

NEOCONSTITUCIONALISMO SOBRE O ENFOQUE DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ALGUMAS PONDERAÇÕES À EXIGIBILIDADE JUDICIAL

RAFAELA FARIAS VIANA

Advogada. Especialista em Direito Constitucional e Tributário. Universidade Potiguar-UnP.
E-mail: rafa.farias.viana@gmail.com

Envio em: Fevereiro de 2013

Aceite em: Junho de 2013

Resumo

O presente artigo almeja demonstrar a influência da transformação do direito constitucional contemporâneo na efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil. Para tal, faremos uma explanação a respeito das características do neoconstitucionalismo, evidenciando a atuação do poder judiciário com base no método da ponderação, técnica indispensável para legitimar a atuação judicial. Ainda, discorreremos sobre alguns pontos relevantes que interferem nesse panorama, a exemplo da reserva do possível na implementação de políticas públicas.

Palavras-Chaves: Direito fundamental à saúde. Neoconstitucionalismo. Atuação judicial. Políticas Públicas.

NEOCONSTITUTIONALISM: FOCUS ON THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: SOME CAUTIONARY ACCENTS TO JUDICIALIZATION

Abstract

This article aims to demonstrate the influence of processing on the right constitucioal Contemporary realization of the fundamental right to health in Brazil. In it, we give an explanation about the characteristics of neoconstitucionalism, highlighting the role of the judiciary based on the method of weighting, technique essential to legitimate judicial action. Still. We will discuss relevant points involved in this scenario, such as the interference of reserve for the implementation of public policies.

Keywords: Fundamental right to health. Neoconstitucionalism. The role of the judiciary. Public Policies.

1. INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo, na Europa, surgiu ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, posteriormente à Constituição de 1988. Esse novo modelo surgiu com o pós-guerra, o que acarretou o reconhecimento da força normativa da Constituição, passando os direitos fundamentais a terem eficácia imediata, bem como tutela jurisdicional.

Diante dessa nova visão, tornou-se necessário o desenvolvimento do poder judiciário para a materialização desses direitos, o que corroborou para o surgimento de novos métodos de interpretação, a exemplo do da ponderação.

Na medida em que o direito fundamental à saúde passou a pertencer a esse novo cenário, busca-se, em um primeiro momento, demonstrar o conceito desse novo constitucionalismo contemporâneo e a efetividade que este proporciona aos direitos fundamentais, em especial ao da saúde.

Em seguida, será explanada a atuação do poder Judiciário nos casos em que ocorre omissão estatal na concretização das políticas públicas capazes de tutelarem o direito fundamental à saúde, abordando alguns critérios orientadores dessa atuação.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiu o neoconstitucionalismo, que representa o direito constitucional contemporâneo, objetivando impedir o surgimento de regimes totalitários, que violavam os direitos fundamentais, reconstruindo as bases do Direito Constitucional.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos (BARROSO, 2012).

Segundo a professora Ana Paula de Barcellos:

O prefixo neo parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo

período ou momento no direito constitucional (BACELLOS, 2007).

A promulgação de constituições democráticas, de caráter social, que priorizam a efetividade dos direitos fundamentais, foi essencial para o aprimoramento do neoconstitucionalismo, pois esse novo estilo passou a exigir uma nova postura na aplicação e interpretação do direito constitucional.

Inocêncio Mártires Coelho leciona que esse novo constitucionalismo é marcado pelos seguintes aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 127).

Luís Roberto Barroso leva em consideração três diferentes marcos fundamentais para a formação do neoconstitucionalismo: o histórico, o teórico e o filosófico. De acordo com ele, “neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral” (BARROSO, 2005).

No que tange ao aspecto histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, principalmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, o processo de reconstitucionalização, com a discussão e elaboração da Constituição de 1988, marca o renascimento do direito constitucional no país (BARROSO, 2005). As alterações constitucionais ocorridas na Europa foram sentidas no Brasil, a Constituição de 1988 marca a transição para um Estado Democrático de Direito (CAMBI, 2008).

Na preleção de Barroso, “a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país”. Segundo o constitucionalista, ela fez com que surgisse um sentimento constitucional no Brasil (BARROSO, 2005).

Quanto ao aspecto filosófico, o marco do novo direito constitucional é o pós-positivismo. Abaixo, seguem os dizeres de Barroso sobre o tema:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por

uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (BARROSO, 2005).

