



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INEFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE DIANTE DA
ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A CONSEQUENTE
JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA

Henrique Storch Barbosa

Rio de Janeiro
2019

HENRIQUE STORCH BARBOSA

A INEFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE DIANTE DA
ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A CONSEQUENTE
JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA

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 C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

A INEFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE DIANTE DA ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A CONSEQUENTE JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA

Henrique Storch Barbosa

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: Na CRFB há a inserção da saúde na qualidade de direito fundamental, inclusa no bojo do art.6º. Correlato a este dispositivo, o art. 196 do mesmo diploma legal, determina que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Por tratar-se de um direito de cunho social, deve ser garantido pelo Poder Público por meio de prestações positivas, que nem sempre são atendidas com escusas pautadas na Reserva do Possível além de alegadas eventuais colisões entre valores constitucionais e a respectiva discricionariedade estatal no que tange a alocação de recursos e o consequente investimento em prestações que visem o exercício dos direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde. Neste diapasão surge a necessidade de garantir a eficácia da norma constitucional relativa ao direito à saúde por meio da atuação do Poder Judiciário, ocasionando a judicialização do tema.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito à Saúde. Reserva do Possível. Judicialização.

Sumário: Introdução. 1. Discricionariedade estatal diante da colisão de valores constitucionais e suas consequências no direito à saúde. 2. A responsabilidade do Estado diante da reserva do possível no tocante ao direito constitucional à saúde. 3. A judicialização da saúde frente à independência dos poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O enfoque do trabalho é a judicialização existente na seara constitucional no tocante ao direito à saúde e o respectivo fornecimento de medicamentos e tratamentos, neste sentido, ao hipossuficiente financeiro. A abordagem se dá por meio da análise da responsabilidade estatal à luz da CRFB no tocante à assistência ao administrado, mostrando-se relevante o tema que tem sido alvo de inúmeras demandas judiciais.

A presente pesquisa científica discute este direito tutelado pela Constituição Federal de 1988 e a recorrente necessidade de ordem judicial para que o Estado seja compelido a prover meios que tornem possíveis a efetivação desta norma. A inserção da saúde como direito constitucionalmente assegurado impõe ao ente estatal o dever de garantir ao cidadão acesso aquilo que a Lei Maior lhe garante.

A CRFB buscou abarcar os mais relevantes valores e direitos, necessários a manutenção de uma vida digna em sociedade. Evidentemente a vida, é o mais precioso bem

jurídico e por essa razão mereceu uma especial atenção do legislador que demonstrou sua preocupação em traçar relação direta entre a vida e o direito à saúde.

Neste sentido, recorrentes são as demandas no Judiciário que tem como fundamento de seus pedidos, o direito à saúde, demonstrando claramente a ineficácia no acesso a tal direito social que pretendeu o constituinte tutelar.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando-se problemática fática, acerca do tema, evidenciada por meio da observância da colisão de direitos constitucionalmente tutelados e da respectiva necessidade do administrador público em ponderar qual bem jurídico ser privilegiado quando colidentes. Aborda-se, para tanto, o limite da discricionariedade estatal em relação à qual bem jurídico a ser tutelado e quais as consequências quando restarem envolvidos, nesta colisão de normais constitucionais, o direito à saúde.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a responsabilidade do Estado diante da reserva do possível no tocante à proteção constitucional à saúde. Por vezes o Poder Público alega a reserva do possível como justificativa para o não fornecimento de medicamentos necessários aos seus administrados. Porém, é preciso que seja observado que a não concessão de um remédio por parte do ente estatal, pode afrontar, dependendo do caso, norma constitucional, inviabilizando o acesso ao direito à saúde.

Quando o legislador constituinte cria uma norma de direito fundamental e atribui a Administração Pública a função de zelar por esse direito, conseqüentemente gera ao Estado uma responsabilidade. Por essa razão, a alegação da reserva do possível deve ser analisada conjuntamente com a responsabilidade estatal em cumprir ao comando Constitucional, conforme abordagem no segundo capítulo.

