

*Judicialização do direito à saúde,
mínimo existencial e o princípio
da proibição ao retrocesso social*



MARIANA KAIREs ALVES BRANDÃO

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Ademar Rosado - ALEPI.

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Mariana Kaires Alves Brandão¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, representou um marco significativo no que diz respeito ao direito à saúde, trazendo consigo princípios e normas que evidenciam a importância do tema. Ocorre que, apesar do grande conteúdo legislativo voltado à saúde, o problema da falta de efetividade desse direito persiste no contexto brasileiro, sendo necessária em diversas situações a intervenção do poder judiciário para concretizá-lo. Dessa forma, o judiciário passa a ter funções mais significativas na garantia da saúde, com o intuito de suprir as omissões inconstitucionais. A importância do debate e estudo acerca do tema é indiscutível, visto que questões como a reserva do possível e limites orçamentários são frequentemente utilizados como mecanismo condicionante para a efetivação dos direitos sociais. Contudo, tais argumentos não podem servir como barreira intransponível para efetivação do direito ao mínimo para uma existência digna do ser humano, no sentido de se buscar sempre a vedação ao retrocesso, bem como a progressividade dos direitos sociais. Diante disso, o presente artigo tem por objetivo o estudo da judicialização do direito fundamental à saúde, sua relação com o mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social. Para a construção metodológica do trabalho, foi utilizada uma abordagem de pesquisa qualitativa, centralizada na análise doutrinária, de artigos científicos online, periódicos e pesquisa jurisprudencial relacionada ao tema apresentado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Política Pública.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Pós-graduanda em Mediação, Conciliação, Negociação e Arbitragem pela faculdade Legale.
Endereço eletrônico: marianakaires@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco na proteção dos direitos sociais no país, em especial no que tange à saúde pública, sendo a primeira a reconhecer o direito à saúde como um direito fundamental. Ademais, além da previsão desse direito no artigo 6º da CRFB/88, foi alargado o seu conteúdo no artigo 196 a 200, onde à saúde passa a ser reconhecido como direito de todos e dever do Estado.

Entretanto, apesar de inserida no texto Constitucional como um direito fundamental, a saúde pública ainda sofre com graves problemas de efetividade, tornando-se cada vez mais frequente a busca do Poder Judiciário como meio de garantir a sua implementação. Essa situação, denominada de “judicialização da saúde”, caracteriza-se, em suma, por inúmeras demandas que objetivam assegurar, perante o poder judiciário, o acesso aos mais diversos tipos de tratamentos e medicamentos através de ações judiciais.

Com enfoque na atuação do judiciário nas questões envolvendo direitos sociais, o trabalho se desenvolveu através do estudo do direito à saúde como um direito fundamental, bem como sua relação com o mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social, com o fim de compreender se a judicialização seria um meio eficaz para garantir o mínimo existencial nas demandas de saúde e impedir o retrocesso.

A importância do debate e estudo acerca do tema é indiscutível, principalmente no panorama atual da nossa jurisdição, onde a falta de planejamento do setor público acarreta em difíceis consequências para sociedade. Dessa forma, a escolha do tema justifica-se pela grande relevância do estudo da judicialização da saúde na sociedade brasileira, demonstrando a sua essencialidade e relação com o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, como também os fatores que limitam a concretização de tal direito.

Para construção metodológica deste trabalho foi utilizada uma abordagem de pesquisa qualitativa, tendo como seu objetivo compreender os fatos através da coleta de dados narrativos, examinando aspectos subjetivos e particularidades que envolvam o tema.

A pesquisa qualitativa apresenta um caráter exploratório permitindo assim a formulação de hipóteses sobre o tema, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica relacionada à judicialização da saúde.

Desse modo, a fundamentação teórica foi realizada por meio da análise e citação de diversos autores e juristas especialistas no assunto abordado, como Sarlet (2006), Bonavides (2017), Barcellos (2011), Scaff (2018), dentre outros.

No que tange a natureza das fontes aplicadas para a pesquisa, foi utilizado o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica e análise de materiais já elaborados compostos principalmente de livros, artigos científicos online, periódicos, e análise jurisprudencial relacionada ao tema.

Dessa maneira, todo transcorrer do trabalho foi organizado de forma a contribuir com as pesquisas já realizadas sobre tema, trazendo novas perspectivas acerca do conteúdo. Objetivando assim uma maior contribuição no âmbito acadêmico, como também para a população em geral.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: ESTADO LIBERAL E A TRANSIÇÃO PARA O ESTADO SOCIAL

A Constituição da República de 1988 outorgou de forma bastante incisiva os direitos sociais, ato esse que não ocorria de forma tão taxativa nas constituições anteriores que eram deficitárias no privilégio a estes importantes direitos para a população em geral.

