

A TUTELA JURISDICIONAL E OS RECURSOS PÚBLICOS, UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO A SAÚDE

Rafaela Pires Teixeira¹

RESUMO

Pretende-se discutir ao longo deste artigo o poder/dever que “detém” o Judiciário Brasileiro de efetivar direitos fundamentais diante das demandas sociais dispostas, ao deparar-se com as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo. Questiona-se assim, a legitimidade da judicialização condutas proativas, ao analisar se tais contrariam ou concretizam o quanto consubstanciado no Estado Democrático Brasileiro. Pontuando neste consenso, a legalidade do controle das políticas públicas efetuada pela intervenção judicial, sopesando se tal garante o fiel cumprimento dos dispositivos descrito na Constituição Federal/88. Para tanto, considerar-se-á o quanto preceituado no ‘mínimo existencial’ necessário à realização da dignidade humana, efetivando direitos a saúde. Suscitando, entretanto, se há recursos suficientes e, portanto, má gestão, ou se há escassez destes. Analisar-se-á ainda, se a Separação dos Poderes interfere na persecução deste fim. Ao final, será ponderada a questão da judicialização da saúde, sopesando as questões pertinentes sobre este fenômeno jurídico.

Palavras-chave: Judicialização. Saúde. Recursos Públicos. Tutela jurisdicional.

1 INTRODUÇÃO

A função do Judiciário tornou-se, no Brasil contemporâneo, objeto de intensas polêmicas. Neste cenário, decisões que submergem amplo alcance público, ou ainda, que ultrapassam as funções típicas deste Poder, são alvos de aplausos e críticas. Assim pretende-se analisar a atuação do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional, como o direito a saúde, ora objeto de estudo desta análise.

Destaca-se, entretanto, neste perseguir, os argumentos que destacam as omissões dos poderes Legislativo e Executivo e, por isso, o papel imprescindível desenvolvido pela tutela jurisdicional na tentativa de resolução desta contenda, qual seja a falta de satisfação dos direitos fundamentais, em especial a saúde.

¹Advogada, Mestranda em Políticas Sociais e Cidadania na Universidade Católica do Salvador,
E-mail: rafapeteixeira@yahoo.com.br

Ressalta-se, contudo, que todo direito gera um custo para o Estado, sejam eles em “dimensões positivas ou negativas”. Na evolução social, assim como pela democratização e a valorização e inclusão de camadas sociais até então esquecidas, estes direitos ganham outra roupagem e exigem do Estado condutas proativas para sua efetivação.

Perfazendo uma análise sobre este fenômeno da judicialização dos direitos correlacionando-o, principalmente, com suas fontes de custeio. Ponderando em verdade, se tal demanda decorre de escassez de recursos para efetivação dos direitos na prestação do mínimo existencial – direitos fundamentais e, portando, escolhas devem ser feitas ou, se esta situação não é acentuada no Brasil, mas tão somente agravada pela má destinação dos recursos e, por isso, necessita da atuação jurisdicional, inclusive como fiscal da lei.

Neste ponto, analisaremos a separação dos poderes como ponto basilar nesta análise, aferindo se há violação na atuação jurisdicional frente aos demais, ou se de forma objetiva e constitucional apenas executam os liames preestabelecidos.

De tal modo, o presente artigo propõe estabelecer ainda uma discussão a despeito da saúde no Brasil, no que concerne a prestação efetiva de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, bem como pela ausência destas, desencadeando na provação e, por conseguinte, na atuação jurisdicional.

2 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS ELENCADOS NA CF

O legislador originário, ao elencar os direitos prescritos na Constituição Federal de 88, deteve como preocupação primordial a garantia do Estado democrático de Direito, para tanto, protegeu o que chamou de “direitos fundamentais”. Neste passo, o Estado deixa de adotar uma postura liberal, para alcançar o estado de protecionismo, “do bem estar social”.

Nesta nova fase do direito mundial, no Brasil tardiamente, comprometida com a máxima efetivação dos direitos elencados no texto constitucional, surge o fenômeno da judicialização da política, remodelando o papel do juiz na sociedade.

