



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LEILA PAULA SILVA ARAUJO DE OLIVEIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: LIMITES E
POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO DO
PODER JUDICIÁRIO**

**Brasília
2016**

LEILA PAULA SILVA ARAUJO DE OLIVEIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: LIMITES E
POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO DO
PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: MSc. Luiz Emílio Pereira Garcia.

**Brasília
2016**

LEILA PAULA SILVA ARAUJO DE OLIVEIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: LIMITES E
POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: MSc. Luiz Emílio Pereira Garcia.

Brasília, _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Luiz Emílio Pereira Garcia, Msc. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

A Deus, por me inspirar
diariamente.

Ao Cadu por me ajudar nessa
empreitada. À minha família por
todo o apoio e incentivo.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, razão da minha vida e da minha existência, por estar sempre ao meu lado e por me fortalecer em todos os momentos e situações.

Ao meu esposo Cadu, minha fonte de inspiração, por me dar o seu apoio diário, por toda a sua paciência e compreensão.

À minha amada mãe, que sempre me incentivou a buscar incessantemente o conhecimento.

Ao meu pai, que soube compreender a minha ausência em sua vida durante a realização desse trabalho.

À Lilian, à Natália e à minha querida tia Rita por simplesmente existirem.

À Lisiane por “segurar a barra” no trabalho em virtude das minhas frequentes ausências.

Agradeço especialmente ao Professor Msc. Luiz Emílio por se disponibilizar, me motivando e me incentivando nessa nobre jornada.

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz o direito à saúde como um direito fundamental social extremamente relevante, tendo em vista a sua relação direta com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana. Apesar de esse direito à saúde constar na Carta Magna como um direito pertencente a todos, sendo dever do Estado implementá-lo por intermédio de suas políticas públicas, esse direito, no Brasil, tem enfrentado grandes problemas no que tange à sua efetivação. Sabe-se que todo direito social possui um custo, e, com o direito à saúde, isso não é diferente. Um dos principais entraves para sua efetivação é a carência de recursos financeiros suficientes em conjunto com a falta de gestão adequada dos ativos disponíveis. Considerando a escassez de recursos financeiros e a necessidade da sociedade de ter o direito à saúde efetivado, muitas são as demandas que chegam ao Poder Judiciário para que ele faça cumprir o que está na Constituição Federal. O magistrado, diante de tais demandas, como não pode se furtar a apreciá-las, vê-se obrigado, muitas vezes, a decidir conforme determina o texto da lei: garantindo a saúde como um direito universal. Muito embora o Judiciário esteja cumprindo o determinado pelo texto constitucional, não pode olvidar-se de que a sua decisão produzirá efeitos além daqueles oriundos da demanda individual. Isso ocorre em virtude de haver um planejamento orçamentário para atender às várias demandas sociais na área da saúde, planejamento esse que acaba sendo prejudicado com o deslocamento de recursos destinados a atender a uma decisão judicial que prestigia um particular em detrimento de toda a coletividade. Diante desse contexto, o presente trabalho se debruça em discutir os limites e as possibilidades do Poder Judiciário diante dos problemas envolvendo a efetivação do direito à saúde, a fim de estabelecer algumas diretrizes que devem nortear as intervenções judiciais de modo a torná-las o menos trágica possível.

Palavras-chaves:

Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Direito à saúde. Judicialização da Saúde. Separação dos Poderes. Ativismo Judicial. Análise Econômica do Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES: A SITUAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	11
1.1. Delimitação terminológica e conceitual de direitos fundamentais...	11
1.2. Características dos direitos fundamentais	14
1.3. Evolução dos direitos fundamentais.....	16
1.3.1. Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais.....	19
1.3.2. Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais.....	22
1.3.3. Terceira Dimensão de Direitos Fundamentais.....	24
1.3.4. Outras Dimensões de Direitos Fundamentais: Quarta e Quinta dimensões	25
1.4. O direito à saúde gratuita enquanto direito social.....	25
1.4.1. Conceito de saúde.....	28
1.4.2. A incorporação da saúde gratuita como direito social fundamental vinculado à dignidade da pessoa humana.....	29
2. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	31
2.1. Teoria da Separação dos Poderes.....	31
2.2. Ativismo Judicial.....	35
2.3. Mínimo Existencial e Reserva do Possível	43
2.3.1. Mínimo Existencial	43
2.3.2. Reserva do Possível	45
3. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	48
3.1. Aportes da Análise Econômica do Direito.....	48
3.1.1. Contornos conceituais	48
3.1.2. AED positiva e normativa.....	51
3.1.3. Aportes da AED diante de questões envolvendo a vida	52
3.2. Limites à judicialização do direito à saúde: em busca de diretrizes ..	54
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

A saúde como direito fundamental social é uma característica marcante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A importância do direito à saúde como um direito fundamental reside na sua estreita ligação com o direito à vida, estando também correlacionado ao princípio que rege todo o ordenamento jurídico pátrio, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo merecer tratamento especial.

Esse direito tem sua origem no constitucionalismo contemporâneo. Os direitos humanos foram reconhecidos na França em 1770, durante a Revolução Francesa, que culminou com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Entretanto, a afirmação dos direitos humanos sociais e econômicos somente ocorreu após a Segunda Guerra Mundial e o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem elaborada pela ONU e aprovada por sua Assembleia Geral em 1948, quando várias constituições incluíram em seu contexto os direitos sociais.

A partir dessa Carta Internacional, os direitos humanos passaram a contemplar duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir de 1966, dois tratados incorporaram os direitos humanos, constantes da Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que são diplomas jurídicos vinculantes e obrigatórios.

No Brasil, esses pactos só foram reconhecidos em 1992, apesar de o direito à saúde ter sido reconhecido pela Constituição de 1988 como garantia constitucional de competência do Poder Público, abrindo caminho para a elaboração de leis protetoras da saúde do cidadão brasileiro.

O caráter transformador da Constituição Federal de 1988, na passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, abriu caminho no ordenamento jurídico brasileiro para a conquista de direitos, nunca antes reconhecidos, como é o caso do direito à saúde.

Pelo entendimento do constituinte, o direito à saúde, considerado como social e elevado ao nível de fundamental, vincula-se à vida e ao princípio da dignidade humana.

Entretanto, no Brasil, a implantação do direito à saúde esbarra em alguns fatores que esvanecem a aplicabilidade imediata desses direitos, comprometendo, assim, a dignidade da pessoa humana com a inércia na concretização de tais garantias.

Dessa forma, a partir da previsão constitucional, o presente trabalho tem como objetivo contribuir para a compreensão das razões e limites de concretização do direito à saúde no que tange ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços que são obtidos por intermédio das demandas judiciais.

A importância do trabalho decorre do fato de que tem havido inúmeros casos de demandas judiciais objetivando a concreção do direito à saúde mediante, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, a realização de exames, a obtenção de leitos em Unidades de Tratamentos Intensivos (UTI's) no âmbito do Sistema Único de Saúde. O trabalho também se justifica em razão de, no seio acadêmico, haver a necessidade de maior amadurecimento teórico sobre o tema.

O problema central deste trabalho gira em torno desta questão: Quais são os limites e as possibilidades para a intervenção do Poder Judiciário nas questões envolvendo a efetivação do direito à saúde? Em outras palavras, o Poder Judiciário deve adotar uma postura ativista para determinar o fornecimento de medicamentos, a realização de tratamento e a disponibilização de outros serviços de saúde, quando o Estado for inerte?

A hipótese parte do pressuposto de que a efetivação das políticas públicas é um dever do Estado. Entretanto, a ausência de planejamento para que tais políticas sejam, de fato, instituídas leva à ingerência do Poder Judiciário na cobrança da efetivação dos direitos protegidos pela Constituição. Dessa forma, haveremos de investigar quais são os limites e possibilidades dessa intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde.

Como metodologia, a pesquisa envolverá consultas às formulações teóricas da doutrina e às principais normas relativas ao tema.

No primeiro capítulo, será feita uma abordagem acerca dos Direitos Fundamentais, as suas dimensões e a situação do direito à saúde no Brasil. Trataremos, assim, da delimitação terminológica, das características e da evolução dos Direitos Sociais e do direito à saúde enquanto tal.

No segundo, será apresentada uma discussão teórica acerca da teoria da separação dos poderes e do fenômeno conhecido como ativismo judicial, com o objetivo de, no capítulo derradeiro, definir se a intervenção do Poder Judiciário, quando das decisões que obrigam o Estado a fornecer serviços e produtos de saúde (*verbi gratia*, medicamentos, leitos de UTI, tratamentos médicos etc.) é ou não legítima. Nesse capítulo, abordar-se-ão conceitos como separação dos Poderes, ativismo judicial, reserva do possível e mínimo existencial.

A partir da discussão teórica realizada nos capítulos anteriores, o terceiro capítulo se deterá na abordagem da Análise Econômica do Direito (AED) como um instrumento para auxiliar os gestores em suas escolhas. Com efeito, com olhos nas repercussões econômicas das medidas envolvendo o direito à saúde, conforme preocupação externada pela AED, focar-se-á a importância de o jurista atentar para as repercussões econômicas de suas formulações. E, com base em tudo isso, o terceiro capítulo caminha para o objetivo deste estudo, que é o de estabelecer diretrizes que sirvam como um norte para a intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos à saúde.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES: A SITUAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

1.1. Delimitação terminológica e conceitual de direitos fundamentais

No que tange à terminologia para nos referir aos direitos fundamentais, muitas outras expressões são utilizadas com a mesma carga semântica. A própria Constituição de 1988 utiliza outros termos para fazer menção aos direitos fundamentais. Em seu artigo 4º, II, emprega a expressão “direitos humanos”; na epígrafe do Título II e no artigo 5º, parágrafo 1º, “direitos e garantias fundamentais; no artigo 5º, inciso LXXI, “direitos e liberdades constitucionais”; e, no artigo 60, parágrafo 4º, IV, traz a expressão “direitos e garantias individuais”¹.

Ao tratar da gama de terminologia utilizada pela Constituição Federal de 1988, Dimitri Dimoulis² faz uma crítica no que diz respeito à possibilidade de interpretação semântica de um dos termos excluir a tutela de outro:

“sugerindo a exclusão dos direitos sociais quando há referência a “direitos individuais” ou a “liberdades fundamentais”, pelo menos em face de um entendimento de parte da doutrina que considera os direitos sociais como espécies de direitos coletivos e, portanto, não individuais.”

Na opinião do citado autor, a terminologia mais adequada é a de “direitos fundamentais”, pois, embora a Constituição se valha de mais de um termo para designá-los, os direitos por ela garantidos são fundamentais porque se enquadram nos fundamentos da organização política e social e porque, devido à sua generalidade, abarcam direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, bem como direitos de liberdade e de igualdade. Além disso, tais direitos possuem proteção constitucional, perfazendo uma gama mínima de direitos garantidos.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012, p. 27

² DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 39-40

Ainda nessa seara pertinente à questão terminológica, Dirley da Cunha Júnior³ afirma que, embora não haja um consenso doutrinário e jurisprudencial nesse sentido, o autor prefere utilizar-se da expressão “direitos fundamentais”, pois, em concordância com Dimoulis, acredita ser essa expressão mais abrangente.

Passada a discussão em torno de qual terminologia seria a mais adequada, adentramos a discussão em torno do delineamento conceitual dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como normas jurídicas fortemente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder que são positivadas constitucionalmente no ordenamento jurídico de determinado Estado Democrático de Direito. Tal conceito engloba cinco aspectos: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação do poder, Constituição e democracia.⁴

Na visão de Dimoulis⁵, os direitos fundamentais são direitos de pessoas físicas ou jurídicas, positivados constitucionalmente, que servem para limitar a atuação do poder estatal diante das liberdades individuais.

Ingo Sarlet entende direitos fundamentais como “*direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado*”⁶. Na mesma linha de entendimento, Bernardo Gonçalves⁷ defende que os direitos fundamentais são os direitos humanos previstos em normas nacionais e internacionais.

A evolução do direito constitucional pode ser entendida como uma afirmação dos direitos fundamentais. Esses direitos funcionam como a

³ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev., ampl. E atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 566.

⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15 – 17.

⁵ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012, p. 29.

⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 309.

essência da proteção da dignidade humana, sendo a Constituição a responsável por assegurar esses direitos.⁸

Há uma dificuldade em se conceituarem direitos fundamentais tendo em vista o número de expressões usadas para designá-los: “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”. Para José Afonso da Silva, “direitos fundamentais do homem” é a expressão mais acertada considerando que ela, além de resumir princípios, designa prerrogativas concretizadas pelo direito positivo como garantias para a dignidade da pessoa humana⁹.

Bonavides¹⁰ reconhece que, embora “direitos humanos” e “direitos fundamentais” sejam utilizados como sinônimos, existe uma diferenciação entre eles. Direitos humanos referem-se a documentos de direito internacional, sendo direitos que independem da vinculação do ser humano a alguma ordem constitucional (quer dizer que são universais). Já os direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de cada Estado.

Direitos humanos ou direitos fundamentais são direitos que visam à proteção da dignidade da pessoa humana, limitando o poder estatal e proporcionando igualdade nos pontos de partida dos indivíduos. Entende-se que direitos humanos estão relacionados a normas pactuadas em âmbito internacional, enquanto direitos fundamentais são os mesmos direitos, porém insertos em um texto constitucional.¹¹ Assim, por exemplo, o direito a não ser torturado é um direito humano quando se reporta, por exemplo, ao Pacto de San

⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177 -181,

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 574-575.

¹¹ CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.15.

José de Costa Rica¹², mas é um direito fundamental quando se alude ao art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.

Paulo Roberto de Figueiredo Dantas¹³ traz a ideia de que os direitos fundamentais são caracterizados por constarem no texto de uma Constituição. Para ele, tais direitos estão relacionados com o Estado Democrático de Direito, tendo como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, podemos dizer que os direitos fundamentais são entendidos como o conjunto de direitos positivados que visam garantir ao homem as mínimas condições para que ele viva dignamente. E, dada a infertilidade prática dos embates terminológicos para o presente trabalho, parece-nos mais adequado tomar como sinônimas as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”.

1.2. Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, como direitos relativos à proteção da dignidade humana, são dotados de características próprias que os distinguem de outras categorias de direitos.

A dignidade da pessoa humana, inserta no artigo 1º do texto Constitucional como fundamento do Estado Democrático de Direito, é uma cláusula aberta que permite diversas interpretações, todas voltadas a delinear o alcance do que significa uma vida digna. Dessa forma, a depender do intérprete, a dignidade da pessoa humana poderá alcançar extensões diversas. Para efeito deste trabalho, consideramos que o conceito de dignidade da pessoa humana deve proteger o direito dos indivíduos ao acesso à saúde. Maior detalhamento disso, dependeria da análise de cada caso concreto com a utilização de critérios de prudência e razoabilidade.

¹² BRASIL. Decreto Federal nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 12 set 2016.

¹³ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 268-269

Na concepção de Fernandes¹⁴, os direitos fundamentais são imprescritíveis (não desaparecem pelo decurso do tempo), inalienáveis (não é possível alienar um direito fundamental em razão de sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana), irrenunciáveis (os titulares dos direitos fundamentais não podem renunciá-los, pois estão fundamentados na dignidade da pessoa humana), invioláveis (seus preceitos são de observação obrigatória), universais (tem como titulares toda a coletividade, não comportando discriminações), efetivos (o Poder Público deve sempre observar o seu cumprimento), interdependentes (devem ser enxergados de uma forma sistêmica e não isoladamente), complementares (fazem parte de uma integralidade), historicidade (sua consolidação é fruto de um processo histórico e evolutivo), relativos (há uma relação de limitação entre os direitos fundamentais).

Em relação à aplicabilidade das normas que versam acerca de direitos fundamentais, a Constituição Federal, no § 1º do seu artigo 5º, dispõe que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” O constituinte originário, ao positivar esse pensamento, interpretou-o extensivamente, não restringindo a aplicabilidade imediata apenas aos direitos individuais, mas abarcando direitos fundamentais em geral.

Embora a aplicabilidade imediata dessas normas seja uma característica constante na Carta Magna, nem sempre elas seguiram essa determinação, considerando que algumas dependem, para produção de seus efeitos, da ação normativa do legislador.¹⁵

Dirley da Cunha¹⁶ aponta como características dos direitos fundamentais a historicidade, a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a limitabilidade (relacionada com a ideia de relatividade exposta por Fernandes), a concorrência (possibilidade do exercício cumulado dos direitos fundamentais), a proibição do retrocesso (não

¹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 328-331

¹⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155

¹⁶ CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 638-642

há a possibilidade de se retroceder abolindo, suprimindo ou enfraquecendo tais direitos), e a constitucionalização (reconhecimento formal dos direitos fundamentais por intermédio de sua inserção no plano constitucional).

Sob a ótica de Paulo Gonet¹⁷, os direitos fundamentais são universais e absolutos. Ele os entende como absolutos pelo fato de estarem ocupando a máxima hierarquia e não serem passíveis de restrição. Nesse caso, verifica-se que tal entendimento discorda dos já explanados. Além dessas características, eles são dotados de historicidade, de inalienabilidade e de indisponibilidade, vinculação dos Poderes Públicos no sentido de que os atos emanados por quaisquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem estar em conformidade com os direitos. Para o autor, a aplicabilidade dos direitos fundamentais é imediata.

José Afonso da Silva¹⁸ entende que os direitos fundamentais decorrem de um processo histórico (historicidade), que são indisponíveis e intransferíveis (inalienabilidade), que nunca deixam de ser exigíveis (imprescritibilidade) e que seu titular não pode renunciá-los (irrenunciabilidade).

Enfim, é a partir da ideia de que os direitos fundamentais originaram-se de um processo histórico e evolutivo que suas características foram moldadas no decorrer do tempo, sempre com vistas a resguardar os direitos relacionados com a dignidade da pessoa humana.

1.3. Evolução dos direitos fundamentais

A abordagem histórica dos direitos fundamentais se faz relevante tendo em vista que eles são fruto de um processo evolutivo do homem dentro da sociedade. Embora já existissem no seio da sociedade, foi a partir de sua positivação que passaram a ganhar um maior destaque.

¹⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.142-143.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p.182-184

Para Gonet¹⁹, os direitos fundamentais são frutos de uma sedimentação e maturação histórica. Segundo o autor,

“o cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.”

Além disso, as teorias contratualistas enfatizaram que alguns direitos preexistem ao próprio Estado, trazendo a ideia de que o Estado deve servir aos cidadãos garantindo os direitos básicos. Tais ideias influenciaram as principais declarações²⁰ que positivaram os direitos fundamentais como direitos inerentes à condição humana. Na concepção do autor, os direitos fundamentais reforçaram a tese de que o indivíduo tem, em primeiro lugar, direitos e, depois, deveres perante o Estado.

Na concepção de Sarlet²¹, a religião e a filosofia vieram a influenciar o pensamento jusnaturalista e as suas ideias de ser humano enquanto titular de direitos naturais e inalienáveis. Para ele, os valores ligados à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à liberdade estão arraigados na filosofia clássica e no pensamento cristão. A ideia de que o ser humano tipifica o ápice da criação divina está baseada nas heranças do Velho Testamento.

Para Marmelstein²², valores ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, de justiça, de solidariedade e de liberdade, embora ainda não positivados, sempre estiveram presentes nas sociedades. Em sua opinião, as grandes correntes religiosas pregam que tais valores estão relacionados à dignidade humana.

¹⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135-136

²⁰ Dentre as principais declarações que reconheceram os direitos fundamentais como direitos do homem estão a *Bill of Rights* (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012, p.38

²² MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³,

“a doutrina dos direitos do Homem, que tem grande peso no constitucionalismo ainda hoje, não nasceu no século XVIII. Ela, no fundo, nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já desponta na Antiguidade.”

Em sentido oposto, na opinião de Dimoulis²⁴, não faz muito sentido se falar em direitos humanos nas sociedades antigas, uma vez que, para haver direitos fundamentais, é necessária a presença de três requisitos: Estado, indivíduo e texto normativo. A existência do Estado permite que os direitos fundamentais sejam garantidos, uma vez que a função de tais direitos é a limitação do poder estatal diante do indivíduo. Embora existam indivíduos desde os primórdios da humanidade, eles não eram considerados sujeitos de direitos, pois pertenciam a grupos e acabavam sendo privados de seus próprios direitos. O texto normativo, ao mesmo tempo que vincula o Estado a não interferir em certas liberdades individuais, traz conhecimento aos indivíduos da limitação estabelecida para o Estado diante das suas liberdades individuais.

Na concepção de Dantas²⁵, a partir do pensamento Iluminista (séculos XVII e XVIII), os direitos fundamentais emergiram sob o manto da proteção do homem perante o poder estatal. Tais direitos serviam como forma de limitação do poder do Estado e de seus excessos. O autor acredita que, antes do surgimento das constituições escritas, outros documentos já abordavam os direitos fundamentais. Em sua obra, ele cita o Código de Hamurabi (1690 a.C), do qual já constavam direitos relacionados à vida, à família, à honra, à propriedade, fazendo menção, inclusive, ao princípio da legalidade, onde havia a supremacia da lei perante os governantes. Um outro documento citado pelo autor é a *Magna Charta Libertatum* (1215), que previa a limitação do poder do monarca.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 10-11.

²⁵ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 268.

Embora os direitos fundamentais já existissem antes mesmo de serem positivados, sua sedimentação foi ganhando contornos mais firmes com o processo de evolução social. À medida que o tempo foi passando, as demandas das sociedade foram se tornando mais complexas de forma a exigir do legislador respostas que atendessem a tais evoluções.

Porém, o problema maior não gira em torno da existência de direitos fundamentais, mas sim em como efetivá-los. Como cita Bobbio²⁶, *“o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”*.

A evolução social fez com que os direitos fundamentais também evoluíssem a fim de acompanhar as demandas sociais. Essa evolução culminou na classificação teórica dos direitos fundamentais em dimensões que foram se aperfeiçoando com o tempo.

Não há consenso doutrinário quanto à nomenclatura no que tange à evolução dos direitos fundamentais. Alguns autores, como Paulo Gonet e Dimoulis, defendem o uso do termo “geração”, enquanto outros, como Sarlet e André Ramos Tavares, optam por “dimensões”. Considerando que os direitos fundamentais se integram e se complementam e que não há entre eles nenhuma hierarquia, utilizar-se-á, neste trabalho, o termo “dimensões” por se entender ser o mais apropriado; porém, ao fazer citações autorais diretas, dar-se-á prioridade ao entendimento do autor.

1.3.1. Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais

O direitos fundamentais ligados à liberdade emergiram em um contexto dentro do Estado Absolutista, em que não havia espaço nenhum para o exercício das próprias liberdades e do livre desenvolvimento do pensamento.

Em um regime no qual, na esfera penal, não havia a garantia do direito ao contraditório ou à ampla defesa, cidadãos eram condenados a penas

²⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. tiragem Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.p. 46.

desproporcionais ao crime cometido. Além disso, a alta carga tributária imposta pelo Estado financiava a vida nababesca que o monarca levava. Não havia participação política do povo nas decisões tomadas pelo “Estado”.

Esse foi o cenário onde se descortinaram as revoluções liberais, fruto do descontentamento do povo diante da grande concentração de poder nas mãos do rei.

Foi durante a Revolução Inglesa (1688), a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) que surgiram importantes documentos que consagraram os direitos fundamentais como direitos do homem. A *Bill of Rights*, por exemplo, surgiu durante a Revolução Inglesa como uma forma de limitação do poder do monarca. Já na Revolução Americana, a Declaração de Independência – originária da guerra da Independência da qual resultaram os Estados Unidos da América, o primeiro Estado baseado nos direitos fundamentais – trazia uma ideia de igualdade entre os homens. Em decorrência da Revolução Francesa, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tida como uma compilação de direitos humanos. As suas ideias baseavam-se na liberdade, na igualdade e na fraternidade. Importante ressaltar que o Princípio da Legalidade também foi contemplado em tal declaração e que os princípios trazidos pelas revoluções liberais serviram de inspiração para a sedimentação dos direitos fundamentais de primeira dimensão²⁷.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos à liberdade individual, consagrando nesse âmbito os direitos civis e políticos. As características básicas dessa dimensão nos remete à ideia de liberdade, de vida, propriedade, de direitos oponíveis contra o estado, de direitos políticos e de direitos civis.