Até se chegar ao modelo de constituição que privilegia os direitos sociais não só no Brasil, como também ao redor do mundo, passamos por diversas transformações ao longo do tempo, partindo de um constitucionalismo antigo, passando pelo constitucionalismo liberal e transformando-se em um constitucionalismo social.

O Constitucionalismo do Estado Liberal teve seu início no final do século XVIII com as revoluções liberais (francesa e americana), segundo os doutrinadores Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), embora as vertentes do constitucionalismo tenham suas origens mais remotas podendo ser encontradas já no período medieval, as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) demarcaram o momento inicial do constitucionalismo moderno, estando estes movimentos ligados à limitação normativa do poder político, como também, a garantia de direitos individuais e indisponíveis, livres de intervenção estatal.

Outrossim, foi com o início dessas revoluções que ocorreu o advento das primeiras constituições escritas. O objetivo dessas revoluções era a liberdade dos cidadãos em relação ao autoritarismo do Estado, rompendo com os valores e modo de viver das sociedades anteriores. Alicerçado nesse momento de transformação trazido pelas revoluções, principalmente a francesa, constatou-se a necessidade de delimitar quais eram os direitos de cada indivíduo, evitando o poder absoluto e arbitrário do Estado contra o cidadão, garantindo por meio de leis as liberdades individuais.

De acordo com Bonavides (2017), o constitucionalismo liberal foi o primeiro modelo de Estado que se preocupou com as liberdades individuais, privilegiando os valores referentes ao individualismo. Nesse momento tinha-se a finalidade e preocupação de que o poder estatal não limitasse as liberdades, dessa forma o que deveria ser restringido era a atuação do Estado.

De forma bastante evidente o constitucionalismo liberal privilegiava os seguintes valores: valorização da propriedade privada, individualismo, proteção do indivíduo e absentismo estatal. Aqui nascia a concepção do Estado Mínimo existindo uma atuação negativa do Estado consubstanciado no não fazer, limitando assim, o poder que antes era ilimitado. Com efeito, nascendo os chamados direitos de primeira dimensão que se referem aos direitos políticos e civis.

Conforme posicionamento de Bonavides (2017, p. 578):

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, 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 e oposição perante o Estado.

Nesse contexto, como bem explana a melhor doutrina, esses direitos negativos libertários agora positivados romperam com a ordem anterior, garantindo os direitos civis e políticos. Os indivíduos passaram a ser plenamente livres para o exercício desses direitos fundamentais que nesse momento era respeitado pelas constituições do período. No Brasil, essa visão foi de grande influência nas constituições de 1824 e 1891.

Ocorre que o Estado Liberal que apresentava maior valorização do indivíduo e afastamento do Estado começou a apresentar suas imperfeições, não sendo capaz de garantir de forma efetiva a liberdade e igualdade tanto valorizada. Conforme esclarece Silva (2014), a classe burguesa, embora tenha tentado, não conseguiu generalizar a todas as classes sociais os princípios filosóficos de sua revolução, observou-se uma maior concentração de renda e exclusão social, surgindo relações de exploração dos economicamente fracos pelos detentores de riqueza, tornando-se uma ideologia de classe.

Desencadeado por esses fatores de crise, mostrou-se a necessidade de intervenção do Estado para evitar abusos e limitar poderes, contrariando o que ocorria em pleno vigor do liberalismo. Por esta razão o Estado liberal não podia mais se manter, sendo necessária mais uma vez mudanças de visão e posicionamento que assegurasse a universalização da garantia de direitos para todos, atendendo de forma indiscriminada e democrática a todas as classes, também como coletividade e não apenas de modo individual (AITH, 2019).

Como consequência dos acontecimentos ocorridos no Estado Liberal, tornou-se insuficiente apenas o respeito às liberdades individuais, nascendo assim, a necessidade do Estado atuar buscando assegurar os chamados direitos sociais. Nesse momento o Estado muda seu posicionamento abstencionista para um Estado prestacional.

Após as duas grandes guerras mundiais que trouxeram resultados devastadores com grande parte das sociedades em ruínas e sem condições básicas de sobrevivência, consagrou-se o Estado Social, em meados do século XX, baseado nos elementos de justiça e igualdade onde as constituições nesse período tinham a necessidade de assegurar os chamados direitos sociais.

Leciona o constitucionalista Cunha Junior (2012, p. 38):

Passaram, pois, as Constituições a configurar um novo modelo de Estado, então liberal e passivo, agora social e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas a sociedade. A história, portanto, testemunha a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantida, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática, ou Constitutiva.

Esse novo modelo de Constituição traz em seu texto o ideário social, buscando um estado de Bem Estar Social. Ademais, foram constituições pioneiras no respeito aos valores sociais, a constituição do México de 1917, seguida pela constituição de Weimar na Alemanha em 1919. No Brasil, a constituição de 1934 foi a primeira a prever a atuação do Estado de forma intervencionista do tipo social que objetiva o bem estar social (BONAVIDES, 2017).

