a discricionariedade administrativa na aplicação dos recursos públicos.

A Constituição da República apresentou dentre o rol de garantias fundamentais o direito à saúde. Conforme se verifica no art. 1º, III do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado fundamento do Estado Democrático de Direito. Em meio a diversas oportunidades para concretizar o mencionado princípio, o direito à saúde pode ser visto como verdadeiro consectário da dignidade humana.

A Lei Maior afirma que tal direito será assegurado a toda a sociedade, sendo uma obrigação do Poder Público consolidá-lo para as variadas camadas da população. Como se percebe, o Estado tem um compromisso a desempenhar e, ficando inerte, caberá ao Poder Judiciário a concessão de tutelas que possibilitem a aplicação e efetivação dos ditames constitucionais.

As normas constitucionais delineadas na Constituição da República, que garantem o direito fundamental à saúde, são plenas, limitadas ou contidas? O primeiro capítulo pretende comprovar que essas normas são de eficácia limitada. Desse modo, para que todas as pessoas tenham o acesso digno aos hospitais públicos é necessário que a Administração Pública invista recursos na prestação desse serviço.

As decisões do Poder Judiciário violam a discricionariedade administrativa no tocante ao uso das verbas públicas? É lícito ao administrador público alegar os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial para atenuar a sua responsabilidade? O segundo capítulo

responde essas questões apontando que as decisões do Estado-Juiz não violam a discricionariedade administrativa na medida em que houver lesão ao texto de ordem constitucional. Cumpre explicar ainda que existe uma discussão doutrinária relevante se o administrador público pode ou não alegar os mencionados princípios para diminuir a sua responsabilidade na prestação do serviço público.

O controle judicial é a solução para que o direito a saúde seja devidamente respeitado e aplicado pelo Poder Executivo? No terceiro capítulo, defende-se que o controle judicial não é a solução para que o direito a saúde seja aplicado de forma eficiente como ordena a Constituição. Dessa feita, este trabalho busca firmar a tese de que a implementação de políticas públicas é uma tarefa a ser observada pelo administrador público e, em último caso, se houver afronta ao ordenamento jurídico, se propõe uma demanda judicial.

Portanto, o objetivo geral é demonstrar que o direito fundamental à saúde é norma constitucional a ser garantida pela administração do Estado. Nesse contexto, o foco da pesquisa é buscar corroborar que a tutela jurisdicional somente deverá ser deflagrada quando houver evidente desrespeito ao texto da Constituição.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, qualitativa e parcialmente exploratória.

1. A EFICÁCIA LIMITADA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS GARANTIDORAS DO DIREITO À SAÚDE

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. É possível constatar que a Constituição conferiu grande importância ao mencionado princípio, tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais do homem estão calcados nesse basilar principiológico.

Conforme explica Barroso, o direito à saúde pertence ao núcleo essencial de direitos fundamentais revelado pela dignidade da pessoa humana, concebido como um dos direitos sociais a ser protegido e garantido pelo Poder Público.¹

Segundo o artigo 2º da Lei nº 8.080/90, a saúde é “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” Por sua vez, para a Organização Mundial de Saúde (OMS) o conceito de saúde está atrelado a “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doenças ou enfermidades”.²

Conforme se depreende da leitura do artigo 198 da Constituição da República, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) teve como objetivo a efetivação do direito à saúde.

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

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

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

III – participação da comunidade.

§1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.³

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Saraiva, 2011, p. 251.

²BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 16 abr. 2016.

³BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 16 abr. 2016.

Diante da análise do §1º do art. 198 conclui-se que a Administração Pública, com base em sua dotação orçamentária, deverá planejar suas receitas e despesas de modo a cumprir a ordem constitucional de financiar o Sistema Único de Saúde.⁴

Com base no que foi dito, percebe-se que a implementação do direito à saúde traz consigo o dever jurídico de promoção, investimento e gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) por parte dos entes federativos.

