

CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PELO JUDICIÁRIO

Denise dos Santos Vasconcelos Silva¹

Sumário: 1- Notas introdutórias. 2- Dimensões dos direitos fundamentais? 3- Concretização dos direitos fundamentais de natureza positiva (prestacional). 4- Separação de poderes X Concretização dos Direitos Sociais. 5- Mecanismos Legitimadores das decisões Judiciais. 6- Considerações Finais.

1-NOTAS INTRODUTÓRIAS



objeto deste estudo é a busca da definição de limites à atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas nas questões envolvendo direitos sociais frente aos limites orçamentários, a violação do princípio democrático e principalmente ao princípio da separação de poderes. Privilegiar-se-á, no entanto, como “corte do objeto”, os casos em que os cidadãos precisam de determinados medicamentos ou tratamentos de saúde, que não são fornecidos gratuitamente pelo estado, nesse caso, seria possível o cidadão exigir via judicial o fornecimento desse medicamento ou tratamento com base no direito à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal Brasileira? Poderá o Juiz intervir na política pública implementada pelo Legislativo e Executivo?

2-DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

De um lado temos os direitos sociais, que são os direitos

¹ Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas – Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

de segunda dimensão, que dominaram as Constituições dos países pós-II guerra mundial, impulsionada pela Revolução Industrial (péssimas condições de trabalho), em que se exigia do estado prestações jurídicas e materiais de caráter positivo a fim de oferecer o estado do bem estar social, conhecido como “Welfare State”², nesse instante o estado, pode com justiça receber a denominação de estado social³, deixando para trás o estado liberal em que os cidadãos exigiam uma abstenção negativa do estado (subjatividade), exigindo a não intervenção estatal, que eram os direitos de primeira dimensão, impulsionados pelo fim do absolutismo, como por exemplo os direitos negativos: direito à vida, à propriedade, à liberdade etc. em que o estado limitava-se a proteger as liberdades individuais, já os direitos de segunda dimensão vão do subjativismo (direitos fundamentais que garantem os direitos subjetivos dos cidadãos, exemplo: saúde pública, como direito do indivíduo, quando ele mesmo pede o fornecimento do medicamento) para o objetivismo (fundamento da ordem objetiva da coletividade em que deve haver um fornecimento de prestações aos cidadãos e cumprimento das imposições estatais⁴, exemplo: normas de diretrizes do estado a qual não pode ser exigida pelo cidadão⁵, outro exemplo seria quando o ministério público, por exemplo, exige a implementação de uma política pública, como o fornecimento de um medicamento na rede pública de saúde). Os direitos sociais, como o direito à saúde, são exigíveis quando inerentes ao direito subjetivo (atribui direitos do indivíduo), mas também possuem uma dimensão objetiva (atribuindo valores que deverão ser zelados pelo estado e pela sociedade), ten-

² MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador. Juspodvm, 2008. p. 38.

³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 152.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 484.

do assim: *status positivus* (estado precisa prestar) e *status negativus* (estado precisa abster-se de atos que porventura possa vir a prejudica-lo); devendo ainda estado almejar por ações para atingir os fins, isso surgiu justamente porque o liberalismo se mostrou insuficiente para garantir o equilíbrio social, pois a desigualdade crescia, são os direitos sociais que nascem abraçados ao princípio da igualdade⁶, como por exemplo os direitos a educação e a saúde o qual são efetivados através das políticas públicas como: construção de escola, valorização do Magistério; e reforma de hospitais, fornecimento de medicamentos, respectivamente, esses direitos sociais, dentre outros, estão inseridos na nossa Carta Magna no artigo 6, caracterizando assim um “government by policies” que substitui o “government by law” do liberalismo⁷; esses direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável da efetiva garantia da igualdade de chances inerentes a noção de democracia e um estado Democrático de direito⁸, fazendo com que não haja apenas uma justiça irreal e sim, palpável, porque uma ordem é legítima quando reconhecida como justa⁹, e toda justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se em seus conteúdo duvidosas ou discutíveis¹⁰.

3-CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE NATUREZA POSITIVA (PRESTACIONAL)

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564.

⁷ BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista da Informação Legislativa, Brasília, n. 142. Abr-jun 1999. p. 37.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 71.

⁹ FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965. p.223.

¹⁰ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 28.

Os direitos sociais são concretizados especialmente pelas políticas públicas, que devem estabelecer um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade¹¹, fundando-se na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente¹², pelas memas, e que devem ainda ser capazes de cumprir os direitos sociais previstos peremptoriamente no texto constitucional, a problemática surge quando o Legislativo e o Executivo optam por determinada formulação de políticas públicas, e estas são incapazes de serem implementadas integralmente e satisfatoriamente, nesse caso, teria o Juiz competência para interferir? De um lado para a atuação do juiz constitucional durante o processo de concretização do direito é imprescindível sua capacidade de percepção dos valores sociais¹³, do outro, não pode haver interferência entre os poderes, face ao princípio da separação de poderes, considerada cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, inciso III da Constituição Federal Brasileira, em que deve haver uma colaboração de poderes a fim de encontrar um equilíbrio entre os poderes necessário ao bem da coletividade, evitando ainda os arbítrios e o desmando de um em detrimento do outro, configurando assim a separação e independência dos poderes como instrumento de controle recíproco (“balance of powers”).

4- SEPARAÇÃO DE PODERES x CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A separação de poderes não é uma divisão absoluta das funções, como Aristóteles demonstrou inicialmente (para al-

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Forense, 2002. p. 36.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Novas funções judiciais no estado moderno*. In BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 351.