Para o autor, Dirley da Cunha Júnior (2010, p.3), nos tempos atuais, não se pode admitir uma barreira influída entre a política e a justiça. Assim a Judicialização é um fenômeno presente e necessário na sociedade contemporânea, ao estabelecer que algumas

questões que deveriam ser solucionadas em âmbito político (Congresso Nacional e Executivo) pela ineficiência ou omissão, são postas a baila para os juízes e tribunais, mudando significativamente o desfecho destas. Ressalta-se assim, ser inegável o papel do Poder Judiciário fazer valer os preceitos estabelecidos na Carta Magna, inclusive em confronto com os demais poderes.

Arenhart, neste mesmo consenso, destaca que, o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas.

Calmon de Passos, no artigo Tutela Constitucional da Liberdade, entretanto, nos assegura que a atuação jurídica frente a uma relação demonstra o fracasso da sociedade em resolver seus problemas sociais, o fracasso do homem em auto tutelar-se, necessitando que o Estado intervenha nestas relações. Por isso, esta grande busca por direitos fundamentais, cláusulas pétreas, direitos civis, políticos... Que recaem em falácia se não houver a institucionalização social e política as pondo em prática.

Ainda o mesmo autor, demonstra que não basta enunciar direitos, a sociedade deve estar organizada para efetiva-los. Mais importante do que “anunciar liberdade é a organização política de institucionaliza-las”. Quando não há consciência ética, fica-se submisso a imponência do Estado enquanto atuante da função jurisdicional.

Ressalta que tal situação é extremamente agravada no Brasil, primeiro pela colonização extrativista e latifundiária a que fomos submetidos. Pela ausência de classe média que busca direitos. E principalmente, pela transferência constante de responsabilidade da sociedade para o judiciário. Com um país marcado pela desigualdade, firmando uma igualdade meramente formal. Assim traduzindo a Constituição Federal de 88, anunciam um direito que não está assegurado no país, muito aquém da eficácia e da satisfação plena.

Nesta seara para que se alcance a efetividade na prestação dos direitos assegurado, mesmo que entre as partes em uma justiça restrita, faz-se necessária a tutela jurisdicional. Imprescindível destaque recai a distinção efetuada por Luís Roberto Barroso entre Judicialização e Ativismo judicial. Ao preceituar que (2009, p. 6), quando o judiciário decide porque lhe cabia fazer, sem alternativas, ou seja, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria, neste caso, estamos diante do fenômeno da judicialização.

Ainda segundo o mesmo autor, o ativismo judicial, por sua vez, está associado a uma atuação mais ampla do poder judiciário, interferindo assim, nos outros dois poderes. Sendo um modo proativo de interpretar a Constituição Federal.

Defende-se, contudo, que essa judicilização excessiva esta intimamente atrelada à inatividade do Legislativo e Executivo. Isso porque, como abordará adiante, demandas sociais deixam de ser atendidas pela falta de atuação destes poderes que, acabam por exigir uma postura ativas das partes interessadas ao demandarem, seja por demanda individual ou coletiva, frente ao Poder Judiciário. Desencadeando, por consequência, nesta atuação proativa vez que é responsável pela guarda dos direitos elencados na Constituição Federal e, do Estado Democrático.

Um exemplo claro que exigiu do poder judiciário atuação proativa, por correlacionar-se diretamente com efetivação dos direitos fundamentais, é a questão da distribuição de medicamentos pela rede pública de saúde. Não raro, juízes e tribunais, condenam a União, Estado ou Município, ou até mesmo os três de forma solidaria, a custearem medicamentos que não estão na lista e protocolo do ministério da saúde, exigindo o cumprimento de políticas de saúde e a efetivação deste direito.

Questiona-se, contudo, se a falta dessa prestação decorre de uma ineficácia do poder público pela má gestão do recurso público, ou se essa falta de prestação decorre de um problema de escassez de recursos e, portanto, da necessária escolha entre os medicamentos (exemplo mencionado acima), que o leva a fazer “escolhas trágicas”, Gustavo Amaral.