A ideologia da época era a do Estado Liberal, em que se preconizava a intervenção mínima do Estado na economia e na sociedade. Dessa forma, havia o compromisso do Estado de garantir apenas direitos

²⁷ CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28-32

necessários à livre atuação dos indivíduos e ao funcionamento do mercado, sem intervenções de índole social por parte do Estado.

Gonet²⁸ relaciona os direitos fundamentais de primeira dimensão ao ideal de liberdade preconizado na Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Tais direitos caracterizam-se por uma abstenção do poder estatal, ou seja, uma não intervenção na esfera individual do homem, seu titular.

Para Sarlet²⁹, os direitos fundamentais de primeira dimensão constituem direitos do indivíduo perante o Estado, onde há o equilíbrio entre a não intervenção do Estado e a autonomia do indivíduo frente ao poder estatal. Caracterizam-se por uma prestação negativa por parte do Estado.

Bernardo Gonçalves³⁰ entende os direitos fundamentais de primeira geração como sendo direitos de liberdade. Eles englobam direitos civis e políticos dos quais o indivíduo é titular, tendo o Estado o dever de se abster frente a esses direitos, constituindo direitos de oposição frente ao Estado.

Segundo Bonavides, os direitos fundamentais estão ligados ao direitos de liberdade. São direitos civis e políticos que têm como titular o indivíduo. “*São direitos de resistência ou oposição perante o Estado.*”³¹

Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão englobam os direitos civis e políticos. Eles foram frutos das revoluções burguesas fundadas nos ideais de liberdade.

²⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012, p. 46

³⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 312

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p.576-578

1.3.2. Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais

Embora as revoluções burguesas tenham atacado a onipotência do monarca, o ideal de liberdade para todos os homens não foi, de fato, alcançado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, conquanto se apregoasse que todos os homens nasciam livres, a escravidão ainda era uma realidade. Na França, afirmava-se que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito”, porém o direito ao voto era exclusivo daqueles que detinham posses. Na Inglaterra – berço da Revolução Industrial –, os enunciados de igualdade e liberdade não eram realidade na vida da volumosa massa de proletários que, sob jornadas penosas de trabalho, seguiam vivendo em estado de miséria.

Enquanto eclodiam revoluções, a tecnologia passou a ser aprimorada e os serviços que, antes eram realizados de forma manual, começaram a ser substituídos pelas máquinas. O processo de produção deixou de ser controlado pelos artesãos e passou a ser controlado pelos grandes industriais. Isso levou à exploração dos trabalhadores para que pudessem aumentar cada vez mais a sua produção. Daí decorreram as longas jornadas de trabalho aliadas às condições degradantes às quais os trabalhadores eram expostos. Dessa forma, os trabalhadores passaram a se organizar com o objetivo de alcançar melhores condições de trabalho e de vida por meio da pressão que faziam sobre os industriais.

Essa união propiciou a consagração de direitos do trabalhador, mas, mesmo com o avanço nesse sentido, a impressão que se tinha à época era a de que os ideais preconizados pelas revoluções liberais estavam adstritos apenas ao papel. Por esse motivo, a população ansiava por uma igualdade material. A partir daí, emergiram os direitos sociais e econômicos, reconhecidos como pertencentes à segunda geração dos direitos fundamentais³².

³² CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33-34

Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração correspondiam a uma abstenção do Estado, os direitos de segunda geração o obrigavam a uma prestação positiva, com o intuito de materializar a igualdade e a liberdade trazidas no documentos que versavam acerca dos direitos fundamentais.³³

Para Sarlet³⁴, o que mais distingue os direitos de primeira e de segunda dimensão é a necessidade de intervenção do Estado para que os direitos possam ser garantidos. São direitos como saúde, assistência social, educação, trabalho etc.

Os direitos de segunda dimensão surgiram durante o desenvolvimento do Estado Social e se relacionam com os direitos sociais, econômicos e culturais. Estão baseados na ideia de igualdade, preconizada na Revolução Francesa³⁵.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, além dos direitos trabalhistas, são direitos à alimentação, à educação, à moradia etc., ou seja, são direitos intrinsecamente ligados às necessidades básicas dos indivíduo, sem as quais o direito à liberdade se torna ineficaz³⁶.

Também chamados de liberdades concretas, positivas ou reais, os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentam-se no princípio da igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, ou seja, um dever de agir.³⁷

Vale anotar que, em alguns países, como na Rússia (Revolução Russa de 1917), na China (Revolução Chinesa de 1949) e em Cuba (Revolução Cubana de 1959), chegou-se a desprezar os direitos fundamentais de primeira

³³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012. p.47-48

³⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 312

³⁶ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 45-46

³⁷ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 277

dimensão para enaltecer os direitos de segunda dimensão por meio das revoluções socialistas, que condenam (ou flexibilizam demasiadamente) vários direitos civis, como o direito de propriedade. Não parece, contudo, adequado esse caminho, pois anula outros direitos fundamentais relevantes.

1.3.3. Terceira Dimensão de Direitos Fundamentais

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), manchada com o terror do holocausto na Alemanha nazista, emergiu um movimento que proclamava a universalização dos direitos fundamentais até então consagrados. Diante disso, vários países assinaram tratados que visavam à proteção internacional de valores relacionados à dignidade humana.

Foi nesse cenário onde milhares de vidas foram dizimadas que surgiu a ideia de uma terceira dimensão de direitos humanos, pautada na solidariedade em contraposição aos absurdos ocorridos no regime nazista³⁸.

Voltados à proteção de toda humanidade e não apenas de um determinado grupo, nessa terceira dimensão estão englobados os direitos considerados difusos e coletivos, ou seja, direitos em que não é possível identificar apenas um titular.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por serem considerados recentes, encontram-se ainda em fase de maturação. Eles buscam tutelar a proteção do homem enquanto coletividade, razão por que a sua titularidade é difusa ou coletiva. Tais direitos enfatizam a ideia de fraternidade ou solidariedade e englobam o direito ao meio ambiente, à paz, à autodeterminação dos povos e outras espécies de direito que envolvam uma coletividade³⁹.

Com o processo de amadurecimento dos direitos fundamentais, o que começou em um plano individual evoluiu a um plano coletivo, não desprezando os direitos classificados em dimensões anteriores.

³⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48

³⁹ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 626-627

1.3.4. Outras Dimensões de Direitos Fundamentais: Quarta e Quinta dimensões

Embora se trate de uma visão da doutrina minoritária, há quem defenda, como Bonavides, a existência de uma quarta e de uma quinta dimensão de direitos fundamentais.

A quarta dimensão seria fruto do avanço da globalização, capaz de ampliar tais direitos para além do campo estatal. Esses direitos estariam relacionados ao direito à democracia, ao direito à informação e ao pluralismo. É a ideia de concretização dos direitos de segunda e terceira dimensões⁴⁰.

Para Bonavides⁴¹, defensor da existência de uma quinta geração dos direitos fundamentais, o direito à paz seria um direito que foi alçado da terceira para a quinta dimensão, em decorrência de sua imprescindibilidade ao progresso de todas as nações e a sua importância no que tange à convivência humana.

1.4. O direito à saúde gratuita enquanto direito social

O primeiro conceito de saúde foi pensado na Grécia Antiga, que consagrou a expressão “*Mens Sana In Corpore Sano*”, ou seja, “mente sã, corpo sã”. Nesse entendimento, a saúde estaria relacionada ao bem-estar físico e mental do indivíduo. Mas foi a partir do surgimento da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1946, que o conceito de saúde foi delimitado como sendo o completo bem-estar físico, mental e social, ampliando o conceito ultrapassado de que saúde é apenas a ausência de doenças⁴².

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p.585-586

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 594

⁴² HUMENHUK, Hesterston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 dez. 2015.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição a reconhecer o direito à saúde, de forma expressa, como um direitos fundamental, apesar de já existirem vários tratados disciplinando o tema.

Nas palavras de Sueli Dallari⁴³, a Constituição Federal, ao estipular que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado por intermédio de políticas sociais e econômicas de modo a permitir ao cidadão o acesso, a recuperação, a promoção e a proteção à saúde, adotou um conceito de saúde que vai além da ausência de doenças. Está diretamente relacionado ao bem-estar físico, mental e social da população.

O direito à saúde, constante do rol do artigo 6º como um direito social e garantido a todos no artigo 196 da Constituição Federal, apresenta-se como um dos direitos fundamentais de maior importância, podendo ser vinculado ao direito à vida, pois, sem saúde, não há vida. Além da interligação com o direito à vida, o direito à saúde tem um forte vínculo com o Princípio da Dignidade Humana, pois não podemos pensar em uma vida digna se o Estado não garantir ao cidadão o acesso aos meios para que possa preservar sua saúde. E, para tanto, é necessário garantir a fruição de outros direitos, como alimentação, moradia, educação, saneamento básico, meio ambiente, trabalho e lazer.

O direito fundamental à saúde tem sido considerado um direito social pertencente à segunda dimensão dos direitos fundamentais. Essa segunda dimensão foi o marco histórico de transição de um Estado de Direito inspirado nos ideais liberais e burgueses e caracterizado pela não intervenção na sociedade, para um Estado Social que já demandava uma prestação positiva do Estado para garantia dos direitos⁴⁴.

⁴³ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 30

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em : 11 dez. 2015

Para Direly⁴⁵, a ligação entre o direito à saúde e o direito à vida é tão nítida que nem precisaria de reconhecimento explícito, uma vez que o direito subjetivo à saúde é uma exigência de qualquer Estado que se preocupe com a vida humana.

Para que as metas traçadas no plano constitucional fossem alcançadas, a Carta Magna instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS)⁴⁶, que também serviu como instrumento de universalização do direito à saúde, uma vez que, até então, os serviços de saúde estavam restritos apenas aos contribuintes da Previdência Social e aos que podiam pagar por esse direito.

Na concepção de Dirley da Cunha Jr.⁴⁷,

“A efetivação do direito social à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde.”

O que se tem observado é que o Estado não tem conseguido a plena efetivação das políticas sociais e econômicas para garantir aos cidadãos o acesso integral aos serviços de saúde. Tal fato tem levado milhares de pessoas a submeter suas demandas no campo da saúde ao Poder Judiciário para que esse direito, consagrado na Constituição, possa transcender do plano formal ao plano material.

O presente trabalho girará em torno desse direito fundamental de segunda dimensão – o direito à saúde –, buscando verificar as deficiências do Estado na sua implementação no Brasil.

⁴⁵ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.. p. 767

⁴⁶ CARVALHO, Mariana Siqueira de. A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, v. 4, n. 2, jul.2003. p. 15

⁴⁷CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 769

1.4.1. Conceito de saúde

O discurso pertinente ao conceito de saúde sofreu algumas modificações no decorrer do tempo. O que antes era entendido apenas como a ausência de doenças, hoje, em sua compreensão ampliada, é definindo como sendo um conjunto de fatores que favorecem a um bem-estar físico, social e mental, e não somente a ausência de doenças.⁴⁸

Segundo a Carta de Ottawa, que consiste em um documento sobre a Promoção da Saúde, a saúde está relacionada com “*as condições e os recursos necessários para a saúde.*” Dentre essas condições e recursos, a Carta faz menção à paz, à habitação, à educação, à alimentação, à renda, ao ecossistema estável, aos recursos sustentáveis, à justiça social e à equidade.⁴⁹

O direito à saúde pode ainda ser conceituado a partir da visão de uma política que visa à prevenção e ao tratamento dos males que atingem os seres humanos.⁵⁰

Sob a ótica de Rocha, a saúde pode ser entendida como a concretização da qualidade de vida, intrinsecamente relacionada com uma vida digna.⁵¹

Pode-se perceber que o conceito de saúde partiu de uma ideia mais simples, ausência de doença, para uma ideia mais complexa que engloba muitas outras variáveis para determiná-lo.

⁴⁸Constituição da Organização Mundial de Saúde (1948) . Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 01 Abr. 2016

⁴⁹Carta de Otawwa (1986). Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf. Acesso em 03. Abr. 2016

⁵⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 38

⁵¹ ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 43

1.4.2. A incorporação da saúde gratuita como direito social fundamental vinculado à dignidade da pessoa humana

Como já discorrido no presente trabalho, a Constituição Federal, em seu artigo 196, estabelece que o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Sua implementação se dá por intermédio de políticas públicas definidas pelos governantes.