O terceiro capítulo faz uma análise acerca da judicialização da saúde frente a independência dos poderes. Importante é a esta abordagem em relação aos impactos da judicialização da saúde no que tange a separação e independência dos poderes, tendo em vista as inúmeras demandas em que são pleiteados medicamentos, sobretudo por hipossuficientes financeiros, que somente tem acesso aos tratamentos de que precisam por terem se socorrido na Justiça Brasileira.

O atual contexto social demonstra claramente que esse precioso direito, não está sendo respeitado tal como pretendeu o legislador constituinte, demonstrando a notória relevância da atuação do Judiciário em face desta problemática.

Dessa forma o trabalho busca realizar uma análise acerca da necessária judicialização existente na seara constitucional no que tange ao direito social à saúde, abordando a

responsabilidade do Estado à luz da CRFB no tocante à assistência ao cidadão na qualidade de administrado.

A presente pesquisa, desenvolve-se por meio de um conjunto de proposições hipotéticas, valendo-se de método hipotético-dedutivo, de maneira argumentativa com emprego de críticas abordagens com vistas a enaltecer a tese apresentada e defendida.

Para tanto, o objeto desta pesquisa de cunho jurídico, transcorre de maneira qualitativa, empregando-se a bibliografia existente relativa à temática do estudo em questão, objetivando contribuição para a robustez da tese apresentada e sustentada.

1. DISCRICINARIEDADE ESTATAL DIANTE DA COLISÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO À SAÚDE

O administrador público, por vezes, precisa fazer escolhas em relação a qual bem jurídico tutelar quando da colisão de valores. Tal situação é recorrente no âmbito do direito à saúde e seu respectivo desdobramento no fornecimento de medicamentos por parte do Estado. Corriqueiramente demonstra-se necessário o ingresso no Judiciário para que a Administração Pública seja compelida a cumprir seu dever constitucional. Nesse sentido cabe transcrever os seguintes artigos da CRFB¹:

Art. 6º CRFB. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

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

Embora as redações dos referidos artigos sejam claras, o Poder Público diante das várias obrigações para com seus administrados, acaba por ponderar e optar, de acordo com o caso concreto, pela proteção de determinados direitos em detrimento de outros. Para a melhor compreensão da temática que se pretende abordar, é importante analisar em que consiste essa

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

discricionariedade atribuída ao ente estatal no tocante às situações em que é observada a contraposição de valores constitucionais.

Inicialmente, deve-se destacar que os direitos fundamentais são relativos, isto é, por não serem absolutos, por vezes serão conflitantes. Acerca dos direitos sociais, geração em que se insere o direito à saúde, com relação a esses, faz-se necessária à intervenção do Estado, a fim de que seja assegurada sua aplicabilidade à coletividade.

Editada pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme entendimento de Oliveira² reconheceu a saúde como um direito que posteriormente passou a constar e estar inserida, de maneira expressa, na Constituição Federal de 1988, primeira Carta Magna pátria a consagrar o direito fundamental à saúde.

Para Sarlet³, o art. 196 CRFB traduz grande relevância, vez que, por meio deste dispositivo legal, o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, evidenciado por meio de norma de cunho impositivo de deveres e tarefas, na medida em que, a saúde é direito de todos e dever do Estado.

A saúde, na qualidade de direito fundamental, reflete os valores que identificam os anseios sociais, apontando para uma sociedade voltada à proteção dos indivíduos e à garantia de suas condições de existência, conforme assim defende Schier⁴.

Entende Farias⁵, que os direitos fundamentais possuem força normativa real, isto é, a especial atenção dada a esses direitos por meio do legislador constituinte, limita aos seus intérpretes tentativas de restrições. Noutras palavras, o Estado não pode violar nem permitir sua violação.

No que tange ao art. 6º CRFB, segundo o entendimento de Novelino⁶, o artigo em análise, impõe uma vinculação direta do direito à saúde à dignidade da pessoa humana. Acrescenta ainda que o artigo em destaque, por ser norma indissociável do direito à vida, apresenta um caráter fundamentalista, portanto, um mínimo existencial.

²OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito Fundamental à Saúde, Ativismo Judicial e os Impactos no Orçamento Público*. Curitiba: Juruá, 2015, p.20.

³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012, p. 577.