Não há dúvidas que o judiciário não detém competência para criar políticas públicas, mas sem dúvidas lhe é atribuído a competência para exigi-las e determinar o seu cumprimento, afim de se efetivar os direitos preceituados na Constituição Federal.

De certo, independentemente da postura adotada, assevera-se que um judiciário retraído que “fecha os olhos” frente às violações aos direitos fundamentais corrobora com o status de manutenção desta. Isso porque o Poder Judiciário deve sempre fornecer uma resposta quando demandado, havendo lei que regulamente a matéria ou não, não podendo assim, se eximir de responder pela falta de regulamentação. A necessidade de um judiciário ativo é inegável, este deve buscar soluções e exigir medidas que possibilite a máxima eficácia constitucional, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais, em especial os sociais.

Cabe ressaltar, contudo, que a judicialização excessiva e a resolução da falta de efetivação dos direitos pelo poder público, recai em um grande problema, vez que, cria-se uma distinção na prestação dos serviços, em quem pode demandar ao judiciário e, assim, obter uma prestação positiva e quem não pode. O Critério de escolha, admitindo a escassez de recursos, passa a ser o “acesso a justiça”.

Resultando, entretanto, na criação de duas justiças: a “micro” efetivada durante um processo, entre as partes envolvidas e a macro justiça – a mesma norma sendo aplicada as demais partes que se encontram na mesma situação. Não se alcançando assim um controle de razoabilidade da aplicação no caso concreto. Nesta contenda, Amaral, assenta que o papel do judiciário seria (2001, p. 208):

No que diz respeito às pretensões positivas, cabe ao Judiciário o controle do discurso, o controle das condutas adotadas por aqueles que ocupam a função executiva ou legislativa. [...] Cabe-lhe, isto sim, projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial.

O autor assim, confere ao Poder judiciário a possibilidade de controlar os demais poderes, analisando o conteúdo dispostos pelos mesmo, comparando tais atuações com a real situação social, constatando se há violação. Entretanto, pugna-se pela existência de um centro mínimo a ser prestado, um mínimo inviolável, mesmo possuindo como parâmetro a escassez dos recursos.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PODER JUDICIARIO

Consubstanciando mínimo existencial como o conjunto de prestações materiais absolutamente necessárias e essenciais para a realização da dignidade na vida humana. Apesar de não está expressamente previsto na Carta Magna, diversos dispositivos constitucionais o asseguram, tais quais a própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), erradicação da pobreza e marginalização (art. 3º, III), redução das desigualdades sociais e regionais, direitos sociais como saúde, educação e assim por diante (art. 6º).

Gustavo Amaral, ao discorrer sobre os Direitos Fundamentais, em que pese o seu conceito assenta que (2001, p. 90) “Direitos fundamentais é empregada para referir aos

direitos humanos reconhecidos em um dado ordenamento”. Ainda para o mesmo autor, (2002, p. 96), a natureza das normas fundamentais:

Ao nosso ver, os direitos fundamentais têm natureza jurídica própria, inconfundível com as categorias moldadas à luz do direito privado. [...] Não são eles meros valores jurídicos a orientar a formação do ordenamento ou concessões estatais, mas, ao contrário, investem o particular em diversas prerrogativas, legitimando-o a exigir dadas condutas estatais.

O direito fundamental a prestação de saúde amplamente judicializado, tanto em âmbitos de prestação de serviços médicos e hospitalares, como em fornecimento de medicamento e terapias (que estão na lista e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais).

Imaginemos, todavia, que o poder público (Executivo e Legislativo), não implemente e por conseqüência não execute as políticas públicas para conceder o atendimento imprescindível ao cidadão que necessite. Este recorre ao judiciário, que detém o dever de assegurar o cumprimento dos direitos postos na Constituição Federal, neste caso o direito a saúde. Como agir? Um judiciário efetivo seria aquele que no dever de efetivação de direitos (fundamental, neste caso) compele os demais poderes ao cumprimento da decisão exaurida, prestando o serviço pretendido.?