Três grandes transformações, no plano teórico, subverteram o conhecimento convencional em relação ao direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Registra-se que a nova interpretação constitucional reconhece a normatividade dos princípios e sua distinção em relação às regras (BARROSO, 2005). Houve um processo de constitucionalização do direito material e processual, retirando das normas infraconstitucionais o núcleo hermenêutico do intérprete (CAMBI, 2008).

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para, ao final, fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que, também, pode ser entendida como ‘conformação da lei’” (MARIONE, 2008, p. 48).

Ressalta-se que a nova interpretação não anulou a interpretação jurídica tradicional, no entanto, revitalizou a hermenêutica jurídica, evidenciando a teoria dos princípios sobre as regras (CAMBI, 2008).

Conforme Ana Paula Basttos, o neoconstitucionalismo convive não só com conflitos específicos, reflexo nos textos constitucionais, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e harmonizar-se em uma sociedade plural como a contemporânea, mas, também, com um conflito de caráter geral. Esse se exterioriza através da oposição de duas ideias distintas. Uma, que afirma que compete à Constituição atribuir ao cenário político um conjunto de decisões valorativas, consideradas essenciais e consensuais. Essa primeira concepção é a substancialista. A outra, conhecida como procedimentalista, defende que à constituição cabe tão somente garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, não podendo nenhuma geração impor à seguinte suas convicções materiais (BACELLOS, 2007).

Ocorre que o conflito entre substancialismo e procedimentalismo não opõe duas ideias absolutamente conflitantes, na proporção que o diálogo democrático não tem como funcionar, de forma apropriada, se as pessoas não possuírem condições de dignidade ou se seus direitos não forem, minimamente, respeitados.

Esse conflito interfere no modo de pensar do aplicador do direito, no que tange ao sentido e à amplitude do texto constitucional que lhe cabe interpretar, repercutin-

do sobre a interpretação jurídica como um todo.

3. BREVE INTRODUÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas, físicas ou jurídicas, contidos em dispositivo constitucional e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2010).

Com o constitucionalismo, os direitos fundamentais deixam de ser apenas limites negativos ao exercício do poder do Estado para se tornarem um conjunto de valores (ou fins diretos) que orienta a ação positiva do Estado, ou seja, impõe-lhe obrigações (FERRAJOLI, 2007; PEREZ LUÑO, 1995).

Ao analisar isso, identificam-se alguns conceitos básicos, quais sejam: os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais, pessoa vs Estado; a finalidade desses direitos, limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual, e sua localização no sistema jurídico, estabelecida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal.

Todas as Constituições brasileiras, de alguma forma, preveram Declarações de Direitos. As de 1891 e 1924, as duas primeiras, só enunciaram as liberdades públicas, servindo, portanto, como limitação ao poder. Contudo, todas as demais, a partir de 1934, acrescentaram os direitos sociais na Ordem Econômica.

Importante ressaltar que não só na Constituição Brasileira de 1988, mas, em todas as outras, a enumeração dos direitos fundamentais tem caráter exemplificativo, o que resta claro através da leitura do artigo 5º, §2º, da Carta em vigor: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

No que tange a sua aplicabilidade, de forma inovadora, a Constituição de 1988 prevê que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata, quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo, ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui la-

cuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário, elas são não-executáveis pela natureza das coisas (FERREIRA FILHO, 2004).

A doutrina divide tais direitos em quatro gerações ou dimensões, levando em conta a sua evolução histórica.

A primeira dimensão está atrelada ao surgimento do Estado Liberal e evidencia os direitos ligados às liberdades individuais, ou seja, os direitos civis e políticos, que, conforme Paulo Bonavides, “ são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2005, p. 563-564).

Já os direitos de segunda geração/dimensão se referem aos direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos, advindos do constitucionalismo das diversas formas de Estado Social.

A terceira geração/dimensão contempla os direitos que possuem como destinatário o gênero humano e não apenas os indivíduos propriamente ditos, a exemplo do direito ao desenvolvimento, meio ambiente, dentre outros.

Por fim, os direitos de quarta geração/dimensão, que advêm da globalização, materializando-se no direito à democracia, à informação e no direito ao pluralismo.

Paulo Bonavides (2006) vem defendendo que o direito à paz se configura em um direito de quinta geração/dimensão, que deve ser exigido da mesma maneira que o são a igualdade, a moralidade administrativa, a ética na relação política e até mesmo a democracia, enquadrada como direito de quarta geração.