Nesse contexto, houve a ampliação dos direitos de primeira dimensão, as chamadas liberdades negativas, sendo eles os direitos civis e políticos para os direitos fundamentais de segunda dimensão que privilegiam os direitos sociais, econômicos e culturais, correspondendo aos direitos de igualdade.

De acordo com os ensinamentos de Cunha Júnior (2012), esses direitos sociais são denominados de direitos de igualdade por terem o propósito de reduzir de forma material e concreta as desigualdades sociais existentes na nossa sociedade exigindo, assim, atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações.

Diante desse cenário, o Estado não poderia ficar mais inerte e, conseqüentemente faz-se necessário a intervenção do Estado na concretização desses direitos sociais, sendo pretensões do indivíduo ante o Estado. Nesse momento os direitos sociais podem ser caracterizados como direitos de crédito, onde a população é “credora” de direitos positivos

denominados de direitos sociais e o Estado nessa relação assume a posição de “devedor”, devendo concretizar os direitos agora fundamentais para a sobrevivência digna do homem.

O Estado passou a ser o garantidor de padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social para os cidadãos, representando um avanço em questões sociais, proporcionando o nascimento de um Estado garantidor.

O Brasil não ignorou a evolução constitucional e a partir da constituição de 1934 houve a atuação do Estado intervencionista, perdurando esse privilégio aos direitos sociais nas constituições seguintes, principalmente na nossa atual constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã.

A Constituição Brasileira de 1988 é considerada um marco na proteção dos direitos sociais no país, positivando diversas normas voltadas para o bem estar social da população, objetivando sanar abusos sociais sofridos pela sociedade ao longo do tempo. Busca-se na atual conjuntura a efetiva ampliação e proteção dos direitos fundamentais sociais iniciados na constituição de 1934 e que agora na constituição vigente do Brasil ganharam grande relevo e conteúdo objetivando uma maior justiça social.

Contudo, em meio à natureza desses direitos de características prestacionais e programáticas que nem sempre podem ser exigidos e garantidos de pronto, instalou-se uma insegurança na sua concretização de forma efetiva, já que vários fatores externos são levados em consideração quando da materialização desses direitos, pois carregam algumas limitações de meio e recursos.

Concretizar o texto constitucional e introduzi-lo na realidade nacional, mostrou-se ser um dos principais desafios a ser enfrentados pela Constituição Brasileira de 1988. Na compreensão de Bonavides (2017), as exigências sociais tornaram-se latentes, e os textos constitucionais apresentaram promessas que quase nunca se concretizam efetivamente.

Por esse motivo a população viu-se impelida onde não restou outra alternativa a não ser bater as portas do judiciário para tentar resguardar e concretizar um direito seu legítimo e conquistado em meio a vários fatores históricos, para não se tornar somente um direito morto e sem efetividade real. Um exemplo desses direitos que sofrem entraves e limitações para a sua concretização de modo efetivo é o direito à saúde, inserido no texto constitucional como um direito fundamental social.

3 UMA NOÇÃO ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO NO BRASIL

Os direitos que constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil visam, precipuamente, à garantia do mínimo existencial. Derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, tal postulado atrela ao Estado à noção de que este deve zelar para promoção de condições básicas de sobrevivência dos indivíduos.

No Brasil, as primeiras noções sobre o tema foram desenvolvidas pelo jurista Torres (1989), em sua obra intitulada “o mínimo existencial e os direitos fundamentais”. Torres (1989, p. 01) destaca que “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”, demonstrando a dimensão desse direito como inalienável e essencial a todos.

Desde então, diversos outros autores se debruçaram sobre o tema, a exemplo de Barcellos (2011, p. 247), que ao conceituar mínimo existencial defende que:

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Para a autora, o mínimo existencial trata-se do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, consubstanciado não apenas no mínimo fisiológico, mas também fundamentado na liberdade democrática, destacando sua dimensão sociopolítica, fisiológica e psicológica. Corroborando esse entendimento, Sarlet; Figueiredo (2008, p. 07), destacam:

A noção de mínimo existencial, “não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência”, uma vez que este último está relacionado com a garantia da vida humana, “sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade” (Grifo do autor).

Nesse sentido, a noção de mínimo existencial abrange a ideia de que ao Estado existe uma obrigação de assegurar direitos mínimos como saúde, educação, lazer, moradia e seguridade social em favor dos mais necessitados, para que assim possam ter condições básicas de uma vida digna.

Ao Estado cabe atuar tanto de forma positiva como negativa. O direito ao mínimo existencial é protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo,

deve ser garantido positivamente por meio de prestações estatais. Seu status positivo seria, portanto, plenamente exigível, constituindo um direito subjetivo provido de imperatividade integral. A violação do mínimo existencial, ou seja, a não garantia desses elementos essenciais, resulta em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por certo, sabe-se que a implementação de direitos fundamentais prestacionais dependem de um amparo específico garantido através de políticas públicas. Por meio da análise do texto constitucional, depreende-se que a eficácia desses programas acontece de forma progressiva, Barcellos (2011) explica que embora a Constituição determine um efeito ideal de saúde, o próprio constituinte reconheceu a necessidade de se estabelecerem marcos de prioridade na matéria.