Não é sempre que o Poder Público cumpre o texto constitucional de forma a proteger e garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Sob a análise dessa situação, nota-se que aquele que tinha o encargo de conferir determinada prestação social, não o faz. Nesse contexto, surge para o particular a pretensão de ajuizar uma demanda judicial para que obtenha uma tutela jurisdicional que viabilize a aplicação e efetivação do direito lesado.

Muitas vezes a Administração Pública não obtém êxito em dar cumprimento à ordem constitucional, ocasionando uma situação em que destina uma receita mínima ao âmbito do direito à saúde. Com esse contorno, apesar de a Lei Maior ter previsto que a saúde é um direito fundamental protegido e garantido a todos, constata-se que o comando constitucional se tornou programático. Nessa acepção cabe citar como Bulos visualiza o tema:

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é o suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. (...) Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente.⁵

Bonavides diz que a solidificação dos direitos sociais na realidade prática tem sido um dos desafios que preponderam no Estado Democrático de Direito. Em virtude da inadequada

⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 16 abr. 2016.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 790.

materialização do direito à saúde, seja por inércia do Poder Público ou por falta de recursos orçamentários, muitas ações judiciais foram propostas junto ao Poder Judiciário.⁶

Segundo Streck, o escopo das ações ajuizadas era possibilitar que os particulares tivessem acesso aos direitos e garantias não efetivados pelo Poder Público, eliminando a inércia da Administração Pública e permitindo o aumento do espaço de poder da justiça constitucional.⁷

Por conseguinte, o Poder Judiciário poderá implementar políticas públicas, inclusive no campo do direito à saúde, quando verificar que o Poder Público está inadimplente com o dever jurídico atribuído pela Constituição para garantir a aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Isso quer dizer que no momento em que a omissão dos órgãos estatais vier a comprometer a aplicabilidade da norma, caberá ao Estado-Juiz conceder tutelas para resguardar os direitos delineados no ordenamento jurídico constitucional.

O Ministro Celso de Mello discorreu sobre o tema na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, vindo a concluir que o caráter programático de algumas normas previstas na Constituição da República “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente”, pois, se assim fosse, a Administração Pública estaria violando a própria Lei Maior. Cita-se abaixo um trecho da referida decisão:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) Se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável (...) afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á (...) a

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 381.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 38-40.

possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.⁸

Seguindo a mesma orientação, Luis Roberto Barroso elucida perfeitamente o ponto, conforme segue abaixo:

Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.⁹

Enfatiza-se que o controle judicial demasiado de políticas públicas e a intervenção excessiva no âmbito administrativo acarretam algumas vicissitudes nos recursos públicos, tendo em vista que a verba pública deverá ser retirada de alguma atividade que estava previamente destinada. Portanto, é necessário que o Estado-Juiz julgue com cautela e precisão para que não afete outra área essencial ao próprio Estado como também a sociedade.

Aperfeiçoando o raciocínio apresentado percebe-se que os preceitos fundamentais garantidores do direito à saúde possuem aplicabilidade imediata. Todavia, em razão da inércia do Poder Público, as referidas normas passam a ter eficácia limitada, tendo em vista que para a sua efetivação será necessária uma atuação positiva por parte da Administração Pública.

2. A APLICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007, p. 11. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_e_excessiva.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

A inserção dos direitos sociais no âmbito jurídico ocorreu depois da revolução industrial do século XIX, e apenas no século XX, adquiriram status constitucional com a Constituição Mexicana (1917) e com a Constituição Alemã (1919). No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira que consagrou os direitos sociais e econômicos em um título próprio.

As primeiras constituições que trataram dos direitos de segunda geração tinham baixa normatividade e sua eficácia era considerada dúbia. A efetividade desse direito ainda é debatida e controvertida nos dias atuais.

O dever de concretizar os direitos fundamentais sociais é desempenhado pelo Estado e demanda do Poder Público prestações positivas, que exigem um plano orçamentário e a disponibilidade de recursos. A definição e a execução de políticas públicas sociais devem ser realizada por meio de leis e atos administrativos que visem ao funcionamento dos serviços públicos.