Deve-se ressaltar, por fim, que, apesar de divididos, doutrinariamente, em gerações/dimensões, esses direitos coexistem, não tendo se operado a anulação de uns com o surgimento de outros (BRIZI, 2009).

Os direitos fundamentais podem ser classificados, ainda, de acordo com o seu objeto; nessa tipologia, diferenciam-se 4 espécies de direitos: liberdades, são poderes de fazer; direitos de crédito, são poderes de reclamar alguma coisa; direitos de situações, são poderes de eximir um status; e direitos garantias, estes últimos se subdividem em direitos a garantias-limite, que são poderes de exigir que não se façam determinadas coisas, e direitos a garantias instrumentais, que são poderes de mobilizar a atuação do Estado, em especial do Judiciário, em defesa de outros direitos.

No tocante aos sujeitos passivos, tendo em vista que o Estado é quem, principalmente, deve respeitar as liberdades, oferecer os serviços correspondentes aos direitos sociais, prestar a proteção judicial, bem como proteger as situações que são objetos dos direitos de solidariedade, este está presente em todos

os casos. No entanto, ele não atua sozinho no pólo passivo dos direitos fundamentais, pois, em relação às liberdades e aos direitos de solidariedade, todos estão restritos a respeitá-los.

3.1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito à saúde foi o de maior evolução desde a promulgação da Constituição de 1988, ele vem assegurado, nessa Constituição, como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante a adoção de políticas públicas, com a garantia do acesso universal igualitário às ações e serviços (LIMA, 2010).

O art. 196 da CF/88, que está inserido no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II - da Seguridade Social, e na Seção II - Da Saúde, 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O direito à saúde está previsto, ainda, na CF/88, como um direito social, elencado, em seu artigo 6º, ao lado da educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Analizando o art. 196 da CF/88, Lima (2010) afirma que esse artigo dispõe que a saúde é (i) direito de todos - o que define seus titulares; e (ii) dever do Estado - o que indica o responsável por suas prestações, sem prejuízo do disposto no art. 199, que torna a saúde livre à iniciativa privada. Esse dispositivo refere-se, ainda, que a saúde (iii) é garantida mediante políticas sociais e econômicas - seu meio de atuação genérico, sendo que estas (iv) devem visar à redução do risco de doença - uma finalidade que revela a preocupação com a prevenção - e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação - uma finalidade que especifica, ainda mais, a forma como será garantido o direito fundamental em comento.

O art. 198, ao determinar que as ações e serviços de saúde, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com observância das seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade; define, de forma geral, a forma de organização do sistema.

Para viabilizar o cumprimento do dever do Estado, a Carta Magna constituiu, em seu art. 198, o Sistema Único de Saúde (SUS) e estabeleceu que a política de saúde deve ser definida com a participação da sociedade (art. 198, III - e Leis ns. 8.142/90 e 8.080/90). Nesse cenário, as políticas de saúde são "[...] o instrumento primeiro para a realização do disposto no art. 196 da Lei Magna" (SCHWARTZ, 2005, p. 157).

4. EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE X POLÍTICAS PÚBLICAS

A efetivação e aplicação imediata à norma que garante o direito à saúde repeita a isonomia e o acesso universal, no cenário de um Estado empenhado em garantir a justiça social e subordinado a inúmeras obrigações, de idêntico patamar hierárquico.

É do conhecimento de todos que o planejamento, a implementação e o controle das políticas públicas levadas a efeito pelo Estado dependem da disponibilização de recursos públicos.

Contudo, as evidências de, cada vez mais, haver escassez das quantias públicas necessárias para o custeamento dos Direitos Fundamentais sociais (dentre eles o da saúde), que deveriam ser protegidos ou promovidos por meio de políticas públicas, acabam, muitas vezes, por impossibilitar a efetivação desses direitos.

As ações públicas direcionadas à concretização desse direito integram um sistema único em todo o país, financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes.

Para alcançar os meios necessários à preservação da saúde, o Estado, mediante alguns critérios, deve analisar quem, realmente, precisa do seu auxílio para preservação de sua saúde. Logo, os casos submetidos ao Estado devem ser apreciados e ponderados em razão de, no mínimo, algumas variantes: (a) a variante normativa-constitucional e infra-constitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; (b) a variável responsabilidade institucional e familiar, disposta na estrutura normativa constitucional e infra-constitucional brasileira (SCHWARTZ, 2001).