⁴SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social*. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 214 f. Curitiba: UFPR., 2009, p.126-127.

⁵FARIAS, Rodrigo Nóbrega. *Direito à Saúde & Sua Judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 99.

⁶NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.876.

Nesse sentido, Barreto⁷ aduz que o princípio da dignidade humana se apresenta como fonte legitimadora de todos os direitos fundamentais sendo mais profundo que os direitos humanos, vez que, envolvem a essência do ser humano.

Semelhante entendimento é o adotado por Sarlet⁸ no sentido de que, segundo ele, a República Federativa do Brasil adota como fundamento de seus princípios, a dignidade da pessoa humana, do qual derivam todos os outros direitos, dentre os quais, os direitos sociais, geração de direitos em que está contida a saúde na qualidade de direito constitucionalmente tutelado.

Dessa forma, conforme se pode extrair, a saúde como direito fundamental social, está intimamente ligada ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao normatizar os direitos fundamentais de ordem social, impõe ao Estado um dever prestacional, exigindo do Poder Público, prestações positivas para o seu efetivo cumprimento. Leciona Novelino⁹ que a implementação de tais direitos se dá por meio da efetivação de políticas públicas, cuja finalidade não se atém somente ao respeito a um mandamento constitucional, mas também na busca de redução de desigualdades sociais com vistas à garantia de uma existência humana digna.

Os Poderes, Executivo e Legislativo definem prioridades para que estas prestações positivas sejam prestadas. Havendo, certa discricionariedade.

Deve-se destacar que o administrador público, tem essa margem discricionária de forma limitada, tendo em vista as normas insculpidas na Constituição acerca dos direitos sociais e ao acesso ao direito à saúde e seus respectivos desdobramentos fáticos.

Costa¹⁰ aponta para o fato de que, a principal objeção em relação ao cumprimento dos direitos sociais, que a seu sentir é a vinculação orçamentária, deve ser afastada, tendo em vista o bem jurídico que a norma constitucional pretende resguardar, que em última análise, é a vida.

⁷BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetichismo dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 216.

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v.25, n.55, 2002, p.51.

⁹NOVELINO, op.cit., p. 513.

¹⁰COSTA, Lucas Sales Da. *Constitucionalismo, Direitos Sociais e Atuação do Poder Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 142.

Barroso¹¹ entende que os direitos fundamentais possuem caráter principiológico, visto que são normas que muitas vezes se encontram contrapostas, opostas, em colisão, sendo sua análise, quando colidentes, feita por meio da ponderação.

Explica Novelino¹² que a colisão ocorre quando direitos entram em conflito. A colisão autêntica, por sua vez, ocorre quando o exercício por parte de um titular colide com o de outro. Tal fenômeno é facilmente observado em situações fáticas em que é pleiteado o fornecimento de determinado medicamento por parte do administrado ao Estado, e seu pedido é negado sob o fundamento de que há outros direitos fundamentais contrapostos e que a entrega de um medicamento mais oneroso, irá impedir, por exemplo, o acesso a fármacos menos dispendiosos.

Desse modo, extrai-se que no que pese o administrador público ter certa margem discricionária acerca da alocação de recursos para prover o bem estar social e gerir o Estado, o direito à saúde, é intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, cujo bem jurídico tutelado é a vida. Portanto, deve existir um olhar diferenciado e cauteloso por parte do Poder Público, quando restar envolvido o direito constitucional à saúde.

2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DIANTE DA RESERVA DO POSSÍVEL NO TOCANTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

A Carta Magna impõe ao Estado inúmeros deveres, dentre os quais a promoção dos direitos sociais por meio de prestações de natureza positiva, conforme abordado no capítulo anterior. Semelhante modo, a Lei Maior, atribui responsabilidades aos entes federativos, que por intermédio de seus gestores, devem seguir os comandos constitucionais.

Nesta paisagem, insere-se o dever do Estado em promover o acesso à saúde, nos termos do já apresentado art. 196 CRFB. Seguindo a mesma lógica, há o direcionamento por meio do legislador constituinte acerca da competência estabelecida aos entes para que as imposições normativas constitucionais relativas ao direito à saúde e seus respectivos desdobramentos, sejam atendidas.