Em que pese à promulgação do mínimo existencial no texto constitucional, o mesmo, obsta na questão orçamentária. As políticas públicas não dispõem de recursos econômicos suficientes, não conseguindo, em verdade, implementar os direitos fundamentais anteriormente mencionados ou ainda pela má utilização do quanto auferido. Destaca-se, neste ponto, o papel do judiciário em compelir a devida utilização dos recursos públicos na efetivação dos direitos exauridos no texto constitucional, elencados como fundamentais a uma vida digna.

Isso porque, conforme assevera Gustavo Amaral, todo direito demanda custos, não apenas os direitos que em sua essência necessita de uma atuação positiva do poder judiciário, mas também aqueles em que necessitam em regra uma prestação teoricamente negativa, chega a ressaltar que (2001, p. 71) “teremos direitos negativos com dimensões positivas e direitos positivos com dimensões negativas”.

Assenta ainda que todos esses direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para sua implementação. De certo, conforme

afirma o autor ora citado, que nesta seara dos direitos possuem custos, o Estado não consegue suprir todas as demandas sociais.

Neste caso, remete-se a afirmar assim, que os direitos enquanto prestados pelo Estado, não são absolutos, pelo contrário, são relativizados na medida em que dependem de verbas para sua execução. Assim, sobressalta-se que o mínimo existencial deve ser considerado em conjunto com o instituto da reserva do possível, institutos importados da doutrina Alemã, que sofreram adaptações ao direito brasileiro. Na visão de Amaral, (p. 80),

[...] é mais realístico e mais produtivo definir direitos como poderes individuais derivados de ser membro ou “afiliado” a uma comunidade política e com investimentos seletivos de recursos coletivos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e para resolver os problemas tidos ordinariamente como urgentes.

Assim como ressalta Arenhart, não há maneira para se impor ao Poder Público a obrigação de atuar em determinado sentido, porque pode haver restrições de ordem material e, especialmente, orçamentárias que impeçam este agir. Considerando que o orçamento é limitado – e que cabe ao poder discricionário do Estado a escolha da prioridade dos investimentos – não poderia o Poder Judiciário substituir-se aos legítimos administradores, para ditar a forma como o dinheiro público deve ser prioritariamente gasto.

A reserva do possível, inquestionavelmente, constitui limite à atuação judicial. De fato, pouco resolve o magistrado impor ao Estado determinada prestação fática, quando este puder escudar-se com a afirmativa de carecer de recursos materiais para cumprir a determinação judicial. Estar-se-ia diante de decisão fadada à frustração, já que não seria realizada, nem se podendo cogitar de técnicas para impor a prestação. Ressalta contudo, que tal argumento pode levar a justificativa constante da reserva do possível.

No que tange a direitos fundamentais, por sua vez, o limite do possível constitui uma barreira concreta para a realização de prestações pelo Estado, quando, porém, estas prestações assumem caráter constitucional – de direitos fundamentais (de cunho social) – elas, porque admitem implementação gradual, podem ser satisfeitas em vários níveis.

Posto as ideias do autor, ora transcrita, chega à conclusão afirmando que “não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a

cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético jurídico -, a 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”.

Indiscutivelmente, ressalta-se a manifesta necessidade de estabelecimento de prioridades quando da elaboração orçamentária, eis que as políticas públicas devem resguardar, antes de tudo, o mínimo vital à população. Neste perseguir, pautando-se no ideário de Dirley, bem como na má gestão deste recursos, o judiciário atua inevitavelmente como um poder político, inclusive, como visto, invalidando e exigindo ato de outros poderes.

Questiona-se, contudo, como admitir um órgão como o Supremo tribunal Federal, invalide uma decisão do Presidente da República eleito com mais de 40 milhões de votos, ou do Congresso Nacional, com cerca de 513 Deputados Federais e 81 Senadores? É o que Luís Roberto Barroso (2009, p. 11), chama de dificuldade contra majoritária.