Desse modo, os efeitos relacionados a enunciados sobre saúde devem começar desse marco, ampliando-se gradativamente até se chegar ao campo mais abrangente das políticas públicas de prestação de saúde. De acordo com a supracitada autora, são quatro os elementos que se verificam como pontos prioritários estabelecidos pelo constituinte: (i) a prestação de serviço de saneamento (artigo 23, IX, 198, II e 200 IV); (ii) o atendimento materno-infantil (artigo 227, I); (iii) as ações de medicina preventiva (artigo 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (artigo 200, II) (BRASIL, 1988).

O efeito de tais medidas prioritárias é preservar condições básicas de saúde, onde todas as pessoas possam ter acesso a um acompanhamento médico preventivo, a fim de evitar maiores custos no futuro com ações de saúde que visem reparar danos. Entretanto, o que ocorre é que nem sempre todos tem acesso a essas prestações essenciais de saúde, ou mesmo que tenham, não são em índices suficientes para que se atingissem condições mínimas compatíveis com a dignidade humana.

Esse núcleo de direitos é tão fundamental a dignidade da pessoa humana que devem se impor como regra, de modo a estabelecer os alvos prioritários do orçamento público. A não realização dos direitos compreendidos nesse mínimo enseja o poder do cidadão de exigir judicialmente a sua prestação equivalente.

O que se destaca é que a sindicabilidade desses direitos, acerca dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, possuem relevância não apenas no campo individual, mas além, sendo possível também se cogitar em controles coletivos. Cabe ressaltar que o que se espera de um Estado Social de Direito é muito mais do que apenas um mínimo existencial, pois os direitos fundamentais não se reduzem a apenas isso, mas que a ordem Constitucional busque sempre por uma justa e verdadeira justiça social.

4 OS LIMITES À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ORÇAMENTO PÚBLICO E A RESERVA DO POSSÍVEL

O atendimento das necessidades humanas básicas, tais como a prestação dos serviços de saúde, acesso a uma educação formal, condições habitacionais e saneamento básico, devem ser atendidas pelo Estado, principalmente nos países periféricos, como é o caso do Brasil onde existe uma ampla desigualdade social. O Estado como gerenciador dos recursos que recebe, os administra de forma a tentar atender os anseios fundamentais da sociedade, aplicando os direitos fundamentais sociais mediante prestações positivas de natureza material.

Contudo, em várias situações o Estado alega que os recursos arrecadados são escassos, limitando as escolhas e atuação do Estado a determinados setores, de modo que alguns direitos serão atendidos em desfavor de outros. Partindo-se desse pressuposto surge, então, a compreensão de um sistema que o autor Scaff (2018) definiu como “vasos comunicantes”, no qual os recursos arrecadados estão à disposição dos governantes para que eles decidam, por meio da lei orçamentária, quais são as principais prioridades no emprego dos gastos públicos.

A partir dessa análise, o que se vê na sociedade brasileira é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está vinculada a um sistema econômico que muitas vezes impossibilita o efetivo exercício das políticas públicas sociais. Limites impostos pela denominada reserva do possível e previsão orçamentária são cada vez mais aplicados frente a concretização das políticas públicas sociais, em especial no campo da saúde pública.

O conceito de reserva do possível passou a demonstrar que a disponibilidade dos recursos financeiros do Estado para efetivação da prestação material dos direitos sociais estaria situada no campo discricionário das decisões políticas, organizadas no orçamento público. Ainda sobre a matéria, Barcellos (2011, p. 277) esclarece:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) a reserva do possível significa que, para além das discursões sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – ,é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

No Brasil, a teoria da reserva do possível surge como uma das principais barreiras para efetivação dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988, somado a isso a falta de planejamento do orçamento público também reflete na carência da prestação desses direitos sociais fundamentais.

Tais argumentos estão associados ao fato de que as necessidades sociais devem estar adequadas com a reserva orçamentária do país e sua disponibilidade financeira, de modo que “a reserva do possível é considerada como uma limitação fática, concreta a realização de algum direito ou de algum desejo” (SACFF, 2018, p. 296). E é sob este aspecto que a matéria assume maior complexidade, quando a disponibilidade financeira torna-se óbice à aplicação da norma constitucional.

A teoria da reserva do possível visa à efetivação dos direitos sociais frente à razoabilidade da universalidade das prestações exigidas, sem desconhecer os fatores financeiros disponíveis. Para que haja a efetividade das políticas públicas no campo da saúde de forma universal e integral, serão necessárias condições financeiras favoráveis para satisfação das prestações materiais desse direito, bem como, um modelo de financiamento composto por uma gestão clara e bem estruturada.