¹¹BARROSO, Luis Roberto; FARIAS, Cristiano chaves de. Liberdade de Expressão Versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação e Critérios de Ponderação. In: (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.100-101.

¹²NOVELINO, op.cit., p. 336-337.

Neste sentido, o estudo da temática a ser abordada, impõe o destaque do seguinte artigo contido na CRFB¹³:

Art. 23 CRFB. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Conforme se depreende, com vistas a dar cumprimento à norma contida no art. 196 CRFB, a legislação pátria atribui responsabilidades aos entes federativos.

Menezes¹⁴ entende não haver como negar que Municípios, Estados, Distrito Federal e União têm o dever de fornecer todos os tratamentos de saúde necessários para a manutenção da vida.

Neste sentido, a atribuição da competência comum pelo legislador constituinte, possibilita a formulação e execução de políticas de saúde por parte de ambos os entes federativos.

Ainda segundo Menezes¹⁵, o fato da competência acerca do exposto ser comum, merece ressalva. Segundo seu entendimento, não significa que tal competência seja irrestrita, vez que isso, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde.

Deste modo, completa adotando a premissa de que há um orçamento disponível à administração, justificando, desta forma, que a competência dos entes federativos, embora comum, por força de norma constitucional, não é irrestrita.

Por meio da estipulação expressa da norma constitucional destacada no início deste capítulo, o Poder Público, tem o dever de efetivar o direito à saúde, conforme entende Mello¹⁶. Acrescenta apontando que tal direito é destinado a assegurar ao indivíduo uma existência digna que componha o mínimo essencial.

Diante do dever constitucional do Estado em prover meios ao acesso ao direito à saúde, surge o questionamento relativo aos recursos necessários e o respectivo dispêndio financeiro, empregados, de maneira a possibilitar o alcance aos direitos sociais.

Neste diapasão, surge o argumento estatal pautado na limitação e na escassez dos recursos materiais, como escusa ao não cumprimento da norma constitucional que impõe ao Estado, um dever prestacional.

¹³ BRASIL, op.cit.

¹⁴MENEZES, V. H. M. de. *Direito à Saúde e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p.174.

¹⁵Ibid., p.175 e 179.

¹⁶MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. *Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 556.

Novelino¹⁷ analisa esses argumentos sob o prisma da definição da reserva do possível que segundo ele, pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica oponível à realização de direitos fundamentais.

A concretização das políticas públicas, conforme disserta Farias¹⁸, pressupõe o conhecimento específico na área em que se faz necessária a atuação do Poder Público quando este age de forma a garantir a efetivação dos direitos de cunho social. Trata-se, segundo ele, de um processo envolvendo poderes, agentes públicos e a sociedade.

Complementando sua linha de entendimento, destaca que a intervenção do Estado, deve ocorrer, somente dentro do economicamente possível.

Embora seja trazida a baila questionamentos acerca das limitações financeiras, não se pode perder de vista que a CRFB garante o direito à saúde, e negar seu acesso, ao cidadão que depende de políticas estatais para exercer tal direito, sob o argumento da reserva do possível, esbarra no conceito da isonomia, vez que nem todos têm condições de custear seus gastos com saúde e socorrem-se nos fundamentos dos artigos 6º e 196 da Carta Política de 88.

Neste sentido, segundo Bonavides¹⁹, o princípio da igualdade é definido como o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica. Noutras palavras, dentre os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que apresenta especial importância no Direito Constitucional, sendo, segundo ele, o direito guardião do Estado social.

Acerca da reserva do possível, Farias²⁰ entende que a prestação governamental por meio da concretização de políticas públicas, deve levar em consideração a importância do serviço e o seu preço. Segundo ele, as prioridades devem ser estabelecidas com vistas a centrar recursos.

Neste sentido, cabe ressaltar que Farias faz menção, ainda que indiretamente, à margem discricionária do Estado em relação à gestão pública, discricionariedade esta, analisada no primeiro capítulo de maneira mais enfática.

Importante destacar que embora Farias²¹ faça menção à centralização de recursos estatais pautados nas prioridades assim entendidas pelo administrador público na concretização dos direitos sociais, ainda assim é incisivo ao ponderar que as imposições

¹⁷NOVELINO, op.cit., p.515.