Tal questão revela a própria tendência da população, vez que temos uma sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma subvalorização dos meios não Judiciais como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto, como assevera Amaral.

De certo que, conforme preceitua o renomado autor, o Judiciário é ou, deveria ser, o poder eminentemente técnico e imparcial, mas que em determinadas situações lhe reserva o poder-dever de agir com certo poder político. Neste ponto, recaímos em outra questão, que seria pelo agir político não feriria a celebre separação dos poderes? Temática que será abarcada no próximo tópico.

4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como foi dito no início do texto, a prática do ativismo judicial ainda não é aceita de forma plena, muito pelo contrario, recebe constantes criticas. Dentre aqueles que sustentam a referida tese, assentam dentre outros argumentos a necessidade da efetiva separação dos poderes, estabelecidas nos primórdios por Montesquieu e, exaurida no texto constitucional de 88.

O legislador originário deteve como objetivo primordial conceder autonomia entre os poderes, ou seja, não existindo relação de submissão ou dependência entre estes. Isso não significa dizer que as funções que lhe são atribuídas são exclusivas, até porque ao lado das funções típicas desenvolvidas por cada poder (legisla, executar e julgar), convivem as funções atípicas, que são desenvolvidas subsidiariamente pelos outros dois poderes.

Neste ponto em específico destaca-se o papel do poder judiciário em controlar a atuação dos demais poderes, como, por exemplo, o dever de examinar, mediante provocação, a constitucionalidade das leis que são promulgadas.

Assim sendo, como visto, este argumento não prospera. Vez que não é coerente a manutenção de poderes estanques, dentro de uma estrutura inamovível de funções. Um Estado que adote tal postura não atingiria os fins desejados e, em termos de Brasil, não se efetivaria o quanto consubstanciado no Estado Democrático. Conforme assevera Canotilho (1997, p. 514):

Cumprе sublinhar que o princípio da separação de Poderes é um princípio constitucional concreto e se articula e se concilia com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros.

De certo, o constitucionalismo e, por conseguinte o Estado Democrático de Direito, preceituam a necessidade de poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais. Neste pesar, é papel do judiciário, proteger valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade do político que obteve mais voto, como assevera Gilmar Mendes, ao proferir decisão julgamento de Constitucionalidade da LC 135/10 (2010, p. 8): “Muitas vezes é preciso proteger o povo da própria opinião pública”.

Neste ponto, Dirley assenta que, apesar de soar como heresia para muitos, o direito está co-relacionado á política, até mesmo e principalmente como instrumento de efetividade do quanto posto. Conforme dispõe Luis Roberto Barroso (2010, p. 13):

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Desde modo, nota-se que o judiciário ao intervir em âmbito político, tornando uma lei inconstitucional, invalidando ato ou até mesmo, exigindo determinada ação, dentre outros, o faz em favor e não contra a democracia. Isso porque, principalmente, com Publicidade dos julgados que dão ensejo a transparência, contribui sobremaneira para o controle social.

Posto isto, ressalta-se como corroborado alhues, que além do controle externo efetuado pelo CNJ – Conselho nacional de Justiça e as Corregedorias, existe um controle recíproco, entre o Legislativo, Judiciário e Executivo, pois poderes hegemônicos vão de encontro com o próprio liame constitucional, o que se afirma calcados nas palavras de Luis Roberto Barroso, (2009, p. 15), “é em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário”.

Neste mesmo consenso, Arenhart, descreve que ao valer-se de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado.

É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.

Assim, demonstra não haver violação da separação dos poderes, ao atuar como agente político. Ressaltando, obviamente, que estes não invocaram competências discricionárias, analisando a oportunidade e conveniência no caso concreto, isso exorbitaria as funções do magistrado.

De certo que inconstitucional não é esta “interferência” do poder judiciário e, por conseguinte da tutela jurisdicional nestas prestações, principalmente porque não pode se eximir de decidir. Mas as consequências decorrentes e a criação de “justiças” prestadas ora prestigiando os critérios de escolha, ora invalidando-os porque não razoáveis, gera uma insegurança para o próprio sistema jurídico e o tratamento deve ser prestado em regra de forma isonômica.