José Afonso da Silva sustenta que os direitos sociais são prestações positivas ajustadas pelo Estado de modo direto ou indireto que permitam melhores qualidades de vida aos mais fracos, objetivando igualar casos sociais desiguais. A evolução e o desenvolvimento da igualdade propicia maiores oportunidades para aqueles considerados até então mais fracos.¹⁰

Dessa forma, percebe-se que os direitos fundamentais de prestação apresentam controvérsias e questionamentos quanto a sua aplicação e eficácia, o que não ocorre com os direitos de defesa, tendo em vista que estes são capazes de gerar os seus efeitos imediatamente.

O exercício dos direitos sociais cada vez mais é considerado relevante pela ótica do bem estar social. Com base nesse aspecto, a prestação de serviços públicos de qualidade se torna imprescindível para que os cidadãos tenham seus direitos e garantias fundamentais cumpridos.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 3. ed, São Paulo: 2009, p. 286.

A omissão ou a carência na prestação desses serviços pelo Estado compromete a efetividade de outros direitos. Além disso, a ausência desses serviços primários resulta na ofensa ao texto constitucional e a própria dignidade da pessoa humana.

O princípio do mínimo existencial é visto como uma pequena conjectura de bens e proveitos necessários a uma vida digna em sociedade. Apesar desse conceito clássico, há ainda que se dizer que qualquer pessoa poderá exigir uma prestação positiva do Poder Público quando se verificar alguma inadequação no cumprimento dos direitos sociais elementares.

Luís Roberto Barroso defende que o mínimo existencial está amparado nos direitos à saúde e à educação, por exemplo.¹¹ Diferentemente, Ricardo Lobo Torres sustenta que não há certo apontamento de direitos que garantem mais a dignidade humana do que outros.¹²

Ingo Sarlet apóia a tese de que a negativa de prestações de serviços fundamentais pelo Estado não deve se basear nas idéias corriqueiras de insuficiência de verba e de falta de competência do Judiciário para resolver questões relacionadas aos recursos públicos.¹³

A materialização dos direitos sociais depende dos recursos públicos dos entes federativos. A reserva do possível importa nas restrições financeiras do Estado que atrapalham ou obstam a efetivação dos direitos sociais. Contudo, esse postulado não constitui uma permissão para o Estado sobrestar o desempenho de seus compromissos sob argumentos que não têm recursos satisfatórios.

O Supremo Tribunal Federal confirma em seus posicionamentos que a norma social programática não permite que a Administração Pública use imoderadamente o princípio da reserva do possível como regra universal em todo e qualquer caso concreto. Para o Ministro Celso de Mello, o Estado somente poderia utilizar a referida cláusula quando estiver

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007, p. 11. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf. Acesso em: 16 abr. 2016.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 110.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

evidenciada a ausência de recursos financeiros para cumprir prestações positivas, bem como a vaga razoabilidade no pleito pretendido.¹⁴

O princípio da máxima efetividade autoriza a busca pela implementação e execução de direitos sociais não solidificados pelo Poder Executivo e Legislativo. Todavia, o costume da máxima eficácia resulta na pouca possibilidade do Estado cumprir simultaneamente todas as demandas de cunho social, de modo que tais teses acabam por chegar ao Poder Judiciário em busca de uma tutela jurisdicional.

Com base no que foi dito, é possível perceber que o princípio do mínimo existencial auxilia na escolha dos direitos sociais que serão prioridade no uso dos recursos públicos. Desse modo, se conclui que a violação dos direitos e garantias fundamentais ocorrerá por ação ou omissão estatal quando não estabelecer critérios razoáveis acerca da aplicabilidade e eficácia dos direitos ditos de segunda dimensão.

Ultimando o segundo capítulo, segue abaixo um julgado do Superior Tribunal de Justiça, que aclara sobre a matéria exposta até o presente momento.