¹⁸FARIAS, op.cit., p. 78 e 81.

¹⁹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 384.

²⁰FARIAS, op.cit., p.103.

²¹Ibid., p.108.

constitucionais no que tangem às obrigações atribuídas ao Poder Público, não podem ser descumpridas ou não efetivadas pela mera alegação da reserva do possível.

Dessa forma, a insuficiência de recursos e inexistência de previsão orçamentária, por si só, segundo ele, não exime o Estado de sua responsabilidade, acerca de seu dever prestacional na efetivação dos direitos sociais em prol de seus administrados.

Objetivando uma mais ampla abordagem do tema objeto deste capítulo, merecem destaques conceitos relativos ao mínimo existencial, vez que, se coadunam às prestações estatais correlatas a efetivação dos direitos sociais.

Novelino²² sinaliza que na doutrina não há uma resposta homogênea, acerca da utilização da reserva do possível em relação aos direitos sociais que componham o mínimo existencial. Para ele, o conceito de mínimo existencial é deduzido da dignidade da pessoa humana e, portanto, compõe o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a vida de maneira digna.

Neste sentido, Menezes²³ entende que os direitos de cunho social são dotados de efetividade. Conseqüentemente, para ele, podem ser exigidos do Poder Público por atuação do Poder Judiciário. Acrescenta que este é o entendimento adotado por José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso.

O entendimento que melhor demonstra abarcar e contemplar o comando normativo constitucional parece ser o de Mello²⁴, em sede de RE, em que entende pela impossibilidade de invocação, por parte do Poder Público, da reserva do possível, quando desta puder resultar em comprometimento daquilo que se entende por mínimo existencial.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE FRENTE À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

A efetivação dos direitos sociais, contexto em que se insere o direito à saúde, demanda uma atuação positiva do Poder Público, conforme já apresentado nos capítulos iniciais deste artigo.

Notório, porém, é fato de que, por vezes, o Estado não cumpre seus deveres prestacionais e por consequência, os administrados, para alcançarem seu direito constitucional à saúde, necessitam recorrer ao Judiciário, dando ensejo à judicialização do tema.

²²NOVELINO, op.cit., p.517.

²³MENEZES, op.cit., p. 221.

²⁴MELLO, Celso. STF – RE 482.611/SC. Rel., 2010. *Direitos Sociais*. In: NOVELINO, op.cit., p.517.

Sabido é fato de que, entre os poderes, há independência, sem que seja perdida a harmonia de ambos em suas respectivas esferas de atuações. Dessa forma, cabe destacar os seguintes dispositivos da CRFB²⁵:

Art. 2º CRFB. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 5º CRFB. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Neste sentido, Costa²⁶ traz a premissa de que, para ele, a ofensa ao princípio da separação dos Poderes é o argumento central das posições contrárias ao ativismo judicial.

Costa²⁷ entende que a atuação do Poder Judiciário não consiste em limitar poderes ou frear abusos, mas sim fazer cumprir a Constituição Federal. Segundo ele, existe a necessidade de coadunar a separação dos Poderes à vigente realidade social.

Destaca ainda a função proativa do Judiciário e as respectivas objeções na dogmática atinente ao princípio da separação dos Poderes.

Para Costa²⁸ todos os órgãos estatais exercem função política. Por isso, ao seu sentir, na prática, o modelo concebido por Montesquieu, jamais subsistiu, tendo em vista o fato da atuação de ambos os poderes, permear entre as funções dos três departamentos de poder.

Segundo Costa²⁹, a premissa de que cabe ao Judiciário uma função meramente jurisdicional, seja de cunho passivo ou de autocomposição, não se afina com a ideia de que todos os órgãos estatais exercem função política. Por esse motivo, defende que não há extrapolação do Judiciário ao compelir o Estado a prover meios a efetivação dos direitos sociais.

Em decorrência do art. 2º da Constituição Federal os três poderes e as suas funções do poder, devem ser exercidos de forma equilibrada, conforme Farias³⁰. Segundo ele, no âmbito da realização de políticas públicas e na concretização de direitos fundamentais por parte do Executivo, deve haver consenso entre os poderes.