5 JUDICIALIZAÇÃO E RECURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DA SAÚDE PÚBLICA

È sabido que em tempos remotos, os direitos sociais não passavam de regras para orientar os poderes públicos, não possuindo aplicação concreta, normas programáticas, sendo inviável a sua fundamentação em ações judiciais. Nesta, a separação dos poderes era aplicada de forma extrema, impedindo o Poder Judiciário de intervir na seara própria do Executivo e Legislativo.

Entretanto, hoje, como visto, não raramente vemos esse intermédio do Judiciário na determinação de prestações materiais relacionadas aos direitos sociais, em especial ao direito à saúde, com a finalidade de garantir os direitos que estão elencados na Constituição Federal/88, e conseqüentemente à dignidade da pessoa humana.

Como elencamos acima, tal atuação para alguns advém principalmente da inércia dos poderes político (executivo e Legislativo), que não executam e cumprem o quanto disposto no texto constitucional, no que tange a efetivação e aplicação dos direitos fundamentais. Segundo Dirley da Cunha direitos sociais:

[...] são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a *igualização de situações sociais desiguais*,

proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Nestes termos, ressalta-se o direito a saúde esta assegurado no texto constitucional, firmado nos moldes de direitos fundamentais, necessários a uma vida digna, conforme disposto no 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 doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desta maneira, observa-se que o direito à saúde estar sujeito a promoção de políticas públicas, metas e planos que visem uma existência digna, sendo esta uma dimensão positiva, que deve recair sobre todos e respeitar o mínimo existencial sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

De certo, que a saúde pública no Brasil hoje encontra-se em níveis precários de prestação. Descartando a hipótese de desvio de verbas e falta de cumprimento nas diretrizes orçamentárias, será levantado alguns questionamentos.

Sendo a saúde um bem jurídico constitucionalmente tutelado, que deve ser efetivado mediante a criação e implementação de políticas públicas pela atuação dos Poderes Legislativo e Executivo e, quando estes não a fazem, recai, como demonstrado, na esfera da tutela jurisdicional.

Primeiro ponto que deve ser ressaltado neste ponto é que não apenas quem frequenta o atendimento pela rede pública - SUS – Sistema Único de Saúde se depara com tais dificuldades, até para aqueles que detêm planos e condições asseguradas encontram-se com tais precarizações.

Disto decorre como exposto, o recurso ao Poder Judiciário para receber a prestação por tais serviços, ora ineficazes. As demandas judiciais, por seu turno, pugnando por tratamento médico custeado pelo Estado, quando este não é dado satisfatoriamente, fazem o exame caso a caso, ora prestigiando os critérios de escolha e concedendo o quanto solicitado, ora invalidando-os porque não razoáveis e negando assim o pleito.

De certo, ponto fundamental ressaltado por Gustavo Amaral é a necessidade do Brasil aceitar que todo direito possui custos e, portanto, convive muitas vezes com a ausência de recursos infinitos. Assim ressalta o autor que, a jurisprudência brasileira tende

a não ver a questão da escassez de recursos, seja presumindo que esta não exista, seja tendo como imoral qualquer previsão orçamentaria.

Assim, ressalta que a efetivação destes direitos, são decisões alocativas, o que chamou de escolhas trágicas. Demonstra que o judiciário vem tentando resolver tais questões com as fórmulas, com o instrumental próprio para resolver apenas micro conflitos, específicos.

Desta forma, demonstra que esta escassez de recursos é ainda mais acentuada nas questões de saúde, uma vez que sobre estas demandas as escolhas são sempre mais difíceis, sempre havendo vítimas que não receberam o serviço a ser prestado.

Necessário destaque, aceitando a ausência de recursos, que não se pode adotar critérios de escolhas entre os direitos tutelados únicos e estanques, assim como a mutabilidade do direito os critérios devem ser modificados dependendo do caso concreto, utilizando sempre a razoabilidade e a proporcionalidade.