Embora a Carta Magna estabeleça, em seu artigo 199, que a assistência à saúde também pode ser da iniciativa privada, isso não exime o Poder Público de garantir o acesso à saúde pública e gratuita a todos os cidadãos.

Na concepção de Karyna,⁵² a saúde pode ser considerada como o principal direito social tendo em vista a sua estreita ligação com uma vida digna, pois, sem saúde, a pessoa não vive, apenas sobrevive.

A dignidade humana pode ser considerada como a base do sistema moral e jurídico das sociedades atuais, sendo a fonte de todos os direitos e garantias fundamentais presentes no ordenamento jurídico. Sua preocupação gravita em torno das satisfações mínimas de condições que conduzam a uma vida digna.

Dessa forma, a dignidade humana está interligada a uma série de prerrogativas e direitos essenciais, sem os quais o ser humano não pode ter uma vida consideravelmente digna. Essas prerrogativas e direitos essenciais é o que chamamos de mínimo existencial.

O mínimo existencial é composto, entre outros direitos, pelo direito à saúde, considerando a sua forte vinculação não só com o direito à vida, mas também com o direito à uma vida digna.⁵³

⁵² MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 41

⁵³ FRANCISCO, José Carlos. *Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 859

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como uma qualidade intrínseca do ser humano, não podendo ele dela dispor. Ela tem o condão de proteger e promover a existência humana digna.⁵⁴

⁵⁴ CAMPOS, Eliana Cristina Huffel. *O princípio da dignidade da pessoa humana como argumento para a tutela do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/2/7.pdf>. Acesso em 03. Abr. 2016.

2. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

2.1. Teoria da Separação dos Poderes

Embora se tenha atribuído a Montesquieu a doutrina da separação dos poderes políticos do Estado, outros antigos pensadores já faziam alusão à limitação de um poder pelo outro.

Platão⁵⁵ discorreu sobre o assunto quando tratou da Pólis perfeita, onde cada integrante teria uma função específica e onde haveria uma descentralização do poder, de forma que essa descentralização atuaria como o princípio para uma ordem mais equilibrada, objetivando resguardar os indivíduos dos possíveis abusos de poder. Essa ideia de Platão é evidenciada quando se entende que a necessidade para a realização da justiça está estruturada na ordem política em que governantes ordenam e governados obedecem, devendo haver uma cooperação entre as partes para que a justiça se realize.

A explicação estrutural do Estado é feita com o conceito da alma tripartite. Da mesma forma que, na alma, a paixão não pode sobressair à razão, na estrutura do Estado, que é dividido em classes e atividades, uma não pode interferir na outra, pois essa interferência geraria uma desordem. A desordem está ligada à injustiça, da mesma maneira que a ordem liga-se à justiça, ou seja, para Platão, a organização do poder político no Estado deve estar ligado à justiça. Dessa forma, em sua concepção, a repartição das funções do Estado era algo necessário e, embora não tenha se aprofundado demasiadamente no assunto, lançou as bases para que esse pensamento fosse burilado por outros pensadores.

Aristóteles⁵⁶, ao perquirir as formas de governo dentro da constituição do Estado, delineou a teoria da distribuição de funções. Na concepção aristotélica, o Estado tinha três funções: a deliberativa, a executiva e

⁵⁵ COUCEIRO, Júlio Cezar. *Separação dos Poderes em corrente tripartite*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33624&seo=1>>. Acesso em: 04 maio 2016.

⁵⁶ COUCEIRO, Júlio Cezar. *Separação dos Poderes em corrente tripartite*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33624&seo=1>>. Acesso em: 04 maio 2016.

a judiciária. Aristóteles também enxergava que a concentração do poder nas mãos de um indivíduo estava relacionada à injustiça.

O pensador inglês, Jonh Locke, também deixou considerações a respeito da teoria da separação do poderes na obra “*O segundo tratado do governo civil*”. No capítulo XII, ele discorre acerca dos poderes legislativo, executivo e federativo. O poder legislativo estaria incumbido da elaboração das leis, o executivo da execução das leis e o federativo seria o responsável por realizar ligas e alianças, guerra e paz, além de cuidar do relacionamento entre a comunidade civil e todas as pessoas que se encontram fora dela. Porém, para Locke, o poder legislativo tem sua supremacia em relação aos outros poderes.⁵⁷

Foi com Montesquieu que a teoria da separação dos poderes amadureceu a ponto de ser adotada como base pelas constituições presidencialistas.

Na concepção de Montesquieu⁵⁸, para que um governo seja bom, ele tem que ter como princípio a divisão dos poderes, pois toda forma de governo é tendente ao abuso. Ele visualizou que, havendo a separação dos poderes políticos dentro de um Estado, a tendência ao abuso de um poder em detrimento do outro poderia ser minimizada na medida em que cada um teria suas funções definidas.

Em sua obra, “*O Espírito das Leis*”, Montesquieu disserta a respeito da existência de três poderes na formação do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual com suas funções previamente definidas⁵⁹.

O Poder Legislativo é responsável pela elaboração das leis, o Poder Judiciário tem a função de, grosso modo, punir crimes ou julgar as

⁵⁷LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado Sobre Governo Civil*. Disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf> Acesso em 4 mai. 2016.

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat; Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

⁵⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat; Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25-26.

demandas dos cidadãos e, por fim, o Poder Executivo é incumbido da administração geral do Estado.⁶⁰

Adotada pelas constituições presidencialistas, a essência da doutrina da separação dos poderes está na limitação que cada poder impõe ao outro, impedindo que um poder se sobreponha ao outro, criando o que conhecemos com sistema de freios e contrapesos. A essência da teoria da separação dos poderes é a identificação das funções do Estado e sua atribuição a órgãos independentes.⁶¹

Segundo Dallari, essa teoria, ao ser incorporada pelo constitucionalismo, foi concebida com o objetivo de garantir a liberdade dos indivíduos e evoluiu, no decorrer dos séculos, para que a eficiência do Estado fosse maximizada, a fim de evitar o surgimento de governos absolutos.

A ideia de separação dos poderes já constava na Declaração de Direitos da Virgínia (1776), em seu parágrafo 5º, dispondo, em suma, que o Poder Judiciário deveria ser separado e distinto dos demais (Executivo e Legislativo). Com mais ênfase, tratava do assunto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), artigo XVI: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.⁶² A Constituição Federal Brasileira de 1988 incorporou a teoria desenvolvida por Montesquieu ao dispor, em seu artigo, 2º, que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁶³

⁶⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat; Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25-26

⁶¹ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 13

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 216-220

⁶³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 29 abr. 2016

O cerne da teoria da separação de poderes de Montesquieu é o que chamamos de sistema de “freios e contrapesos”. Esse sistema tem o condão de limitar o poder político

“na medida em que estabelece a interpenetração das funções estatais e o controle recíproco entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com a finalidade de impedir potenciais excessos dos Poderes do Estado, funcionando como condição de legitimidade do Governo⁶⁴.”

É importante ainda destacar que a concepção da separação de poderes de Montesquieu era mais dinâmica e plural do que a de Locke, pois rejeitava a noção da existência de uma normatividade superior que engessava a relação entre os poderes e abraçava a ideia de que os poderes mantêm contínuos diálogos e tensões. A relação entre os poderes na visão de Montesquieu decorre de uma

“tensão estrutural entre autoridades, os ‘freios e contrapesos’, que, na ausência de uma normatividade superior definidora de hierarquias institucionais, criam uma dinâmica de interação política entre as autoridades do Estado, em constante movimento. Espírito e movimento constante são aí irmãos gêmeos e conduzem, na ausência de hierarquias institucionais que subordinem constitucionalmente um poder a outro, à busca de concepções do bem compatíveis com o sentimento de liberdade de cada um⁶⁵.”

Essa visão de Montesquieu é mais adequada para um sistema constitucional que deve ser plural, dinâmico e democrático, pois procura conciliar os vários “sentimentos de liberdade de cada um” mediante contínuas e ininterruptas interações entre os poderes. Não há soluções pré-definidas. É preciso que, democraticamente, sejam construídas soluções para todos os desafios impostos à sociedade, de maneira que os limites de atuação de cada Poder estarão em constante redefinição à medida em que se desenvolverem as relações entre os agentes do Estado, na linha do sistema de freios e contrapesos.

⁶⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 312

⁶⁵ CASTRO, Marcus Faro de. *Globalização, Democracia e Direito Constitucional: Legados Recebidos e Possibilidades de Mudança*. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coords.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 697-719.

E essa concepção dinâmica da separação dos poderes rejeita a adoção de soluções formalistas e abstratas e valoriza a experiência e o olhar para a realidade da sociedade, para prestigiar “o sentimento de liberdade de cada um”. Nesse sentido, assim observa Marcus Faro de Castro:

“As teorias e conceitos abstratos mostram-se completamente inadequados ou insuficientes como apoios intelectuais capazes de conduzir à superação de conflitos práticos. E insistir na utilidade ou validade prática de conceitos abstratos e amplamente abrangentes pode conduzir o jurista a adotar o expediente de escamotear a insuficiência ou inadequação das formas intelectuais empregadas para fundamentar decisões sobre problemas concretos. O direito corre, então, o risco de tornar-se um instrumento de opressão. Declarar uma forma intelectual abstrata como fundamento de uma decisão prática, diante de uma ordem social perceptivelmente injusta, quando essa forma se mostra claramente inapta a apresentar um meio de mudança, é o ato que faz do jurista um opressor⁶⁶.”

Portanto, no presente estudo, prestigia-se uma concepção não formalista, não pré-definida, variável, dinâmica e plural da teoria da separação dos poderes nos moldes de Montesquieu, de maneira que a interação entre os poderes estará constantemente sendo objeto de redefinição para garantir, na realidade concreta, o atendimento ao bem-estar de todos os indivíduos de uma sociedade heterogênea (ou seja, o atendimento ao “sentimento da liberdade de cada um”).

2.2. Ativismo Judicial

Na concepção de Barroso, para adentrarmos o conceito de ativismo judicial, será necessário realizar e distinguir o direito da política. Direito e política são coisas diferentes. Enquanto na política se enfatizam a soberania popular e a democracia, no direito, vigoram o respeito aos direitos fundamentais e a supremacia da lei. A política é o universo da vontade da maioria e o direito, o domínio da razão pública.⁶⁷

⁶⁶ CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15-16.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

Não obstante o direito e a política pertencerem a universos distintos, não há que se negar a existência de uma relação sinérgica entre ambos.

O ideal seria um direito totalmente autônomo; porém, o que temos é uma autonomia relativa em virtude de, no direito, haver dois momentos importantes: a sua criação e a sua aplicação. No momento da criação do direito, tendo em vista o aspecto procedimental da criação das leis, não é possível apartá-lo da política, pois o direito é resultado do processo legislativo e da vontade da maioria, sendo também um produto da política e legitimando e, ao mesmo tempo, limitando a atuação do poder político⁶⁸.

No momento da aplicação do direito, para que o fundamento da legitimidade democrática subsista, é necessário que o direito e a política caminhem separados. Tal separação pode ser concretizada pela independência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, a ponto de a política não influenciar no processo interpretativo e na aplicação do direito, assegurando-lhe autonomia financeira e administrativa, bem como garantias funcionais aos seus membros (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos).

Dessa forma, quando da aplicação do direito, objetiva-se resguardar a atuação do Judiciário de ingerências políticas, para o que contribuem a previsão de sua independência em relação aos demais poderes e a vinculação dos juízes ao direito posto, aos valores e às categorias da dogmática jurídica, na medida em que não criam o direito, mas apenas conduzem suas decisões à norma posta⁶⁹.

Geralmente não há grandes questionamentos sobre a atuação do Poder Judiciário em uma relação entre particulares, diferentemente do que ocorre quando a ação do Judiciário se dá em uma relação na qual, em um dos polos, se encontra o Estado. Nessa seara, é comum surgirem questionamentos

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

sobre uma possível prevalência da vontade do Judiciário sobre a vontade política de outro Poder.

A interação vivida entre o Judiciário e a política reside no ponto em que a produção das decisões jurídicas interfere na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Essa atuação do Poder Judiciário é justificável na medida em que a legislação não abarca a complexidade de situações a ele submetidas, necessitando, assim, em virtude da obsolescência da norma em relação a algumas situações, de que o intérprete da lei, ou seja, o juiz, se valha de outras formas de interpretação a fim de que a demanda não fique sem solução, inclusive tomando decisões sobre aspectos não previstos constitucionalmente, mas que existem no plano real⁷⁰.