²⁵ BRASIL, op.cit.

²⁶COSTA, op.cit., p.164.

²⁷Ibid., p.161 e 166.

²⁸Ibid., p.163.

²⁹ Ibid.,p.163.

³⁰FARIAS, op.cit., p. 124.

Farias³¹ defende ainda que a atuação dos poderes deve sempre zelar pela não interferência na incumbência originariamente atribuída aos outros poderes, objetivando assim, o respeito ao texto constitucional no sentido de garantir a atuação harmônica e independente entre as três esferas de poder.

Oliveira³², ao fazer abordagem do papel do Poder Judiciário, fundamenta seu entendimento na concepção de Montesquieu. Defende que a separação dos poderes, em sua gênese, fez reinar a ideia de que caberia ao Judiciário proferir as palavras da lei. Essa premissa, porém, não reflete a realidade fática, uma vez que há lacunas interpretativas a serem preenchidas.

A afronta ao princípio da separação dos poderes é um forte argumento de oposição à atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, de acordo com o que diz Oliveira³³. Segundo entende, há um questionamento crítico acerca do controle judicial sobre políticas públicas, aumentando, neste sentido, a responsabilidade do Judiciário.

Merece ponto de destaque o fato da existência de relativa tensão entre o Poder Judiciário que atua no exercício da jurisdição constitucional e os demais poderes, Legislativo e Executivo, eleitos pelo voto de maneira democrática, segundo Oliveira³⁴.

Farias³⁵ posiciona-se reconhecendo o controle das políticas públicas por parte do Judiciário. No entanto, faz ressalvas relativas à extensão dessa ação intervencionista. Complementando esta lógica, entende que houve uma mudança de paradigma acerca da atuação do Poder Judiciário, que deixou de ser palco de disputas individuais, tornando-se um elemento de disciplina das regras coletivas e de direitos difusos.

A efetivação de direitos sociais por meio de demandas judiciais tem gerado controvérsias. No entanto, segundo Menezes³⁶, o STF tem afirmado a concretização desses direitos, impondo ao Executivo, por meio do Judiciário, a realização de políticas públicas que possibilitem essa efetividade.

A CRFB determina, no art. 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, conforme já ventilado. Não restam dúvidas de que o exercício deste direito de maneira isonômica impõe necessária atuação do Poder Público, que por intermédio do Poder Executivo deve atuar nas obrigações prestacionais positivas.

³¹ Ibid., p125.

³² OLIVEIRA, E. A. B. de. *Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade: Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia*. Curitiba: Juruá, 2015, p.117.

³³ OLIVEIRA, op.cit., p.87.

³⁴ Ibid., p.90.

³⁵ FARIAS, op.cit., p.97.

³⁶ MENEZES, op.cit., p.225.

Deve-se destacar, porém, que embora o texto constitucional seja claro, nem sempre o Estado atua com efetividade em sua gestão, cerceando, de alguma forma e ainda que de maneira não intencional, o acesso ao direito à saúde, sobretudo, do hipossuficiente financeiro.

Neste sentido, Leal³⁷ entende que se faz necessária a utilização de recursos interpretativos por parte do Poder Judiciário, tendo em vista o caráter principiológico dos direitos sociais.

Acerca a inafastabilidade judicial e o acesso à Justiça, para Silva³⁸, o princípio consagrado pelo Art. 5º XXXV, CRFB, deve ser visto pela ótica da relação entre a jurisdição e solução do conflito.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática principal, a aplicabilidade do direito à saúde de maneira a proporcionar aqueles que não têm meios, o acesso a este direito, cuja matriz, a base de sua essência é a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Destaca-se que o tema apresenta indubitável relevância na medida em que, a Carta Política de 88 ao abranger os direitos sociais, ditos de segunda geração, veio a fazer menção expressa ao direito à saúde, tendo sido inserido no rol dos direitos fundamentais.

Partindo do campo teórico e adentrando no campo prático, constantes são as demandas judiciais com a finalidade de compelir o Poder Público a criar meios que possibilitem o cidadão o acesso ao direito à saúde.