Destarte, a intervenção Estatal deve ocorrer nos casos em que, realmente, há grande risco de vida, tendo

em vista que a satisfação de um problema imediato, que não necessite do auxílio do Estado, poderá prejudicar a solução de outros casos, na medida em que os recursos financeiros e materiais são limitados, sendo preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido.

Tal conclusão se baseia no princípio da concordância prática ou da harmonização, definido por Konrad Hesse, que impõe ao intérprete do sistema jurídico que os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro (HESSE, 2001).

O direito fundamental constitucionalizado à Saúde, garantido a todos e dever do Estado, enquadra-se como direito subjetivo, concedendo fundamento para justificar o direito à prestação, no entanto, não possui obrigatoriedade como resultado de uma decisão individual.

A Suprema Corte, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR) nº 271.286-8/ RS¹, decidiu pela concessão de medicamentos de forma gratuita pelo ente público, que, apesar de prevista em lei, ainda estava sem qualquer previsão orçamentária, afastando o óbice do art. 167, I, da CF.

A decisão acima exposta evidencia que o argumento de limitação orçamentária, ainda que relevante, não é suficiente para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde, garantido na Carta Magna.

Por outro lado, doutrinadores renomados, como Ingo Sarlet, afirmam, categoricamente, que o Estado tem capacidade limitada para dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, constituindo a limitação dos recursos como certo limite fático à efetivação desses direitos (SARLET, 2010).

No entanto, é óbvio que o mero argumento de escassez de recursos dos cofres públicos não pode permitir o esvaziamento dos direitos fundamentais, muito menos os que se referem à saúde, visto que interferem na vida humana e na sua dignidade mínima e, por esse motivo, estarão submetidos ao controle jurisdicional com o objetivo de aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais.

5. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Tendo em vista que o direito social à saúde teve enorme evolução desde a promulgação da constituição

¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR) nº 271.286-8/ RS. Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 12 de setembro de 2000, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no D.J de 24 de novembro de 2000.

de 1988, este tem merecido tratamento diferenciado pelos tribunais para que ocorra a sua efetivação.

Em seu artigo 196, a atual constituição determina que o acesso às ações e serviços destinados à prevenção, promoção e recuperação da saúde há de ser universal, independentemente de filiação a regime previdenciário e do prévio pagamento de contribuições.

Com a aprovação da lei 8.080/90², o sistema público de saúde tornou-se gratuito, passando a ser vedada qualquer cobrança pelas ações e serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde, independentemente da condição socioeconômica apresentada pelo usuário. Fátima Vieira Henrique (2010) declara que, apesar de questionável - sobretudo se considerados os ditames da isonomia e da proporcionalidade, bem como a crônica escassez de recursos públicos disponíveis - , trata-se de opção legislativa válida e que, por conseguinte, há de ser respeitada. Todavia, a gratuidade só é referente aos casos dos serviços acobertados pela lei em comento, logo, se pleiteadas em juízo prestações diversas não regulamentadas nessa lei – como os não incluídos nas listagens oficiais - é requisito imprescindível, para a concessão da ordem, a demonstração, pelo postulante, de sua necessidade financeira; neste caso, tal necessidade passa a ser fato constitutivo do direito autoral.

Ainda com base no art. 196 da CF, extrai-se que o acesso às ações e serviços necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde há de ser igualitário e é justamente essa igualdade que serve como importante instrumento de limitação das demandas por prestações sanitárias, principalmente as individuais, na medida em que passa a ser proibido o deferimento judicial de medida individual que não possa ser ampliada a todos que se encontrarem em situações idênticas, seja por motivo financeiro, seja por excluir direito de outrem. Por se referir a fatos impeditivos do direito do autor, o Poder Público deverá comprovar não só a impossibilidade de extensão da providência requerida, como, também, o prejuízo imediato que acarretaria ao direito alheio, se acolhida a pretensão.

Um dos maiores problemas enfrentados pelo direito à saúde é a falta de ações efetivas de planejamento e execução, possibilitando a postulação em juízo, nos casos em que o administrador público deixar de formular as políticas públicas de saúde necessárias ao cumprimento das determinações constitucionais, le-

gais e internacionais.