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em: 16 abr. 2016.

desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.

5. Agravo Regimental não provido.¹⁵

Assim sendo, completa-se a análise jurídica do segundo capítulo perfazendo a ideia de que caberá ao Poder Judiciário garantir a materialização do direito fundamental à saúde quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo negarem eficácia ao mencionado direito. Sob esse aspecto, afirma-se que o princípio da reserva do possível não poderá ser utilizado como fundamento para negar aplicação as garantias previstas constitucionalmente.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição da República dispõe expressamente que a titularidade para a prestação do serviço público incumbe, na forma da lei, ao Poder Público, diretamente ou mediante delegação. A finalidade da política pública é difundir a aplicação dos recursos financeiros na sociedade, de modo que venha a cumprir a justiça social almejada pela Lei Maior.

O Poder Executivo, assim como o Legislativo e o Judiciário, possui atribuições típicas e atípicas. Com isso, a Administração Pública exerce um papel fundamental na coletividade no que se refere à implementação e a execução das políticas públicas, bem como a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Como já dito anteriormente no segundo capítulo, à ofensa a Constituição pode ser verificada por meio de um comportamento ativo do Poder Público, no momento em que faz cumprir uma norma inconstitucional, igualmente como através da omissão estatal, quando o

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP 1.107.511 RS 2008/0265338-9. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj>.> Acesso em: 16 abr. 2016.

ente público pela inércia deixa de dar efetividade ao texto constitucional. O Ministro Celso de Mello afirma que:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.¹⁶

O controle judicial das omissões estatais na implementação das políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo é controvertido tanto no âmbito doutrinário como também jurisprudencial. Alguns autores como, por exemplo, Fabio Comparato¹⁷, sustentam que o Judiciário tem competência para julgar causas políticas e que esse controle não tem o princípio da separação dos poderes como um empecilho. Joaquim Kreeel alega que:

As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação de políticas públicas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas tem o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Judiciário.¹⁸

O controle judicial é desempenhado por intermédios dos órgãos do Poder Judiciário com relação aos atos perpetrados do Poder Público no âmbito do Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, na realização de sua função atípica de administração.

Segundo a súmula 473 do STF, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”¹⁹

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em: 16 abr. 2016.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸ KRELL, Andreas Joaquim. *Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000, p.55.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

No campo do controle do ato administrativo coube ao Poder Judiciário a função de anulá-los quando for observada alguma ofensa ao princípio da legalidade. Dessa forma, o magistrado deverá decretar a anulação do ato se entender e demonstrar que houve uma violação a lei e aos princípios do ordenamento jurídico.

Todavia, cabe advertir que não é admissível a análise do mérito administrativo por parte do Poder Judiciário. A apreciação dos requisitos da conveniência e da oportunidade administrativa é exercida pelo administrador público na execução dos atos discricionários de sua atribuição. O juiz que adentra no exame do mérito administrativo das políticas públicas transgredir o princípio constitucional da separação dos poderes.

O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais são subsídios formidáveis que o magistrado utiliza para fundamentar a sua decisão no tocante ao controle judicial das políticas públicas. A sentença que, na área desse controle jurisdicional, não tiver por finalidade o alcance e a efetivação desses direitos sociais carecerá de um embasamento para a concretização do texto da Constituição.

Notemos um exemplo concreto: uma cidadezinha do interior do Estado do Rio de Janeiro não tem nenhum hospital público em sua localidade e a cidade mais próxima que presta serviço de saúde está localizada a mais de três quilômetros. Constata-se que há uma flagrante violação ao direito constitucional à saúde de todos os moradores daquele local.

O texto constitucional preceitua 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.