Ademais, é importante destacar que o Estado não pode se exonerar das suas obrigações previstas constitucionalmente, somente alegando a sua reserva do possível, é necessário que se exponha objetivamente por meio de clara comprovação que não existem recursos financeiros para realização de tal direito. “A salvaguarda da vida é prioritária em relação à reserva do possível, ainda que tendo por consequência eventual comprometimento de outras demandas ou eventuais ajustes orçamentários, o que somente poderá ser aferido definitivamente diante do caso concreto” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 19).

Em síntese, não se pode deixar que o argumento da impossibilidade financeira se banalize, vindo a torna-se constante empecilho para concretização de uma mudança na atual realidade brasileira. É necessário que a atuação da administração pública seja transparente quando da tomada de suas decisões.

Cabe destacar que a intervenção judicial na aplicação efetiva de políticas públicas de saúde, tem o poder de introduzir na administração pública o sentimento de encarar tais direitos com a devida seriedade e urgência que merecem, a fim de garanti-los a um maior conjunto de pessoas, de modo que seja alcançado certo grau de justiça social. Desse modo, haverá a aplicação da lei em conformidade com aquilo que está previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988.

5 O PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Com o passar dos anos, os Tribunais Superiores brasileiros tem apresentando uma maior influência decisiva no campo de concretização das políticas públicas. Desde o advento da Constituição Federal de 1988, a procura da sociedade por justiça tem aumentado de maneira significativa.

Isso se dá, de acordo com Barroso (2018), em primeiro lugar, pela conscientização e reconhecimento do cidadão em relação aos seus próprios direitos. E em seguida, pelo fato de haver no texto constitucional o advento de novos direitos, que ampliaram a legitimação ativa para tutela de interesses, por meio da representação ou até mesmo da substituição processual. Diante desse cenário, os juízes e tribunais passaram a representar um papel notável na sociedade brasileira.

A grande ascensão do poder judiciário nos últimos anos veio a ser comumente denominada pelo fenômeno de Judicialização, significando que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 03).

Os debates envolvendo a prestação de serviços de saúde, especialmente o fornecimento de medicamentos de alto custo, fizeram e ainda fazem parte de diversas audiências públicas perante o Supremo Tribunal Federal, demonstrando o protagonismo do Poder Judiciário.

Nesse contexto, cabe ressaltar que uma vez acionado, o poder judiciário não tem a escolha de se posicionar ou não sobre a matéria, devendo sempre decidir a questão. Contudo, a maneira como irá exercer essa atribuição é que vai determinar a presença ou não de um ativismo judicial, que difere da judicialização. A noção de ativismo judicial está ligada a uma participação mais abrangente e intensa do Judiciário na realização dos preceitos constitucionais, com maior profundidade e interferência no campo de atuação dos poderes legislativo e executivo (BARROSO, 2018).

Nas palavras do doutrinador, a judicialização é entendida como:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e sociedade civil, impedindo que

determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (...) o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados) (BARROSO, 2018, p. 235).

Insta salientar que a expansão da intervenção judicial, principalmente no campo das políticas públicas, vem sofrendo algumas críticas com o passar dos anos. Alega-se a usurpação das funções legislativa ou executiva, quando o poder judiciário impõe alguma ação para esses poderes, sobrepondo-se aos agentes políticos eleitos pelo povo e encarregados dessa função típica.

Aponta-se, também, que o juiz ao avaliar uma demanda individual (micro-justiça), acaba por ignorar outras questões e necessidades relevantes em matéria de gerenciamento dos recursos limitados existentes para outra grande parcela da população (macro-justiça).

De acordo com Barcellos (2006) em um estudo sobre o controle jurídico no espaço democrático, destaca-se as principais oposições trazidas por aqueles que defendem não ser cabível a atuação do poder judiciário em matéria de políticas públicas. A autora aduz que se alega como, por exemplo, o fato de o judiciário não possuir elementos necessários e suficientes para averiguar a situação como um todo, de maneira mais aprofundada:

Com efeito, o juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear. Ele não tem o tempo necessário para fazer uma investigação completa sobre o assunto, nem os meios para tanto. Nem lhe cabe afinal levar a cabo um planejamento global da atuação dos poderes públicos (BARCELLOS, 2006, p. 23).

Por outro lado, feitas as considerações acima, a supracitada autora destaca que, na verdade, não existe uma macrojustiça sem existir a microjustiça. O atendimento de questões individuais levadas à justiça acaba por concretizar situações imprescindíveis para dignidade humana de toda uma sociedade, de modo que as múltiplas justiças individuais produzirão os elementos necessários da macrojustiça.