Não é permitido ao administrador postergar a efetividade do direito à saúde, tendo em vista que se trata de direito fundamental, além de ser consectário do princípio da dignidade humana, cabendo-lhe elaborar políticas públicas para atingir esse fim.

Caso a administração se mantenha omissa, pode e deve o Poder Judiciário controlar tais omissões, com o devido temperamento, principalmente quando se leva em consideração ser a efetividade constitucional direito de todas as pessoas e ser inafastável a sua proteção judicial. Em sentido contrário, posiciona-se a doutrina tradicional, argumento que, com fulcro na separação dos poderes, o juiz não possui competência, nem capacidade para elaborar políticas públicas, pois as prioridades na saúde e os meios para concretizá-las cabem ao administrador.

Não restam dúvidas de que não cabe ao juiz elaborar políticas sanitárias, porém, quando a omissão do administrador, em um caso concreto, causar risco de grave dano à saúde da coletividade, será lícito o uso da via judicial, com o objetivo de coagi-lo a cumprir o seu dever, qual seja a elaboração de políticas sanitárias eficientes. Ressalta-se que a referida sentença não mencionará as medidas a serem tomadas que, a priori, serão escolhidas pela administração, levando em conta os princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Preleciona, com maestria, Marcos Maselli Gouvêa que “embora não se possa pleitear determinada prestação estatal, pode-se sem dúvida exigir que o Estado articule alguma política de redução de risco de doença e de acesso universal e igualitário a promoção, proteção e recuperação da saúde” (GOUVÊA, 2003, p. 76-77).

Atribuído ao Estado o cumprimento de seu dever de implementar e formular determinada política sanitária, compete ao administrador, dentro do prazo estabelecido, escolher os meios e os recursos que irá utilizar, bem como apresentar o cronograma de execução, quando necessário. Contudo, tendo em vista que, no Brasil, é bastante comum o descumprimento das decisões judiciais, é recomendado a fixação de prazo para o cumprimento da obrigação, sob pena de multa na hipótese de inadimplência. Se a inércia continuar, ainda depois da aplicação da multa ao Estado e de penalidades pessoais ao administrador, torna-se viável a determinação, pelo juiz, das providências a serem tomadas e dos prazos

² “Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”.

para sua execução.

Há casos em que não há discricionariedade no agir do administrador; esses casos ocorrem, quando apenas uma determinada medida é adequada à promoção do fim almejado, seja por critério técnico, seja por consenso científico. Nessas hipóteses, caberá ao autor comprovar que não só a discricionariedade da decisão como das escolhas dos meios de execução não existem pela singularidade do caso concreto. Nesses casos, será lícito ao juiz determinar as providências e especificar a única medida razoável capaz de dar cumprimento ao dever constitucional do Estado.

Ressalta-se que não são aceitáveis apenas as demandas individuais por prestações de saúde, embora essas sejam mais comuns, já que o dever estatal é, comumente, compreendido como contrapartida ao direito subjetivo de que é titular o autor individual. São cabíveis, também, as demandas coletivas, no que tange às ofensas ao direito à saúde, compreendido em sua dimensão coletiva.

O tema ensejou uma série de audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, com participação de segmentos estatais e da sociedade civil, tendo os debates realizados contribuído como subsídio para o STF fixar o seu posicionamento, visto que, em 2010, ao julgar o STA 175 AgR/CE (17.3.2010, informativo 579), este estabeleceu parâmetros para o enfretamento dos casos que envolvem o direito à saúde; dentre eles, importante destacar o que ratifica o entendimento de que o Poder Judiciário pode vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida do(a) paciente, configurando-se legítimo o controle e a intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental.

Ainda no âmbito do STF, é válido comentar a decisão do Ministro Celso de Mello, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamel nº 45, em que o relator explanou o seu posicionamento no sentido de que é perfeitamente possível, ainda que de forma excepcional, a intervenção judicial na formulação e execução de políticas sociais, desde que constatada conduta estatal comissiva ou omissiva que afronte os direitos fundamentais e mesmo que tomados em sua repercussão coletiva. Afirmou, ainda, que implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo, no entanto, é possível atribuir essa incumbência aos minis-

tros, desembargadores e juízes, quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

A omissão estatal quanto à elaboração de políticas sanitárias pode ser apenas parcial, fato este que ocorre quando a política existe, porém, não é suficiente para a consecução da finalidade a que se destina, principalmente por excluir, infundadamente, pessoas ou grupos específicos, o que afronta o princípio da igualdade. Essas situações, também, legitimam a atuação do Judiciário, vez que não é permitido ao administrador elaborar programas discriminatórios e prever recursos escassos à sua implementação abrangente.