Nota-se, portanto, que é dever do Estado a destinação de recursos públicos para a solidificação da prestação de serviços de saúde. A partir do momento em que a Administração Pública deixa de cumprir a sua obrigação de repassar a verba mínima necessária à execução

do direito a saúde, ocasionar-se-á a transgressão das normas que asseguram o direito fundamental à saúde esculpido no artigo 5º da Constituição.²⁰

Com base nessas teses, conclui-se que todo e qualquer indivíduo, lesado pela inércia do Poder Público, poderá ajuizar uma ação junto ao Poder Judiciário para que tenha acesso a determinado tratamento ou ao fornecimento de medicamentos. Outra consideração respeitável é que o Ministério Público pode propor ação civil pública para procurar tutelar os direitos difusos incluídos no âmbito as saúde.

A inércia da Administração Pública também permite o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIO) junto ao Supremo Tribunal Federal por qualquer um dos legitimados. Além disso, caberá do mesmo modo a propositura de uma argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) pela evidente ofensa aos direitos garantidos constitucionalmente.

Com o intuito de firmar as ponderações realizadas até o presente momento, cito uma parte do julgamento da ADPF nº 45, em que o Min. Celso de Mello assentou que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.²¹

Assim, considerando a legitimidade no desempenho do Poder Judiciário na materialização dos direitos sociais, principalmente do direito à saúde, imprescindível afirmar que o mínimo existencial que assegura uma vida digna não pode deixar de ser protegido e tutelado junto aos órgãos jurisdicionais.

²⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 16 abr. 2016.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em: 16 abr. 2016.

Deste modo, conclui-se que visualizada a escassez de recursos públicos, o Judiciário, para dar aplicabilidade ao direito fundamental à saúde, tem como baliza o mencionado princípio do mínimo existencial. Dito de outra forma, ao magistrado caberá garantir que o indivíduo não receba menos que o indispensável à existência digna. Observados esses preceitos, efetiva-se o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, consubstanciado na proteção da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Com base em tudo que foi demonstrado nesse trabalho, é possível perceber que a Constituição da República se preocupou em instituir um sistema de saúde público, com atendimento amplo e universal, privilegiando a efetivação desse direito fundamental esculpido na Carta Magna de 1988.

Por conseguinte, em virtude do princípio da vedação ao retrocesso e ao próprio postulado da dignidade da pessoa humana, o Estado não pode utilizar o argumento da reserva do possível para atenuar a sua responsabilidade no que toca a aplicação das verbas públicas no âmbito da concretização do direito à saúde.

Não obstante essa reflexão sobre a atuação estatal no campo da realização dos direitos sociais, constantemente evidencia-se que o Estado, através do Poder Executivo, não consegue oferecer o mínimo existencial exigido para uma existência digna, principalmente na esfera do direito relacionado à saúde.

Em decorrência da omissão estatal, inúmeras demandas são ajuizadas junto ao Poder Judiciário com o objetivo de obterem um provimento jurisdicional que satisfaça os direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado. Desse modo, entende-se que esses

direitos considerados fundamentais, em um Estado Democrático de Direito, sofrem constantes violações por parte daquele que deveria solidificá-lo.

Comprovada essas adversidades, o Poder Judiciário não pode se permanecer inerte, sob pena de perpetuar os abusos e transgressões aos direitos preceituados na Constituição, causando, assim, o retrocesso social. Ao contrário disso, deve adotar uma atitude ativa e se empenhar pela implementação das garantias constitucionais.

Portanto, nesses termos compreende-se que o direito à saúde consubstancia verdadeiro consectário de uma existência digna, que deve ser efetivado e cumprido pelo ente estatal.

REFERÊNCIAS

AIALA, Adriane de Fátima. *O controle judicial de políticas públicas como garantia de efetividade do direito fundamental à saúde*. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/Adriane_de_Fatima_Aiala.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007, p. 11. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 381.

_____. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP 1.107.511 RS 2008/0265338-9. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALCANTE, Martha Lisiane Aguiar. *Dignidade humana e reserva do possível: análise do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <
<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Martha-Lisiane-Aguiar-Cavalcante.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KRELL, Andreas Joaquim. *Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 3. ed, São Paulo: 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.