Com efeito, Sarlet; Figueiredo (2008, p. 16), também discorrem nessa linha:

Se, por um lado, é inquestionável que o direito à saúde é direito de todos, não se pode, por outro, agasalhar a tese de que se cuida de um direito coletivo e que, por ser direito coletivo, não poderia ser objeto de dedução individualizada em Juízo, especialmente para além das hipóteses previamente previstas na legislação infraconstitucional. Com efeito, tanto é equivocada a tese de que os direitos sociais são em primeira linha direitos coletivos, quanto é de ser afastada a tese de que não cabem demandas individuais. Em primeiro lugar, o fato de todos os direitos fundamentais (e não apenas os sociais) terem uma dimensão transindividual

(coletiva e difusa) em momento algum lhes retira a condição de serem, em primeira linha, direitos fundamentais de cada pessoa, ainda mais quando a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada. Pela mesma razão, não se poderia afastar a possibilidade da tutela individual, o que não significa dizer que existem problemas a serem enfrentados e que em muitos casos (mas não em todos!) a tutela judicial mais adequada e efetiva deva ocorrer de modo coletivo. Os direitos sociais – o que sempre tivemos o cuidado de enfatizar – são sempre também individuais e, portanto, direitos de todos e de cada um, o que assume particular relevância no campo da saúde.

Com relação aos defensores do denominado controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, afirmam que tal ação é fundamental quando ao Estado cabe a função de atingir metas e prioridades estabelecidas no âmbito do orçamento e execução orçamentária, e não se atingem os resultados esperados dessas políticas públicas. Nesta situação, o juiz poderá decidir especificamente o fornecimento do serviço desejado à população.

Nesse contexto, quando há uma falha na prestação do serviço, ou até mesmo quando ele não é oferecido de maneira integral, o controle exercido pelo poder judiciário merece um maior destaque de reflexão. Pois embora anualmente seja investida uma parcela do orçamento para o setor de saúde pública, o fato é que grande parte da população sofre frequentemente com a má prestação desse serviço.

Havendo um direito fundamental violado, a intervenção do Poder Judiciário será indispensável para salvaguarda da afetividade das normas constitucionais. Quando se fala na concretização desses direitos pelos tribunais, logo se conclui que existe uma ineficiência na promoção das garantias sociais, bem como uma ausência de ação por parte dos demais poderes públicos.

E, diante desse cenário, cabe destacar que a atuação do juiz deverá estar sempre pautada na lei, ancorados nos princípios da legalidade e no devido processo legal, devendo fazer prevalecer a Constituição Federal especialmente naquilo que se refere aos direitos fundamentais.

Entretanto, a atuação do poder judiciário não pode adentrar em todas as questões que entender pertinentes a fim de que não se torne uma instancia autoritária. Não cabe ao judiciário criar políticas públicas de forma arbitrária, mas tornar afetivas as políticas públicas já existentes e estabelecidas pelo poder constituinte.

É certo que os fenômenos da judicialização e ativismo judicial, estão cada vez mais frequentes no espaço jurídico brasileiro. Contudo, o judiciário deve sempre agir dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificando no caso concreto se a matéria já

foi tratada pelo legislador, de modo que sua atuação seja moderada, controlada e ocorra de maneira excepcional.

Dessa forma, o Estado-Juiz atua de maneira a corrigir os embaraços criados pela administração pública, concedendo esse direito a quem não teve acesso. A atuação do poder judiciário no exame dessa matéria tem o condão de fomentar o aprimoramento das políticas públicas, em defesa da melhoria desse serviço para toda a coletividade.

6 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE

Em um Estado democrático de direito, deve-se sempre perquirir a estabilidade das relações jurídicas, caracterizada pela confiança que o cidadão deposita nas instâncias superiores e órgãos estatais, os quais possuem o fim de garantir os direitos e interesses de toda sociedade.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica determina a proteção dos direitos fundamentais, em oposição a medidas que tenham por finalidade extinguir ou reduzir direitos já adquiridos pelo cidadão, garantindo uma maior confiança entre o sujeito titular de direitos e a ordem constitucional. Assim, a segurança jurídica impõe a proteção contra o retrocesso social (SARLET, 2006).

A característica indissociável do Estado democrático de direito é a sua constante busca pela transformação da realidade social, não só por meio da proteção dos direitos fundamentais, mas também pelo efetivo compromisso na realização e implementação desses direitos. Ou seja, sua atuação está consubstanciada em um “não fazer”, caracterizado pela proteção contra qualquer ato que possa violar os direitos fundamentais, bem como em um “fazer”, comprometido em realizar os direitos fundamentais por meio de prestações positivas do Estado.

Contudo, a atual realidade brasileira revela-se como sendo um período composto por incertezas e inseguranças, onde o progressivo desfinanciamento da saúde pública e de outros direitos é cada vez mais latente. Dessa maneira, a busca pela efetividade dos direitos sociais através da justiça, torna-se uma necessária estrutura para manter esses direitos por parte do Estado.