Por outro lado, a igualdade material deve orientar a atuação estatal em saúde também sob o aspecto da proteção compulsória e preferencial daqueles grupos alijados, em maior grau, do poder político e econômico. Ora, se a redução da marginalização, incluído aí o respeito à diferença, seu corolário, é objetivo constitucional fundamental, patente é a ilegitimidade da conduta do Estado se deixar de formular políticas voltadas ao atendimento das necessidades de saúde dessas minorias ou estamentos sociais mais fracos (HENRIQUE, 2010, p. 853).

No que concerne ao controle da omissão quanto à implementação de Políticas Sanitárias, pode ocorrer de a lei infraconstitucional especificar determinada forma para realização ao dever estatal genérico de promoção, proteção e recuperação da saúde, definindo a meta que deve prevalecer e os meios necessários para a sua execução, a exemplo da Lei 9.313/96, que estabeleceu ser prioridade governamental o combate à AIDS e adotou distribuição gratuita de medicamentos a todos os portadores do vírus HIV. Em tais casos, é dever do administrador praticar os atos concretos suficientes a sua execução, inclusive fazer constar do orçamento correspondente; ele estará adstrito às decisões legislativas e ao princípio da legalidade.

Estando em execução o programa, cabe ao judiciário controlá-lo, competindo ao juiz, com respaldo nos princípios na isonomia, eficiência e da vedação ao retrocesso, sanar a omissão, caso o administrador não pratique os atos necessários à garantia de abrangência, eficiência e continuidade da ação de saúde que escolheu.

Pode ocorrer de o administrador elaborar a política pública, no entanto, não a executa, nesse caso, não parece coerente impor àquele a execução compulsória desse programa, exceto se, ao ser analisado o caso concreto, concluir pela ausência de discricionariedade da decisão. Contudo, será possível a propositura de

ação coletiva, objetivando que o administrador traga a público o cronograma de sua execução ou exponha os motivos pelos quais desistiu de colocá-la em prática.

Assim como os demais atos administrativos, a implementação das políticas sanitárias deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e, em especial, o da eficiência, que possui relevante importância no controle das políticas que impliquem a prestação continuada de serviço de saúde. É atribuição do administrador zelar pela manutenção dos serviços públicos em patamares razoáveis de qualidade, propiciando a real satisfação das necessidades básicas da população, cabendo a atuação judicial nos casos em que esses níveis declinarem para padrão inferior ao razoável.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que o direito à saúde, por se constituir um direito fundamental social de aplicabilidade imediata, deve ser garantido pelo Estado, por meio de prestações materiais.

Entretanto, o direito fundamental à saúde não pode ser entendido como um poder a ser desempenhado, de

maneira absoluta e ilimitada, contra o Estado, mas sim como um direito de justiça social, na medida em que a sua materialização, a concepção de direitos subjetivos como poder absoluto a ser exercido versus o Estado, mostra-se imprópria.

Portanto, o direito fundamental à saúde necessita ser garantido, conforme preleciona o art. 196 da CF/88, efetivando-se por meio de políticas públicas que garantam o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, sempre com base nos critérios racionais de aplicação, pois é através de ações estatais absolutamente vinculadas/ comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil (LEAL, 2009).

Por fim, cabe ao Judiciário, com ponderação, provada a necessidade de atuação estatal diante de uma determinada situação concreta e com o fim de tutelar a dignidade da pessoa humana, declarar a inconstitucionalidade da omissão administrativa e ordenar ao Executivo a efetiva elaboração do programa, estabelecendo prazos para as suas apresentações e execução, bem como penalidades, caso haja inadimplência.

REFERÊNCIAS

BACELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n. , p.1-8, 15 jan. 2007. Disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 19 maio 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 851, p.4-5, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. **Revista Interesse Público**, Ano VIII, n. 40, 2006.

BRIZI, Carla Caldas Fontenele. O Aspecto Processual dos Direitos Fundamentais como Medida Assecuratória de sua Eficácia. In: MATIAS, João Luis Nogueira. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33-47.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-graduação**, Bahia, n. , p.93-130, 11 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista17.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revistas Dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp.76-77.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 119.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.150-165.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2010. p. 237-254.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.371.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 157.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