Entretanto, há de se observar, como dispõe Amaral, que no Brasil os recursos não são de forma acentuada escassos, o que ocorre, em verdade, é um agravamento desta pela falta de alocação devida, problema de gestão, desvio de verbas, desequilíbrio no sistema tributário.

No Financiamento das políticas públicas em verdade, encontra-se a grande questão da falta destes recursos. Principalmente no que tange a direito a saúde. Isso porque, quem arrecada a maioria, se não a totalidade dos recursos provenientes a sua efetivação é a União, as contribuições sociais, principalmente no que tange o custeio da Seguridade Social (Saúde, assistência e previdência), está a cargo deste Ente Federado, em contrapartida, na prática, quem efetiva a política de saúde em âmbitos básicos é o Município.

O Ente local assim, não possui recursos próprio ou fonte de custeio específica para arcar com as políticas públicas de saúde, isso desencadeia no descompasso entre as competências administrativas – ainda que comum- com os recursos auferidos para tanto, gerando uma ineficácia na prestação destes serviços.

Antes de solucionar o problema de acesso ao judiciário, imprescindível se faz a análise da distribuição do financiamento – receita- arrecada pelo poder público. O Brasil detém uma das maiores cargas tributárias do mundo e uma das piores prestações de serviços, não garantindo a execução dos direitos elencados no texto constitucional.

Outra grande querela a ser abordada, mas não menos importante é o papel do voto. Os representantes no Poder Legislativo e Executivo devem desempenhar a função designada executando o máximo possível dos liames constitucionais, atendendo para tanto, o maior número de pessoas possíveis com tais escolhas.

Observa-se entretanto, que o interesse motivacional é diverso, destaca-se neste caso, a questão do tratamento de algumas doenças. Como descreve Gustavo Amaral, a AIDS, que atingiu Brasil em meados dos anos 80, recaiu sobre a classe alta da sociedade, aqueles que estavam com poder midiático ou econômico, percebendo assim inúmeros investimentos e avanços medicinais na área.

Outras doenças, entretanto, que não alcançam este nível social e, portanto, não recebem a real atenção dos poderes públicos, não possuem em termos mundiais bons resultados, como a malária e a desnutrição, mazelas que atingem uma camada populacional desfavorecida.

Apesar de todas as questões suscitadas, ressalta-se, como dito anteriormente que, atualmente tais demandas pela falta de execução satisfatória (seja por falta de recurso ou má alocação), vão recair sobre a decisão do poder judiciário, que deve ponderar critérios de escolha, analisando, por exemplo, se defere limiar, se usa como critério a fila de espera, dentre outras peculiaridades.

De certo, como mencionado anteriormente, ainda que pautando-se na razoabilidade e proporcionalidade, deve-se ter a necessidade de motivação das decisões judiciais proferidas e, assim, do método que utilizou para decidir a questão inquirida.

Deste modo, o poder judiciário que não pode deixar de proferir, quando suscitado, uma decisão no caso concreto, deve tanto em ações individuais, como coletivas, fazer valer o texto constitucional cumprindo o quanto determinado no art. 196 efetivando o direito a saúde. Assim como, no que tange ao fornecimento de medicamento, seja na esfera municipal, estadual ou federal, a condenação deverá emergir estando ao não o remédio na lista de medicamento, estando atrelado, entretanto, a necessidade e aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Ressalta-se, contudo que esta não é a resolução do problema da precarização da saúde, como disse tais questões estão atreladas a problemas de financiamento público e apenas, pela correta distribuição deste se alcançaria uma amenização real.

Neste ponto ressalta-se as palavras de ARENHART, ao demonstrar a importância das ações coletivas para discursão do problema, saindo da já ressaltada micro justiça, torna-se, então, mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Sendo verdadeiro instrumento de democracia participativa, mostrando a vontade popular, guiando assim, o governo nacional. Servindo ainda, como elemento de realização dos direitos fundamentais, inclusive do direito a saúde.