Essa interpretação subjetiva da qual o magistrado tem que se valer para criar uma solução para uma determinada demanda não prevista no ordenamento jurídico é imposta ao magistrado. Trata-se de uma atuação política em razão do qual o juiz não se limita apenas à aplicação de uma norma jurídica já existente. Ocorre uma criação, em tese, de norma jurídica que irá reger aquela situação específica, o que não significa dizer que o julgamento será baseado em vontades absolutas e discricionárias.

É por conta dessa relação que não se pode conceber um direito totalmente autônomo, uma vez que, em sua interpretação e sua aplicação, o magistrado não pode deixar de solucionar a demanda por falta de previsão legal. A ele caberá o julgamento de acordo com as fontes e os princípios de interpretação das normas jurídicas.

Essa atuação do Poder Judiciário frente às demandas a ele apresentadas tem contribuído bastante para a ascensão do que se popularizou como judicialização, que nada mais é do que a transferência de poder político das instâncias políticas de poder tradicionais para o Judiciário.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

Isso quer dizer que o Poder Judiciário tem se manifestado, decidindo em instância final, questões relacionadas a aspectos econômicos, sociais e morais de grande alcance⁷¹.

Esse fenômeno, que tem se verificado como muito recorrente no Brasil e sobretudo no mundo, originou-se a partir da Segunda Guerra Mundial, quando se descobriu que um Poder Judiciário independente e forte era essencial para a preservação e a promoção da democracia e dos direitos fundamentais. Verificou-se também uma crescente desilusão com a política majoritária, considerando que o Poder Legislativo não seria, muitas vezes, capaz de produzir consensos e normatização a respeito de temas controversos no âmbito da sociedade, em virtude de sua incapacidade ou mesmo em razão dos ônus políticos de dadas decisões.

Na omissão do Poder Legislativo, cabe ao Judiciário sanar esses problemas, considerando que o magistrado não pode alegar lacuna no ordenamento jurídico, se eximindo de apreciar a demanda e exarar decisão, devendo proferir decisão mesmo na falta de previsão legal.⁷²

Conquanto seja um fenômeno que esteja ocorrendo mundialmente, existem algumas circunstâncias que potencializam esse fenômeno no Brasil: o primeiro deles diz respeito ao fato de a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) ser analítica e tratar de vários aspectos, o que favorece a constitucionalização de várias matérias. Constitucionalizar uma matéria nada mais é do que retirá-la da política e inseri-la no direito, tornando-a uma norma constitucional que servirá de base para pretensões judiciais. Em outras palavras, constitucionalizar é judicializar.

Outro ponto a ser destacado são as influências do sistema de constitucionalidade europeu sobre o sistema brasileiro, fazendo com que todos os juízes possam interpretar e aplicar a Constituição e que todas as matérias

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

possam ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Ademais, a redação do artigo 103 da Constituição Federal estabelece um rol de legitimados ativos para a propositura de ações de controle concentrado. Como se vê, esse sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, especialmente por transportar para o juízo do STF o debate de qualquer tema da sociedade, acaba cooperando para o crescimento da judicialização.

Pode-se perceber que a alta judicialização presente no Brasil é decorrente do arcabouço institucional que alia a abrangência constitucional à possibilidade de realização de controle de constitucionalidade por todos os juízes (controle difuso), permitindo ainda que caibam ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado).

O ativismo judicial pode ser entendido de maneira diversa. O ativismo não é um fato, é uma atitude que leva a uma interpretação proativa e expansiva da Constituição em situações que não foram expressamente contempladas, seja pelo constituinte, seja pelo legislador ordinário.⁷³

O ativismo judicial pode ocorrer em algumas hipóteses. Uma delas ocorre quando não existe previsão legal e o magistrado dá a sua interpretação disciplinando uma situação. Outra sucede quando uma norma é declarada inconstitucional sem preencher os requisitos para tanto. Igualmente, há ativismo quando da interferência direta do Poder Judiciário nas políticas públicas, interferindo no planejamento e na execução de tais políticas pelos demais poderes.

Embora ativismo judicial e judicialização sejam coisas distintas, o ativismo depende da ocorrência da judicialização, ou seja, para que haja a manifestação de uma atuação mais proativa, é necessário que uma demanda tenha sido apreciada pelo Poder Judiciário, porém o inverso não necessariamente tem que ocorrer.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

O ativismo judicial tem duas faces: uma positiva e outra negativa. O lado positivo do ativismo se reflete na medida em que ele atende às demandas a ele apresentadas que não foram resolvidas a tempo, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Legislativo.

A face negativa se traduz quando é visível que a atuação do Poder Judiciário se dá em decorrência da incapacidade do Poder Legislativo em atender às demandas sociais.⁷⁴

A realidade ideal não é a de crescente e ilimitada atuação do Poder Judiciário, mas sim a de que o Poder Legislativo consiga produzir consensos e se ater ao atendimento das demandas sociais quando da sua atividade legiferante.

Em suma, ativismo judicial é um conceito técnico que traduz a ideia de uma atuação mais expansiva do Poder Judiciário mormente em situações para as quais não tenha havido a atuação do Poder Legislativo.⁷⁵

Para Oscar Valente Cardoso⁷⁶, o surgimento do ativismo judicial se deu com a interferência do Poder Judiciário na elaboração e na execução das políticas públicas. Essa atuação mais proativa do Judiciário só foi possível com o advento da Constituição de 1988, que inseriu em seu texto um número elevado de princípios. Em sua concepção, o ativismo judicial ocorre quando o magistrado, ao proferir suas decisões, extrapola os limites constitucionais ou infraconstitucionais da prestação jurisdicional, ou seja, ocorre quando o Judiciário atua substituindo o Legislativo ou o Executivo, usurpando competências que, *a priori*, não seriam suas.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

⁷⁶ CARDOSO, Oscar Valente. *Ativismo Judicial: conceitos e preconceitos*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 129, p. 77-82, dez. 2013

Karina Denari e Gelson Amaro⁷⁷ entendem que, como os limites entre a política e a justiça no mundo contemporâneo têm se estreitado, é normal haver uma série de questionamentos acerca da atuação política dos órgãos jurisdicionais.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os demais Tribunais têm decidido questões relativas a políticas públicas e isso tem causado uma certa polêmica em torno da atuação do Judiciário.

O dilema que paira sobre esse assunto está em saber qual seria a medida ideal de interferência do Judiciário, de forma que o juiz não se torne inerte e, ao mesmo tempo, não extrapole os limites de suas competências.

Embora essa atuação mais proativa do Judiciário traga benefícios na medida em que atende às demandas sociais, é necessário nos acautelar acerca do demasiado aumento dos poderes dos magistrados, pois isso pode culminar em grandes riscos à legitimidade democrática.

É nessa seara que incide a discussão sobre os limites da prestação jurisdicional na implementação de políticas públicas, considerando o fato de que o Judiciário não pode se eximir de apreciar as demandas crescentemente a ele submetidas. O Judiciário, muitas vezes, ao apreciar essas demandas, acaba por extrapolar as suas funções, acarretando em um desequilíbrio no sistema ao proporcionar benefícios aos que se utilizam da via judicial para ter o seu direito individual obtido em detrimento daqueles que esperam a concretização de seus direitos sem demandar judicialmente.

No entendimento de Sodré,⁷⁸ com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao Poder Judiciário foi atribuída a competência de, por intermédio de um arcabouço de instrumentos institucionais, fiscalizar os

⁷⁷ MATTOS, Karina Denari Gomes de; SOUZA, Gelson Amaro de. *Ativismo Judicial e Direito à Saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de medicamentos*. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/984/1096>> Acesso em 11 mai. 2016

⁷⁸ SODRÉ, Habacuque Wellington. *A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesse: a análise dessa relação a partir do estudo de caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 4, n. 16, out./dez. 2010. p. 95-99

demais poderes em sua atuação. Essa fiscalização é realizada quando o Judiciário decide sobre a adequação de leis, de atos normativos e de governo, inclusive no tocante às políticas públicas ao texto constitucional.

Esse fenômeno é entendido como judicialização da política. Essa judicialização, que desaguou no ativismo do Poder Judiciário, é considerada como sendo uma ocorrência institucional, pois órgãos do Judiciário estão decidindo questões de cunho político que não eram a ele submetidas anteriormente. Essa conduta acarretou um aumento de seu poder decisório, levando ao entendimento de que a judicialização da política é *“um conjunto de mudanças institucionais, tendentes a atribuir competência ao Judiciário para analisar questões políticas...⁷⁹”*.

Diferentemente, o ativismo judicial é entendido como sendo uma postura dos órgãos do Judiciário ao decidirem as demandas sob sua apreciação sem considerar os padrões jurídicos já estabelecidos, utilizando-se de discricionariedade e subjetividade ao proferir suas decisões. É uma forma de conformação da política ao que o Judiciário entende como direito.

Para arrematar o conceito de ativismo judicial, colhe-se o entendimento de Elival da Silva Ramos⁸⁰:

“por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.”

Essa postura mais proativa do judiciário, acaba por desorganizar o planejamento elaborado pelos Poderes Executivo e Legislativo, podendo levar ao comprometimento da implementação das políticas públicas já traçadas.

⁷⁹ SODRÉ, Habacuque Wellington. *A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesse: a análise dessa relação a partir do estudo de caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 4, n. 16, out./dez. 2010. p. 95-99

⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131

2.3. Mínimo Existencial e Reserva do Possível

2.3.1. Mínimo Existencial

Embora o princípio do mínimo existencial não esteja previsto de forma expressa pela Constituição, a doutrina o interpreta como uma prerrogativa do cidadão de que o Estado lhe garanta o mínimo necessário para que leve uma vida digna. Dentre essas garantias, podem ser listadas o direito à saúde, à educação, à moradia, ao lazer etc.

Impende destacar que a significação de uma existência digna vai muito além do necessário para a sobrevivência do ser humano em um grau mínimo. Tal dignidade abarca todos os fatores considerados indispensáveis para um vida pautada nos direitos fundamentais constitucionalmente instituídos.⁸¹

Para Ruth Costa⁸², “o mínimo existencial se relaciona de forma umbilical com o núcleo essencial ou básico dos direitos sociais e com a dignidade da pessoa humana, com vista ao alcance da justiça social e, de conseguinte, da justiça material.”

A autora diz ainda que o cumprimento do mínimo existencial tem como objetivo promover o bem-estar da coletividade, dependendo da atuação do Estado na implementação e efetivação dos direitos sociais, exigindo também um planejamento primoroso tendo em vista a escassez dos recursos de ordem pública.

Levando em consideração o reconhecimento do indivíduo, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como sujeito de direitos sociais, o Estado deve garantir esses direitos por intermédio da facilitação do acesso a condições que garantam o mínimo existencial. Como essas condições não são disponibilizadas

⁸¹ COSTA, Ivana Ganem. *Aplicação dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial no Fornecimento de Medicamentos*. Disponível em <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2)>. Acesso em 12 mai. 2016

⁸² COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A Efetividade do Mínimo Existencial como Função Essencial do Estado*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_707.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016. p. 3811

espontaneamente pelo Estado, o cidadão acaba por ter que se valer da via judicial para que o seu direito seja efetivado.

A concretização do mínimo existencial está intrinsecamente relacionada com o princípio da dignidade humana, proporcionando aos indivíduos uma vida com condições acima do mínimo necessário à sobrevivência, de maneira que possa viver de forma satisfatória e prover a sua subsistência.⁸³

A existência de um Estado Democrático de Direito apenas se justifica na medida em que as suas ações são dirigidas objetivando o interesse público, de forma que o Estado possa garantir e implementar o mínimo existencial condizente com uma vida digna.⁸⁴

Para Sarlet e Figueiredo⁸⁵, o mínimo existencial constitui um conjunto de prestações materiais que são consideradas indispensáveis para assegurar uma vida digna para a pessoa humana, entendido como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, protegido contra intervenções do Estado ou da sociedade.

Como já dito anteriormente, não há uma conceituação prevista no ordenamento jurídico brasileiro acerca do mínimo existencial e tampouco a doutrina se mostra unânime ao tratar do assunto. Não obstante a ausência de unanimidade, há pontos correlatos nas definições tratadas pelos doutrinadores, que se resumem na prestação por parte do Estado de condições mínimas que garantam a sobrevivência e a vida de acordo com os princípios da dignidade humana.