Neste sentido, observa-se de maneira corriqueira pedidos de fornecimento de fármacos em que é evocado o direito constitucional apresentado como fundamento jurídico de inúmeras petições endereçadas aos respectivos juízos competentes, apontando, desta forma, a importância da problemática e do tema objetos deste estudo.

Inicialmente foram abordadas questões introdutórias necessárias ao desenvolvendo e transcurso de toda a pesquisa. Desta forma, o ponto de partida para uma análise mais aprofundada do tema, foram os dispositivos constitucionais e a suas consequentes normas e princípios deles extraídos.

Na qualidade de direito social, a saúde, o direito ao seu acesso, é entregue ao cidadão que ostenta sob a ótica constitucional a qualidade de administrado, por meio de prestações

³⁷LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta* - Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

³⁸SILVA, op.cit., p. 71.

positivas por parte do Estado. Noutras palavras, o Poder Público que tem dentre outras funções, o dever de gerir, deve criar meios para que os direitos sociais sejam alcançados em sua plenitude.

Inequívoco é o fato que há discricionariedade em determinados atos praticados pela Administração Pública, visto que administrar pressupõe tomada de decisões. Por vezes a escolha do administrador público esbarra na colisão de valores constitucionais, momento que deverá ser usada técnica de ponderação de acordo com as devidas especificidades.

Esta discricionariedade, conforme apresentado no capítulo inicial, é limitada, na medida em que, embora direitos fundamentais sejam relativos, quando questões correlatas ao direito à saúde restarem envolvidas, o valor vida estará a elas intimamente atrelado. Portanto, especial atenção, merecem as escolhas do Poder Público sempre em que estiver em análise o direito à saúde, sob pena, até mesmo, de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Notório é o fato que prestações positivas por parte do Estado com vistas a alcançar a plenitude dos direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, contido no art. 6º CRFB, pressupõe gastos que precisam estar lastreados de maneira orçamentária.

Neste contexto, a reserva possível busca dar solução à limitação dos recursos públicos. Não se pode afastar, porém, a responsabilidade estatal, tendo em vista que o art. 196 CRFB determina de forma clara e expressa que a saúde, é direito de todos e dever do Estado.

Deve-se frisar que o não atendimento de norma constitucional, que atribui ao Poder Público a obrigação de garantir o cumprimento de direito fundamental, arraigado ao bem jurídico vida, sob o fundamento de não ser possível diante da colisão de valores constitucionais ou limitação financeira, não se demonstrou suficiente para justificar ou mitigar a responsabilidade do Estado, atribuída pela Lei Maior, conforme discorrido e problematizado ao longo do segundo capítulo da presente obra.

Diante da ineficácia do direito insculpido na CRFB, relativo à saúde, refletido pela inércia do Estado em garantir ao cidadão o mínimo do que se demonstra essencial, a judicialização do tema tem sido objeto de estudo, tendo sido abordada conjuntamente com a separação dos poderes no terceiro capítulo, dado seu importante destaque no tema pesquisado.

Tal fato levanta discussão acerca da extrapolação do Judiciário e a respectiva independência dos poderes, sobretudo, no que diz respeito à discricionariedade do Executivo em suas prestações positivas que deveriam abarcar de maneira mais eficaz o acesso aos direitos sociais, em especial o direito à saúde.

Neste cenário, a atuação do Poder Judiciário, mostra-se indubitavelmente relevante e essencial, sem que haja qualquer extrapolação em sua atuação ao compelir o Estado a garantir

o acesso à saúde ao cidadão que necessita e busca socorro na Justiça sob o legítimo fundamento contido na Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luis Roberto; FARIAS, Cristiano chaves de. Liberdade de Expressão Versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação e Critérios de Ponderação. In: (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil o direito civil-constitucional em concreto*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2009

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

COSTA, Lucas Sales da. *Constitucionalismo, Direitos Sociais e Atuação do Poder Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. *Direito à Saúde & Sua Judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta - Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. *Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MENEZES, V. H. M. de. *Direito à Saúde e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, E. A. B. de. *Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade: Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia*. Curitiba: Juruá, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed.rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social*. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 214 f. Curitiba: UFPR, 2009.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. *Direito à Saúde: Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015.