Isso porque, tais ações discutem um litígio em seu plano total, visando à raiz da questão, o que torna a decisão daí resultante uma verdadeira alteração de conduta, em geral, positivas. Podendo inclusive, alterar de modo substancial uma política governamental ou implantar decisões administrativas até então não adotadas.

No campo financeiro, também estas decisões produzirão reflexos sensíveis. Afinal, é certo que a determinação judicial, impondo ao Estado a adoção de certa postura (especialmente quando a determinação for de alguma atitude comissiva), importará novos custos, novo gerenciamento de recursos e alteração nas prioridades governamentais.

De certo, como bem ressalta o autor ora mencionado, o judiciário acaba por participar mais efetivamente da gestão da coisa pública, sendo mais frequente nas ações civis públicas, vez que visam à implementação de certos direitos constitucionais ou que objetivam impedir o Estado de realizar algo de seu interesse.

Independente da causa que leva o individuo a recorrer a tutela jurisdicional frente a ineficácia da prestação do poder público, principalmente no direito a saúde, a demanda deve ser decidida e, por isso, valendo-se dos liames constitucionais e dos critérios ponderados ao caso concreto sempre a luz da proporcionalidade e razoabilidade a escolha, por mais trágica que tenha sido, deve ser feita, por isso, a relevância dos pontos ora questionados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe do ideal de proferir uma resposta exata ao tema desenvolvido, procurou-se neste artigo levantar questionamentos e possíveis dissoluções a serem enquadradas na prestação jurisdicional ao efetivar os direitos fundamentais, fazendo um reporte peculiar no direito a saúde.

Deste modo, como observado o fenômeno da judicialização é inevitável, vez que o direito ao acesso a justiça esta assegurado no texto constitucional. Assim, ao ser provocado, este deve fornecer resposta sobre o tema suscitado e por isso, deve pautar-se em critérios objetivos e expressamente motivados, vez que como disse, pela carga valorativa em termos financeiros do direito, inevitavelmente escolhas serão feitas.

Entretanto, no que tange a separação dos poderes, preceitua-se de acordo com os liames do constitucionalismo, a latente necessidade de possuir poderes limitados e respeito aos direitos fundamentais. Bem como e, sobretudo, a necessidade de interferência entre as funções desempenhadas, no sistema de freios e contrapesos.

Destaca-se que, assim como os demais direitos fundamentais, o direito a prestação de saúde satisfatória compõe o núcleo mínimo necessário a uma vida digna e, por isso, demanda custas ao Estado, o que o relativiza perdendo o status de absoluto.

Em linha de arremate, entretanto, imperioso ressaltar que a função de interprete não supri a necessidade de atuação do Legislativo e Executivo, que exercendo seu poder, conferido pelo povo, edita e executa leis. De fato, carecemos de reforma política, principalmente no que tange a efetivação de políticas públicas, e esta não deve e não pode ser feita pelo Poder Judiciário, que não atua em critérios de discricionariedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez, e Escolhas:** em busca de critérios Jurídicos para lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. São Paulo: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas pelo Poder Judiciário.** In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIAS, Rita. (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.**

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 4ª ed., amp. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** . 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JUNIOR, Dirley, da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2010.

_____. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora á luz do direito fundamental á efetivação da Constituição**. 2ª Ed., São Paulo : Saraiva 2008.

_____. **Ativismo Judicial e concretização dos Direitos Fundamentais**. Revista da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, v. 05, p. 23-38, jan/jun2010.

J.J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**, apud, CUNHA JUNIOR, Dirley, da **Ativismo Judicial e concretização dos Direitos Fundamentais**. Revista da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, v. 05, p. 23-38, jan/jun2010

_____. **Tutela Constitucional da Liberdade**. In: CRUZ. Alexandre (org.). **Ações Constitucionais**. Campinas: Millennium, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang: **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos**. In: Revista Jurídica (FIC). Vol. 02, n. 31. Curitiba, 2013.