⁸³ COSTA, Ivana Ganem. *Aplicação dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial no Fornecimento de Medicamentos*. Disponível em <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2)>. Acesso em 12 mai. 2016

⁸⁴ COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A Efetividade do Mínimo Existencial como Função Essencial do Estado*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_707.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016. p. 3817

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25

O conjunto dessas prestações materiais constam no texto constitucional, incumbindo ao Estado a garantia, a proteção, a implementação e a efetivação de meios a fim de concretizar esses direitos no âmbito da sociedade.

Ao analisar a parte do texto constitucional que versa acerca dos direitos fundamentais sociais, é possível perceber que tais direitos objetivam proporcionar uma dignidade de vida para os jurisdicionados, motivo pelo qual a relação do princípio da dignidade humana justifica a caracterização dos direitos sociais como sendo fundamentais.⁸⁶

2.3.2. Reserva do Possível

Concebida na Alemanha, a teoria da “reserva do possível” passou a ser difundida a partir de 1970, com a ideia de que os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, dependeriam da existência de disponibilidade financeira dos cofres públicos, tendo em vista que a implementação de tais direitos demanda, muitas vezes, um alto custo, de forma que, sendo insuficiente os recursos disponíveis, a sua efetivação ficaria prejudicada.⁸⁷

Essa teoria de origem alemã é resultado de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, que, em certo caso, decidiu que os direitos fundamentais que decorrem de uma prestação estatal deveriam estar submetidos aos recursos financeiros disponíveis do Estado.

A partir de então, começou-se a desenvolver a ideia da reserva do possível, na qual o Poder Judiciário, ao impor ao Estado a efetivação dos

⁸⁶ MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. *O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais*. Disponível em < www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>. Acesso em 11 mai. 2016.

⁸⁷ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (coord). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.232.

direitos fundamentais sociais pleiteadas em uma demanda judicial, deveria observar a disponibilidade orçamentária para tal implementação.⁸⁸

Sabe-se que um dos argumentos utilizados para justificar a inércia jurisdicional no tocante à fiscalização das políticas públicas é a escassez dos recursos públicos. Essa insuficiência de recursos é um óbice à efetivação da prestação jurisdicional.

É de amplo conhecimento que a concretização dos direitos sociais necessita de grandes investimentos, de maneira que a atuação do Poder Judiciário, ao fazer com que o Estado cumpra uma decisão judicial, cause um desequilíbrio nas contas estatais, podendo chegar a causar um colapso financeiro com a conseqüente inviabilização do funcionamento da máquina pública.

Com o intuito de evitar a desestabilização das finanças estatais, procura-se condicionar a execução dos direitos sociais à disponibilidade orçamentária, sob o argumento da teoria da “reserva do possível”.⁸⁹

Em razão dessa insuficiência de recursos, as decisões que objetivam concretizar um direito fundamental podem acabar por utilizar recursos destinados a concretização de outros direitos, devendo o Poder Judiciário, quando do julgamento de demandas que ensejam a utilização de recursos, analisar se tal decisão não estará privando a concretização e efetivação de outros direitos, também fundamentais.

O desejável seria que houvesse recursos para a concretização de todos os direitos fundamentais que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, mas a realidade é totalmente oposta. É nessa celeuma que o Poder Público invoca o argumento da “reserva do possível”.⁹⁰

⁸⁸ MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 318-322

⁸⁹ CANELA, Osvaldo Junior. O orçamento e a “reserva do possível: ”dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (coord). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 224

⁹⁰ MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 318

Na concepção de René Zamlutti Júnior, o Supremo Tribunal Federal tem procurado efetivar ao máximo a implementação dos direitos fundamentais sociais, ainda que a análise, feita superficialmente, da efetivação desse direito individual ocasione prejuízos à sociedade como um todo, considerando a afetação de recursos destinados ao coletivo para atendimento de uma demanda individual. O autor defende a ideia de que há uma contraposição entre o direito de um e o direito de todos, pelo fato de as decisões judiciais não analisarem o custo da concessão de um direito individual ao retirar do orçamento destinado a suprir necessidades coletivas para satisfazer a necessidade individual.⁹¹

Em suma, o princípio da reserva do possível pode ser sintetizado como a ideia de que, para cada prestação positiva do Estado voltada à efetivação dos direitos fundamentais sociais, é necessário haver o recurso disponível para concretização de tais direitos.

Dessa forma, o Poder Judiciário deve se utilizar de parâmetros de razoabilidade do momento em que proferir suas decisões, levando sempre em conta a existência de recursos e o direito pleiteado.

⁹¹ ZAMLUTTI, René Junior. *Ativismo Judicial, reserva do possível e o direito à saúde*. Revista de Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v.5, n 17, jan./dez. 2011. p. 281-283

3. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

3.1. Aportes da Análise Econômica do Direito

Antes de tratar dos limites do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, é fundamental trazer algumas reflexões sobre a Análise Econômica do Direito, pois há necessidade de conectá-la às reflexões sobre o tema principal deste estudo.

3.1.1. Contornos conceituais

Nas lições de Gico Jr., o direito pode ser compreendido como “uma arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências”.⁹² Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito (AED) objetiva ampliar o entendimento e a extensão do direito por intermédio das ferramentas disponibilizadas pelas ciências econômicas, com o intuito de aperfeiçoar a aplicação e as consequências resultantes das normas jurídicas.

A AED é uma ferramenta útil ao direito ao disponibilizar instrumentos teóricos que auxiliam a compreensão dos fatos sociais, mormente em relação às reações dos agentes sociais quando da interferência em suas estruturas de incentivos, tendo em vista que não se encontra, no direito, uma teoria que verse acerca do comportamento humano.⁹³ A propósito, anota Fernando Meneguim⁹⁴:

“O Direito, assim como a Economia, foi construído sobre essa premissa de que as pessoas reagem a incentivos. Por exemplo, as sanções

⁹² GICO Jr., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas. p. 1.

⁹³ GICO Jr., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas. p. 1-2.

⁹⁴ MENEGUIM, Fernando B. *As indenizações por danos morais nas relações de consumo sob a ótica da análise econômica do direito*. In: *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n. 61, jul./dez. 2012, pp. 255-285.

funcionam como preços. Se o preço for alto, o consumo do bem será menor. Se o preço for baixo, haverá maior consumo do bem ou serviço. Assim, na presença de sanções mais pesadas, os cidadãos vão tentar praticar menos as atividades sancionadas. Eles serão mais criteriosos.”

O movimento da AED surgiu nos Estados Unidos, nas Universidades de Chicago e Yale e foi se expandindo pelos demais países.⁹⁵ Em termos de nomenclatura, o movimento da AED é também conhecido com nome de *Law and Economics* ou como “Direito e Economia”.

Os principais autores que geraram a AED foram Ronald Coase por meio das suas obras *The Nature of Firm*, de 1937, e *The Problem of Social Cost*, de 1960. Outro autor que é colocado entre os pais da AED é o professor da Universidade de Yale, Guido Calabresi, que, entre outras obras, publicou, em 1961, o texto *Thoughts on risk distribution and the Law of torts* e, em 1970, a obra *The Cost of Accidents*.

Além desses dois autores, destaca-se também Richard Posner como um dos pais da AED, com destaque para a publicação, em 1972, da sua obra *Economic Analysis of Law*⁹⁶.

A ideia da economia logo remete o nosso pensamento ao dinheiro, à inflação, ao mercado financeiro, à taxa de juros. Mas é bem verdade que o termo “economia” abarca uma série de outros significados, principalmente relacionados à conduta humana diante de certas situações em que é imposta uma escolha. Essas condutas que envolvem escolhas e requerem decisões são passíveis de uma análise que envolve o método econômico, em que a decisão tomada trará um maior benefício ao agente. Os instrumentos da economia não são úteis apenas a questões financeiras, mas a qualquer outra questão que envolva escolhas diante de recursos escassos⁹⁷.

Caracterizando a economia como um método de investigação, Lionel Robbins, citado por Gico Jr., define a economia como “a ciência que

⁹⁵SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia”*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 193-201.

⁹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 17-18.

⁹⁷ GICO Jr., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas. p. 12-14.

estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos⁹⁸. Sob esse ponto de vista, a economia, como um método de pesquisa sobre o comportamento humano, é utilizada para compreender as decisões em âmbito individual ou coletivo que trate de recursos escassos.

Dessa forma, a ciência econômica não limita o seu objeto de estudo apenas às questões econômicas, mas o amplia de forma a abarcar a investigação do comportamento humano. Na percepção de Gico Jr.,

“a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.”⁹⁹

A juseconomia, conforme leciona Gico Jr., pode ser utilizada de forma a auxiliar a concreção de direitos fundamentais, uma vez que requerem decisões em ambientes de recursos escassos.

A preocupação básica dos juseconomistas gravita em torno de duas questões: a) quais são as consequências de um dado arcabouço ?; b) que regra jurídica deveria ser adotada? A primeira questão refere-se à AED positiva (o que é) e a segunda, à AED normativa (o que deve ser).

A AED tem como ponto de partida a escassez dos recursos, pois se eles não fossem escassos, não haveria a necessidade de se preocupar com sua distribuição. É a escassez a mola propulsora que subsidia a tomada de decisões pelos indivíduos.

Todas as escolhas possuem um custo de oportunidade. Em outras palavras, ao fazer qualquer escolha, necessariamente o agente estará abrindo mão de algo, ainda que seja apenas de tempo. Nesse ponto, a lição de Bruno Salama:

⁹⁸ GICO Jr., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas. p. 13.

⁹⁹ GICO Jr., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, pp 14.

“A noção de escassez traz uma serie de implicações para o estudioso, o profissional e o pesquisador em Direito. Uma delas – talvez a mais dramática – diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos. Ou seja, os direitos são custosos, ou não tem sentido prático. Para ficarmos com os exemplos mais evidentes: o direito à saúde só tem sentido prático na medida em que a sociedade, através dos entes privados ou do Estado possam dispor dos recursos necessários para prover hospitais, alimentação, higiene etc., o direito à propriedade privada só tem sentido prático se o estado for capaz de garanti-la e assim por diante.”¹⁰⁰

Em uma sociedade em que, ao mesmo tempo, direitos têm um custo e os recursos são escassos, há que se adotar uma forma de amplificar a concretização dos direitos, em especial o direito à saúde, a fim de atender a um maior número de titulares.

3.1.2. AED positiva e normativa

A Análise Econômica do Direito entende como útil e válida a distinção entre o que é (positivo) e o que dever ser (normativo). Enquanto o aspecto positivo está ligado a um critério de verdade, o normativo liga-se a um critério valorativo. Nas palavras de Ivo Gico Jr.,

“Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.”¹⁰¹

Dessa forma, enquanto a AED positiva tem seu foco nas repercussões do Direito sobre o mundo fático, a AED normativa preocupa-se com a comunicação entre as noções de justiça e os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e de bem-estar¹⁰².

¹⁰⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. In: Caderno Direito FGV, volume 22, março de 2008, p. 16.

¹⁰¹ GICO Jr., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 18.

¹⁰² SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia”*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 51-52.

3.1.3. Aportes da AED diante de questões envolvendo a vida

Embora a Análise Econômica do Direito se preocupe com aspectos relacionados à coordenação, à estabilidade e à eficiência dentro da sociedade, em um primeiro momento, parece que o Direito e a Economia seguem diferentes caminhos, uma vez que suas metodologias divergem consideravelmente. Essas diferenças tornam a comunicação entre juristas e economistas um tanto tensa.

Porém, a partir das obras de Ronald Coase e de Guido Calabresi, o diálogo entre economistas e juristas tem encontrado espaço para sua ampliação, culminando em uma disciplina oriunda da confluência das tradições econômicas e jurídicas: a Análise Econômica do Direito (AED).

Por mais que muitos pensem que a disciplina de AED ofereça respostas prontas e definitivas aos dilemas normativos, essa ideia deve ser e pronto descartada, bem como a concepção de que ela se limita a discutir a eficiência e seu papel na determinação das normas jurídicas. Seu objetivo principal reside no oferecimento de instrumentos capazes de apontar as prováveis consequências das possíveis escolhas normativas.

A disciplina de Análise Econômica do Direito pode ser entendida como “um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”¹⁰³.