A atual crise sanitária vivenciada no Brasil e no mundo, provocada pela pandemia do novo Coronavírus (vírus Sars-Cov-2), tem demonstrado de forma clara a precariedade do sistema de saúde pública no Brasil. De acordo com o portal da Fiocruz (2021), a

disponibilidade de leitos de UTI para pessoas acometidas pelo vírus deverá ser aplicada de forma dinâmica, de acordo com o aumento ou diminuição de casos detectados.

Entretanto, especificamente no campo de atuação do Estado do Piauí, por meio de análise da Ação Civil Pública nº 0801023-42.2021.8.18.0031, de 10/03/2021, proposta pelo Ministério Público do Estado do Piauí, através da 1ª Promotoria de Justiça de Parnaíba (PI), ficou demonstrado que:

O número de leitos públicos de UTIs no Piauí foi reduzido no período de agosto de 2020 a março de 2021, passando de 335 (trezentos e trinta e cinco) leitos para 252 (duzentos e cinquenta e dois) leitos, ou seja, uma queda de aproximadamente 25%, mesmo diante da escalonada dos casos de infecção pelo coronavírus (TJ PI. Ação Civil Pública. Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031. p. 09-10. Data da publicação 10/03/2021).

Por meio dessa ação foi requerida, em sede de tutela de urgência, a ampliação dos leitos de UTI covid-19 no Estado do Piauí, a qual foi deferida pela MM juíza, Dr^a Anna Victoria Muylaert Saraiva Salgado, Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de Parnaíba. Em sua decisão ficou destacado que:

Ressalte-se, que o número de leitos de UTI existentes no Estado do Piauí, assim como demais estados da Federação, não tem atendido à demanda da população local, fato constatado no cotidiano da atividade jurisdicional, com o aumento de demandas pleiteando a concessão de medidas liminares para o tratamento dos doentes, com reiterados descumprimentos justamente, pela ausência de estrutura mínima para atendimento. Há de se destacar que não podem os Entes Públicos desvincular-se de suas responsabilidades constitucionais, sob alegação de imprevisibilidade financeira ou mesma fática, pois, conforme já dito, completamos mais de 01 (um) ano de pandemia. Tempo este suficiente para os Gestores (em todos os âmbitos) articularem-se com políticas sanitárias e capazes de manter o sistema único da saúde como ferramenta mestra de combate ao novo Coronavírus. (TJ PI. Ação Civil Pública. Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031. p. 04. Data da publicação 12/03/2021).

Diante de tal pleito, destaca-se principalmente a omissão do poder público em fornecer à população aquilo que se reputa essencial nesse período de grave crise sanitária da saúde pública. O requerente sustenta que a diminuição de leitos, em um momento de ascensão do número de internações por Covid-19, provocaria enorme prejuízo a população. Dessa maneira, o que se buscou por meio dessa Ação Civil Pública, foi o retorno ao patamar anterior do número de leito de UTI que havia sido diminuído pelo poder público Estadual e Municipal.

Ainda sobre o tema da diminuição de leitos de UTI COVID-19, em Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 3.478 – Piauí, a Relatora: Ministra Rosa Weber, destaca:

Em condições tais, de recrudescimento da pandemia no território nacional, não é constitucionalmente aceitável qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, como por exemplo, no ponto que aqui importa, a que resulta em um decréscimo no número de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. [...] uma vez identificada omissão estatal ou gerenciamento errático em situação de emergência, como aparentemente ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcadas constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196) (STF - ACO: 3478 PI 0048888-76.2021.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/03/2021, Data de Publicação: 05/03/2021).

A Ministra esclarece que questões vitais como a saúde pública, não aprovam retrocessos injustificados, ainda mais na atual conjuntura de crise sanitária provocada pelo novo coronavírus – COVID-19. A defesa do direito fundamental à saúde estabelece uma interpretação que dedique máxima eficácia aos ditames constitucionais, sendo proibido qualquer tipo de retrocesso.

Ademais, as políticas públicas de saúde, além de não retrocederem, devem apresentar uma progressividade no tempo. Nesse sentido, Élica Pinto (2017, p. 82) esclarece:

A vinculação orçamentária para a área da saúde, seja na forma de tributos com destinação específica (como o são as contribuições sociais), seja na forma de gasto mínimo gerido por meio de fundo de saúde (artigo 77, §3º do ADCT), atribuiu sentido operacional ao dever até então impreciso de assegurar “progressividade” à política pública de saúde.

Portanto, demonstra-se a grande influência que o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da progressividade exercem sobre direito fundamental à saúde, visando garantir a estabilidade dos serviços implementados, bem como sua constante evolução. Garantindo-se, assim, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, por meio de um ordenamento constitucional compromissado com a efetivação dos direitos fundamentais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho pretendeu-se avaliar de que forma o judiciário atua nas demandas envolvendo a tutela dos direitos fundamentais, em especial do direito fundamental à saúde. A partir do estudo doutrinário evidenciou-se que o fenômeno da “judicialização da saúde” representa uma maior atuação do poder judiciário quando existe omissão dos poderes públicos no cumprimento de suas obrigações constitucionais.

De início, o estudo trouxe uma perspectiva histórica sobre o tema, abordando a evolução do modelo de Estado Liberal ao Estado Social. Desse modo, até se chegar ao modelo de constituição que privilegia os direitos sociais, houve diversas transformações ao

longo do tempo, partindo de um constitucionalismo antigo, passando pelo constitucionalismo liberal e transformando-se em um constitucionalismo social, que ampliou a atuação do Estado na proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, foi possível observar que a Constituição de 1988 representou um marco significativo no que diz respeito ao direito à saúde, trazendo consigo princípios e normas que evidenciam a importância do tema. Contudo, apesar do grande conteúdo de legislação voltada à saúde, o problema da falta de efetividade desse direito persiste no contexto brasileiro, sendo necessário em diversas situações a intervenção do poder judiciário para concretiza-lo.

Isso posto, importante considerar a grande influência que o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da progressividade exercem sobre direito fundamental à saúde, visando garantir a estabilidade dos serviços implementados, bem como sua constante evolução. Garantindo-se, assim, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, por meio de um ordenamento constitucional compromissado com a efetivação dos direitos fundamentais.

Ademais, ficou assente que a implementação do direito fundamental à saúde depende de um amparo específico garantido através de políticas públicas. Por meio da análise do texto constitucional, observa-se que a eficácia desses programas deve acontecer de forma progressiva, de modo que a sua concretização irá implicar em custo financeiro para o Estado.

A partir dessa análise, o que se verificou é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está vinculada a um sistema econômico que muitas vezes impossibilita o efetivo exercício das políticas públicas sociais. Limites impostos pela denominada reserva do possível e previsão orçamentária são cada vez mais aplicados frente a concretização das políticas públicas, em especial no campo da saúde. Somado a isso, a falta de planejamento do orçamento público também reflete na carência da prestação desse direito.

Ficou demonstrado que o Estado não pode se exonerar das suas obrigações previstas constitucionalmente, somente alegando a sua reserva do possível, sendo necessário que se exponha objetivamente por meio de clara comprovação que não existem recursos financeiros para realização de tal direito.

As políticas públicas na área da saúde têm demonstrado serem insuficientes e pouco eficazes para atender as necessidades de toda população, ensejando, por consequência, uma busca cada vez mais constante da população ao poder judiciário para que possam ver os seus direitos garantidos.

Nesse sentido, havendo um direito fundamental violado, a intervenção do poder judiciário será indispensável para salvaguarda da afetividade das normas constitucionais. Quando se fala na concretização desses direitos pelos tribunais, logo se conclui que existe uma ineficiência na promoção das garantias sociais, bem como uma ausência de ação por parte dos demais poderes públicos.

O direito à saúde é dotado de uma carga de fundamentalidade máxima, razão pela qual deve ser alvo prioritário dos gastos públicos, devendo ser garantidas as condições mínimas de vida, abaixo do qual esse benefício social não pode ficar.

Conclui-se, portanto, sem querer esgotar o tema aqui abordado em virtude da sua abrangência, amplitude e complexidade, que a intervenção judicial na aplicação efetiva de políticas públicas de saúde, tem o poder de introduzir na administração pública o sentimento de encarar tais direitos com a devida seriedade e urgência que merecem, a fim de garanti-los a um maior conjunto de pessoas, de modo que seja alcançado certo grau de justiça social.

Desse modo, quando há uma omissão ou descaso na efetivação do direito fundamental à saúde por parte do poder público, será plenamente viável a atuação do Poder Judiciário para impor o fornecimento do mínimo existencial acima de qualquer outra coisa, em decorrência dos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana e da saúde. Cabendo-lhe, também, questões que vão além do mínimo existencial e que devem ser efetivadas de maneira a evitar o retrocesso.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde**. Brasília, DF: CONASEMS, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. – 3º ed. Revista e atualizada. - Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado. nº 3 (jul.-set./2006), p. 17-54. Disponível em: https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%ABlicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais._O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico. Acesso em: 01 de abril de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 01 de abril de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. - 32º ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Ação Civil Pública, Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031, publicada em 12/03/2021. Disponível em: <https://tjpi.pje.jus.br/1g/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 17 março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478 Piauí. Relator(a) : Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-ordena-restabelecimento-leitos-uti.pdf>. Acesso em: 17 de março 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6º ed. rev., atual. ampl. Bahia: Juspodivm, 2012.

FIOCRUZ. **Medidas de controle e organização dos sistemas e serviços de saúde**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/medidas-de-controle-e-organizacao-dos-sistemas-e-servicos-de-saude>. Acesso em 17 de março de 2021.

PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional**. – 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6º.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 13 de março 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível** - formato PDF. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 6, nº 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 17 de março de 2021.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37º ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, Jul./set. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 01 de março de 2021.