Dentro da relação existente entre justiça e eficiência, há que se enxergar no Direito uma forma de regulação de atividades, e, conseqüentemente, de concretização de políticas públicas.

Como aponta Salama¹⁰⁴, Guido Calabresi, em seu clássico “O Custo dos Acidentes”, entende ser possível encontrar vários pontos que demonstram a discussão, sob a ótica regulatória, entre eficiência e justiça.

¹⁰³ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51.

¹⁰⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. In: **Caderno Direito GV**, volume 22, março de 2008, p. 35.

No tocante à discussão em torno dos custos de preservação de vidas humanas, Calabresi observa a relatividade do comprometimento com a preservação da vida a qualquer custo. Ele exemplifica essa situação com a construção do túnel sob o *Mont Blanc*, que diminuiria o tempo de viagem entre Roma e Paris, mas causaria a morte de aproximadamente uma pessoa por quilômetro. Outro exemplo dado é a contratação de policiais para garantir a segurança à sociedade. Está implícita a ideia de que alguns policiais sacrificarão suas vidas em prol da paz social, evitando um número maior de mortes. De fato, como anota Salama, “a noção de que não estamos – nem deveríamos estar – dispostos a preservar vidas a qualquer custo é tão perturbadora quanto realista.”¹⁰⁵

Em torno dessa discussão, surge a indagação: Será que tudo o que é eficiente é justo? Para Calabresi, a resposta é não. Em sua visão, aquilo que é eficiente pode ser injusto.

O foco da questão não é se a eficiência pode ser igualada à justiça, mas como a discussão de prós e contras, custos e benefícios podem beneficiar à construção da justiça. As concepções de justiça tornam-se incompletas quando desprezam as consequências reais e prováveis de suas articulações práticas.

Ao lidar com questões sensíveis, como as que envolvem o direito à saúde, o jurista também tem de atentar para a viabilidade material de suas opções e, por vezes, terá de, para se servir do título de um outro livro de Guido Calabresi, adotar “Trágicas Escolhas”. Nesse sentido, Guido Calabresi afirma:

“Nós não podemos saber o porquê do sofrimento do mundo. Mas podemos saber como o mundo decide qual sofrimento deverá vir a certas pessoas, e não a outras. Enquanto o mundo permite que sofredores sejam escolhidos, algo além da sua agonia se ganha, algo mesmo além da satisfação das necessidades e dos desejos do mundo.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. In: **Caderno Direito GV**, volume 22, março de 2008, p. 35.

¹⁰⁶ Tradução livre deste excerto em inglês: “We cannot know why the world suffers. But we can how the world decides that suffering shall come to persons and not to others. While the world

Realmente, em formulação de políticas na área de saúde, é relevante saber as consequências que as soluções jurídicas atuais têm gerado (AED positiva) e as consequências que advirão de futuras políticas públicas a serem adotadas (AED normativa). E, para tanto, a AED pode ser uma ferramenta de análise muito útil.

3.2. Limites à judicialização do direito à saúde: em busca de diretrizes

Como dito no decorrer do presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como sendo um dever do Estado e um direito de todos. Dessa forma, cabe ao Poder Público garantir mecanismos que possibilitem ao cidadão usufruir os serviços de saúde oferecidos pelo Serviço Único de Saúde (SUS). Entre esses mecanismos garantistas, consta a implementação de políticas públicas a fim de atender ao que dispõe o texto constitucional.

Contrapondo-se ao dever do Estado de garantir a prestação dos serviços de saúde a todas as pessoas, há que se pensar na escassez de recursos para que tais direitos sejam efetivados, ou seja, embora exista a demanda para satisfação de um direito, os recursos para tanto são limitados e finitos.

Considerando o binômio necessidade-escassez, uma vez que, ao lado da crescente demanda por serviços de saúde (necessidade), os recursos destinados à saúde são insuficientes para atender à totalidade da demanda (escassez), muitas pessoas têm recorrido ao Poder Judiciário para que o seu direito à saúde seja efetivado, conforme dispõe o texto constitucional.

Dessa forma, o Judiciário tem se imiscuído em questões pertinentes aos Poderes Executivo e Legislativo, especificamente na implementação de políticas públicas e na destinação orçamentária. Afinal de

permits sufferers to be chosen, something beyond their agony is earned, something even beyond the satisfaction of the world's needs and desires" (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 17).

contas, o Poder Judiciário não pode deixar de decidir as demandas a ele submetidas. Nesse contexto, os magistrados, ao se depararem com relações jurídicas entre particulares e o Estado envolvendo o tema da efetivação do direito à saúde, têm, na maioria dos casos, decidido em favor do particular a fim de garantir o disposto na Carta Magna, ou seja, prolata uma decisão obrigando o Estado a fornecer ou prestar determinado produto ou serviço àquele que acionou a justiça para ver o seu direito satisfeito. E, para tanto, o Judiciário pode até determinar, inclusive, o sequestro de verbas públicas do orçamento do ente público, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ilustrado neste julgado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.¹⁰⁷

Essa moeda tem duas faces. De um lado, há um Estado falho no tocante à implementação de políticas públicas, mormente no que diz respeito à saúde, devido à insuficiência econômica. De outro, há um juiz responsável por aplicar a lei e decidir conforme orienta o ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo em que o Estado não pode alegar a reserva do possível em virtude da escassez de recursos como forma de fugir ao seu dever de garantir o mínimo existencial para os indivíduos, convém salientar que, na medida em que o Estado, por intermédio de uma decisão judicial, é obrigado a atender uma demanda

¹⁰⁷ REsp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NAPOLE%C3O+NUNES+MAIA+FILHO%22%29.MIN.&processo=1069810&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

individual, necessariamente, é feita uma escolha, ainda que não voluntária, de atender alguém em detrimento de uma coletividade.

O fato é que a escassez e a insuficiência dos recursos não permitem que o direito à saúde seja estendido a todos os que dele necessitam, de forma que as ações judiciais beneficiam uma minoria em desfavor de uma maioria que não se utiliza da via judicial e muitas vezes acaba por perecer sem ver seu direito à saúde efetivado.

Quando se fala em escassez de recursos no tocante à saúde, essa escassez pode ser relativa ou absoluta. Entende-se como relativa a escassez que indica que as receitas obtidas pelo Estado devem ser distribuídas entre outras áreas, além da saúde, ou seja, o que se investe em saúde está relacionado com o que se investe em educação, segurança pública, moradia etc. Embora haja um limite mínimo para a destinação dos recursos à saúde, o que ultrapassar esse limite estará competindo com as outras áreas. Por escassez absoluta, compreende-se o fato de que os recursos disponíveis para a saúde serão sempre inferiores à demanda existente.

Diante da situação imposta em decorrência das grandezas inversamente proporcionais (recursos e demanda por saúde), é necessário que se adotem critérios para que a alocação de recursos seja realizada de forma eficiente e, na medida do possível, justa. Para que isso aconteça, é imprescindível que seja definido quanto se vai investir na área da saúde em relação às outras áreas existentes. Após decidir quanto será gasto com saúde, dentro desses recursos específicos, a decisão a ser tomada relaciona-se com a maneira como esses recursos serão alocados a fim de atender às necessidades de saúde da população. A primeira decisão confere uma posição de preponderância da saúde – por ser um direito intrinsecamente ligado à vida – sobre outros setores, como a educação, a cultura, o lazer etc. Já a segunda

decisão, exige que, dentro das diversas necessidades existentes no âmbito da saúde, sejam definidas quais são as prioridades¹⁰⁸.

É exatamente nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito se afigura como um instrumento balizador para que as escolhas realizadas possam contribuir para um equacionamento das decisões tomadas pelo Estado. A ideia é diminuir os prejuízos sofridos por ambas as partes quando se realizam escolhas consideradas trágicas.

A intervenção do Poder Judiciário, por meio da decisão de um magistrado que concede a um particular a concreção de um direito pleiteado no âmbito da saúde, acaba por obstar outras medidas estatais destinadas à coletividade, tendo em vista a escassez dos recursos para atender a todas as demandas.

O Judiciário, ao mesmo tempo em que não deve deixar de tutelar os direitos fundamentais por intermédio de sua atuação, também não pode, a pretexto de efetivar os interesses de alguns, lesionar os direitos de mesma natureza de outros.

Em um primeiro momento, supõe-se que há uma colisão de valores em que está o direito à vida e à saúde em contraposição à Separação dos Poderes, à reserva do possível e aos princípios orçamentários. Na verdade, o cerne dessa questão é muito mais profundo, gravitando em torno do direito à vida e à saúde de uns em contraste com o direito à vida e à saúde de outros.

O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reporta-se a um Estado Democrático de Direito. Tal concepção está intimamente ligada aos conceitos de constitucionalismo e democracia. O primeiro conceito relaciona-se à limitação do poder e à supremacia da lei, enquanto o segundo, à soberania popular e ao governo da maioria. Embora esses dois conceitos estejam arraigados na ideia de Estado Democrático de

¹⁰⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*. Dados, Rio de Janeiro, v. 52, n.1, Mar. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007. Acesso em 19 ago. 2016.

Direito, pode ocorrer pontos de atrito entre eles, mormente quando a vontade da maioria é contrastada com determinadas imposições constitucionais.

O Estado de Direito tem como cerne a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos fundamentais, sendo aquela o centro de irradiação destes.

No rol dos direitos fundamentais constam direitos relacionados à igualdade, à liberdade, ao mínimo existencial, sendo atribuição conjunta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a realização de tais direitos.

Conforme a redação dada à Constituição pelo constituinte originário, o parágrafo único do artigo 1º diz que todo poder emana do povo, ideia essa ligada à soberania popular, que, por sua vez, expressa o princípio democrático. Considerando que os integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo são escolhidos pela maioria, enquanto os do Poder Judiciário – salvo os das Cortes Superiores – são recrutados por critérios técnicos, o poder político está nas mãos daqueles que foram escolhidos pela maioria, cabendo a eles a elaboração de leis, formulação e implementação de políticas públicas e a devida alocação dos recursos públicos, a fim de atender às demandas da sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito, em que o constitucionalismo vincula-se ao respeito aos direitos fundamentais e a democracia à soberania popular e ao governo da maioria, pode ocorrer conflitos em que a maioria política inviabiliza a concreção de direitos fundamentais, cabendo, nestes casos, a intervenção do Poder Judiciário.

A ação judicial é um meio pelo qual os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição podem ser exigidos. Nesse caso, pode ocorrer uma ponderação prévia entre um e outros direitos fundamentais. Dessa forma, a intervenção do Judiciário será necessária na medida em que verificar a existência de descumprimento de um direito fundamental, mormente no tocante à violação do mínimo existencial de qualquer pessoa.

O objetivo principal das políticas públicas consiste em minimizar as desigualdades econômicas e sociais. Ocorre que, na medida em que o Poder Judiciário assume o papel principal na implementação das políticas públicas,

acaba por conceder privilégios àqueles que possuem um melhor acesso à justiça, seja por possuírem maior conhecimento acerca de seus direitos ou até mesmo uma melhor condição de arcar com os ônus financeiros do processo judicial. Diante disso, há uma maior probabilidade de que o Judiciário acabe por beneficiar quem possui os meios para ingresso em juízo em detrimento daqueles desprovidos de conhecimento e condições para tanto. A intervenção judicial poderá, nesse contexto, prestigiar a classe média em detrimento das classes menos afortunadas, pois parte dos recursos orçamentários que beneficiaria estas últimas acabaria sendo utilizado para o cumprimento de ordens judiciais favoráveis à classe média.

É necessário considerar que o Poder Judiciário, apesar de fundamentar suas decisões em laudos médicos, não detém competência suficiente para avaliar quais ações na área da saúde são realmente eficazes para promoção da saúde e da vida.

As decisões judiciais, ao implementarem o direito individual à saúde, acabam por desorganizar o orçamento e desconsiderar as políticas públicas previamente definidas pelo Poder Judiciário, comprometendo ainda mais sua efetivação.¹⁰⁹

A participação do Judiciário, na tentativa de efetivar os direitos sociais, acaba se tornando inadequada, considerando que são ignorados estudos e análises realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, ocasionando um grande prejuízo experimentado entre a sociedade.¹¹⁰

Como todo direito social tem um custo, os embates acerca da judicialização da saúde causam um impacto direto no orçamento público, considerando que os recursos para cumprimento das decisões judiciais oriundas

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf. Acesso em 28 ago. 2016

¹¹⁰ PIRES, Luis Tadeu Nascimento. *Judicialização da saúde no Brasil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito*. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/164166/TCC%20ABNT.pdf?sequenc e=1&isAllowed=y>. Acesso em 28 ago. 2016

de demandas individuais originam-se de tal orçamento. Essa atitude causa um desequilíbrio, uma vez que o recurso utilizado para atender a um indivíduo está sendo retirado de um fundo destinado à implementação de políticas públicas para a coletividade.

Diante de tudo o que foi exposto no decorrer do presente capítulo, pode-se perceber que o Judiciário, ao conceder um medicamento, um leito de UTI, a realização de um exame em uma demanda particular, acaba por ocasionar um desequilíbrio no planejamento orçamentário elaborado pelos poderes competentes. Em outras palavras, o que, em um primeiro momento, parece ser a concreção de um direito fundamental constitucional tem como consequência um prejuízo na efetivação das políticas destinadas à efetivação do que dispõe o artigo 196 da Constituição: o que é para ser o direito de todos, acaba por ser o direito de uns poucos.

Embora não se possa criticar totalmente a postura adotada pelo Poder Judiciário diante das demandas pelos serviços relacionados à saúde, uma vez que cabe ao magistrado conceder decisão favorável, quando assim convencido, é imperioso ressaltar que, ao realizar a justiça no caso concreto, ele estará, indiretamente, deixando de auxiliar na execução das políticas públicas destinadas à coletividade.

Na maioria das vezes, as políticas públicas deixam de ser implementadas em virtude da escassez de recursos financeiros. E é devido a essa escassez que há um aumento da judicialização da saúde: a falta de recurso para a realização das políticas públicas leva milhares de pessoas a baterem à porta do Judiciário para ver o seu direito garantido. Quando da decisão favorável, o Estado fica obrigado a cumprir a decisão, sob pena de multa ou de bloqueio de verbas orçamentárias. O Estado então, faz um remanejamento de recursos para atender ao pleito individual. Percebe-se que, se, por um lado, a judicialização excessiva “garante” o direito à minoria, por outro lado, ela funciona como o combustível para um ciclo vicioso: o Estado não tem dinheiro para políticas coletivas, o particular judicializa, o Estado atende à demanda individual e continua sem recursos para implementação das políticas públicas em saúde.

Diante de todas essas ideias, podemos traçar algumas diretrizes para a intervenção do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde.

A primeira diretriz se traduz no fato de que o magistrado deve, antes de decidir um caso concreto envolvendo direito à saúde, conferir maior atenção às decisões políticas adotadas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo – que são as instâncias representativas da vontade da maioria, tendo em vista o caráter de escolha de seus membros – relativamente à alocação dos recursos orçamentários para o custeio de inúmeras políticas públicas que envolvem a efetivação de diversos direitos fundamentais, entre os quais está o direito à saúde. Nesse contexto, a análise econômica do direito é relevante porque demonstra que, em um cenário de demandas vertiginosas endereçadas ao Estado envolvendo miríades de direitos (educação, segurança, infraestrutura, saúde etc.), a escassez de recursos impõe a necessidade de serem adotadas escolhas trágicas (*tragic choices*), na expressão de Guido Calabresi. Essa constatação proveniente da AED se relaciona com a teoria da reserva do possível, que, conforme já exposto no decorrer do presente estudo, estabelece que a atuação do Estado na efetivação de direitos sociais está sujeita à disponibilidade orçamentária. E, considerando que todo poder emana do povo, a preferência na repartição dos recursos para a implementação das várias obrigações constitucionais do Estado deve ser das instâncias prioritariamente políticas, nomeadamente os Poderes Executivo e Legislativo.

A segunda diretriz, a seu turno, reporta-se ao fato de que o Poder Judiciário desempenha o papel fundamental de garantir o atendimento do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, assegurando o mínimo existencial, que, conforme já tratado anteriormente, está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, quando a alocação de recursos realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo não assegurar o mínimo existencial, o Poder Judiciário deverá se mostrar proativo e, com ousadia e com atenção à situação orçamentária do Estado, realizar a efetivação de direitos fundamentais no caso concreto.

A terceira diretriz se baseia no entendimento de que o magistrado, ao decidir o caso concreto, garantindo assim a efetivação do direito

à saúde a um particular, atente para a realidade orçamentária do Estado, de forma que o remanejamento de recursos para atender à demanda individual *sub judice* não frustre a concreção do direito à saúde e de outros direitos fundamentais (como educação) cuja implementação dependa dos mesmos recursos.

A quarta diretriz é a de que o magistrado deve recordar que o acesso à justiça ainda é limitado, mormente no que tange às pessoas menos afortunadas ou com menor grau de instrução. Isso significa que o cumprimento das ordens judiciais pelo Estado acaba por subtrair recursos que poderiam ser utilizados para o custeio do direito à saúde em prol dos mais vulneráveis, considerando que estes possuem restrições sociais no acesso à justiça. Em poucas palavras, a judicialização não pode ser tornar um prestígio da classe média sobre a menos favorecidas.

De posse dessas diretrizes, o ativismo judicial – que, conforme já abordado alhures, representa um avanço do Judiciário nas decisões políticas – encontrará um maior conforto no arcabouço constitucional, na harmonização da interação entre os Poderes e na efetivação dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, conforme foi demonstrado, atravessaram uma longa e turbulenta evolução no decorrer da história. E, nesse itinerário de conquistas e avanços, foi reconhecido o direito à saúde como integrante desse rol.

A Constituição Federal de 1988, ao trazer em seu bojo uma gama de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, que foi objeto do presente trabalho, estabeleceu que a saúde é direito de todos e dever do Estado a ser implementado por intermédio de políticas públicas que devem propiciar a sua concreção.

Nesse contexto, o presente trabalho cuidou de analisar os limites à intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde.

É que, de um lado, esse direito está ligado à necessidade de garantir o mínimo existencial, mas, por outro lado, há limitações materiais que conduziriam o Estado a se esquivar de prestar os serviços de saúde sob o argumento da reserva do possível.

A questão se torna mais tormentosa quando se recorda que, sob uma perspectiva tradicional do arranjo decorrente da Separação de Poderes, o Poder Judiciário deveria limitar-se a garantir o cumprimento das deliberações dos demais Poderes (leis, decretos etc.). Acontece que, no ambiente constitucional, o Poder Judiciário tem o dever de ir além e, efetivando os direitos fundamentais, garantir o direito à saúde mesmo no caso de falha dos demais poderes. Esse avanço do Judiciário em temas de índole política é conhecido como ativismo judicial.

O objetivo do trabalho é exatamente traçar diretrizes para que a ingerência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas em saúde não seja exasperada.

Para subsidiar suas decisões, o Poder Judiciário pode-se utilizar da Análise Econômica do Direito como uma ferramenta de subsidio na tomada de decisões que impliquem remanejamento de recursos públicos.

Quando se trata de efetivação de direitos que dependem da ação estatal, há que se falar em custos financeiros. Ocorre que, infelizmente, como a demanda pela tutela do direito à saúde é maior do que os recursos disponíveis para tanto, o Estado acabará sempre por realizar escolhas trágicas.

E, após os estudos realizados, enxergaram-se quatro diretrizes para que o Judiciário possa ao mesmo tempo garantir o direito à saúde pleiteado em demandas individuais, sem causar tantos prejuízos à coletividade, pois, conforme abordado no decorrer do terceiro capítulo, os recursos financeiros do Estado são insuficientes para atender às complexas necessidades sociais da coletividade.

Em primeiro lugar, o magistrado deve seguir o norte de que, antes de prolatar sentença causuística, é necessário que se observem as deliberações das instâncias predominantemente políticas, quais sejam, os Poderes Executivo e Judiciário, tendo em vista os primados da democracia.

Em segundo lugar, considerando a competência do Judiciário em preservar o disposto no texto constitucional, observando e garantindo o mínimo existencial, cabe ao magistrado atentar para a destinação dos recursos para políticas públicas.

A terceira diretriz leva o magistrado a entender que os efeitos de suas decisões nas demandas individuais poderão causar um desequilíbrio ainda maior nas receitas insuficientes do Estado, podendo comprometer grande parte da disponibilidade orçamentária com demandas individuais em detrimento das necessidades da coletividade.

Por fim, a quarta e última diretriz apresentada neste trabalho, visa ressaltar que o acesso à justiça, embora garantido formalmente na Constituição, ainda carece de uma implementação, em virtude de muitas pessoas ainda se encontrarem à margem desse direito. Essa situação leva ao raciocínio de que apenas aqueles que possuem condições financeiras de arcar com os custos de um processo ou até mesmo que detêm um maior grau de instrução têm, de fato, esse acesso à justiça facilitado. Entende-se, então, que a judicialização da saúde não pode ser um instrumento que favoreça as desigualdades sociais; pelo contrário, a intenção constitucional aos disponibilizar instrumentos para

efetivação de direitos é a de minimizar as desigualdades das quais a sociedade padece.

Apesar de todas essas diretrizes, o fato é que a efetiva resolução dos problemas que rondam a concretização do direito à saúde vai muito além da intervenção judicial. É preciso aprimorar a gestão de recursos públicos, a fim de evitar desperdícios. É necessário também que os agentes públicos incorporem a cultura de efetivamente buscar a satisfação da coletividade e do respeito aos direitos fundamentais, de modo a saciar, de fato, os que têm fome e sede de justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf. Acesso em 28 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em 11 mai. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. Tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 29 abr. 2016

BRASIL. Decreto Federal nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acesso em 12 set 2016.

CAMPOS, Eliana Cristina Huffel. *O princípio da dignidade da pessoa humana como argumento para a tutela do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/2/7.pdf>. Acesso em 03. Abr. 2016.

CANELA, Osvaldo Junior. O orçamento e a “reserva do possível:” dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. *Ativismo Judicial: conceitos e preconceitos*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 129, p. 77-82, dez. 2013.

Carta de Otawwa (1986). Disponível em http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf. Acesso em 03. Abr. 2016

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, v. 4, n. 2, jul.2003.

CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. *Globalização, Democracia e Direito Constitucional: Legados Recebidos e Possibilidades de Mudança*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coords.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Constituição da Organização Mundial de Saúde (1948). Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 01 Abr. 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Ivana Ganem. *Aplicação dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial no Fornecimento de Medicamentos*. Disponível em <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2)>. Acesso em 12 mai. 2016

COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A Efetividade do Mínimo Existencial como Função Essencial do Estado*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_70_7.pdf>. Acesso em 11 mai. 2016.

COUCEIRO, Júlio Cezar. *Separação dos Poderes em corrente tripartite*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33624&seo=1>>. Acesso em: 04 maio 2016.

CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*. Dados, Rio de Janeiro, v. 52, n.1, Mar. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007. Acesso em 19 ago. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANCISCO, José Carlos. *Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GICO Jr., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

HUMENHUK, Hesterston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 dez. 2015.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A "reserva do possível": obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LOCKE, *Jonh*. *Segundo Tratado Sobre Governo Civil*. Disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf> Acesso em 4 mai. 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. *O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais*. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>. Acesso em 11 mai. 2016

MATTOS, Karina Denari Gomes de; SOUZA, Gelson Amaro de. *Ativismo Judicial e Direito à Saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de medicamentos*. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/984/1096>> Acesso em 11 mai. 2016.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva: 2013.

MENEGUIN, Fernando B. *As indenizações por danos morais nas relações de consume sob a ótica da análise econômica do direito*. In: Revista da Faculdade de Direito UFMG, n. 61, jul./dez. 2012, pp. 255-285.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat; Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIRES, Luis Tadeu Nascimento. *Judicialização da saúde no Brasil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito*. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/164166/TCC%20ABNT.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28 ago. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. In: Caderno Direito GV, volume 22, p. 16, mar 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. In: Caderno Direito GV, volume 22, p. 35, mar 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é "Direito e Economia"*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em : 11 dez. 2015

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

SODRÉ, Habacuque Wellington. *A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesse: a análise dessa relação a partir do estudo de caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 4, n. 16, out./dez. 2010.

ZAMLUTTI, René Junior. *Ativismo Judicial, reserva do possível e o direito à saúde*. Revista de Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v.5, n 17, jan./dez. 2011.