¹³ SCHMITT. Carl. Op cit. p. 217.

guns Rosseaus já havia vislumbrado quando mencionava por exemplo: é nula toda lei que o povo diretamente não ratificar¹⁴) que em todo governo existem três poderes essenciais¹⁵ com funções estatais distintas: editar normas, aplicar no caso concreto e julgar, em decorrência do momento histórico (absolutismo), o exercício dos três poderes era de competência de uma única pessoa, o soberano, como é expressada na conhecida frase de Luís XVI: “l'état c'est moi” (“o estado sou eu”). Para Locke todos os poderes deveriam ser subordinados ao Legislativo, que seria o poder supremo¹⁶ e mais adiante Montesquieu, para evitar o depotismo real, aprimorou essas ideias visualizando ser favorável o controle do soberano pelo parlamento e que de fato existia três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares¹⁷. Na sociedade pós-moderna em que vivemos o que ocorre é a distribuição das três funções estatais, ora, o poder é uno e indivisível tendo que haver é uma integração e um equilíbrio, de modo que os poderes sejam independentes, coordenados e harmônicos, em que um poder limita o outro (“*check and balances*” - “freios e contrapesos”), nota-se que para enfraquecer a autoridade, dividiu-se o poder, e para garantir as liberdades, elaborou-se a doutrina dos Direitos e garantias inalienáveis, acima do Direito positivo colocados¹⁸; então nesse contexto da implementação das políticas públicas, temos como objetivos específicos as políticas públicas relacionadas ao direto à saúde, que deverão demonstrar que o deverá

¹⁴ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. vol I. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 186.

¹⁵ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 127.

¹⁶ LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 519.

¹⁷ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

¹⁸ VASCONCELOS. Arnaldo. *A teoria da norma jurídica*. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 270.

ocorrer é a autorização, planejamento e execução das políticas públicas pelo Executivo e Legislativo e o Judiciário deverá garantir a efetivação do direito à saúde, que como todo direito social exige que o estado provenha e crie condições para que seja efetivado, quando o Executivo e o Legislativo se mostram incapazes e inertes, resta aos cidadãos procurar o Judiciário para que este seja um “guardião das promessas”¹⁹ feitas na constituições afim de verificar se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas e se sim, se estão atingindo os objetivos almejados, devendo agir assim quando ocorrer inoperância dos outros poderes²⁰, como no caso do fornecimento de remédios ou tratamento de saúde as pessoas que deles necessitem.

5- MECANISMOS LEGITIMADORES DAS DECISÕES JUDICIAS

O estado constitucional democrático de direito, previsto na CF precisa ser protegido e garantido pelos governantes, legisladores e juízes, mas não só por eles, como também por todos os governados, através da efetiva participação no processo de formação da vontade pública e na construção dos valores jurídicos porque o direito não é um sistema fechado mas um sistema aberto para os discursos morais²¹, em que o conhecimento se dê na intersubjetividade da comunidade de conhecedores²², e cada um dos poderes para se legitimarem precisam levar em conta o interesse do povo, devendo os mesmos lançar mão de argumentos conhecidos e respeitados por todos,

¹⁹ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad.: Maria Luíza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁰ ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007. p.75.

²¹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 74.

²² HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 27.

como se fosse uma argumentação dirigida a um auditório universal²³, pois esse auditório universal - sociedade, são os destinatários das normas e de todas as ações estatais, funcionando o povo como instância global da atribuição de legitimidade democrática²⁴; mas no caso do direito a saúde, em que o Executivo elabora e implementa políticas públicas a fim de concretizá-lo, o Legislativo aprova leis gerais e abstratas e aprova despesas e gastos públicos de acordo com as políticas públicas adotadas pelo Executivo e o Judiciário decidirá acerca desse direito quando posto à sua apreciação, como saber se essas decisões são legítimas?

Por isso, a relevância de se buscar entender os mecanismos da decisão judicial de controle a essas políticas públicas e apontar caminhos que ofereçam legitimidade e que traga novas possibilidades nesse campo de investigação, é como se a decisão, apesar de ser uma vontade do juiz, em que haveria várias possibilidades dentro de uma “moldura normativa”²⁵ e o juiz escolhe dentre dessas (princípio da incerteza de Kelsen em que não existe uma única solução pra o caso), devendo assim dentre as várias possibilidades possíveis, o juiz decidir com: soberania; racionalidade e previsibilidade, sendo interessante ainda (principalmente em casos de grande repercussão), que todos que vivem sob o teto constitucional (cidadões, associações, mídia, escolas, Igrejas etc), pois estes são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática²⁶, participassem dos processos judiciais, legislativos etc. enquanto participantes e intérpretes da constituição possam discutir amplamente antes

²³ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 16.

²⁴ MULLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. 3ed. São Paulo: Max Limonad. p. 60.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Forense, 2003. p. 390.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 34.

de ter uma sentença final²⁷.

Sob esse prisma observa-se que quando o juiz obriga o estado ao fornecimento de determinado medicamento ou tratamento, tal decisão efetiva o direito social à saúde mas por outra maneira pode afetar: o orçamento público (obstruindo a destinação sensata ou relocando os já escassos recursos públicos); a organização de toda a estrutura administrativa; e a concretização de outros direitos sociais em prol da coletividade, isso ocorre por exemplo quando se retira um recurso público que seria destinado a políticas públicas que beneficiariam bem mais pessoas, que talvez até precisem mais dessa assistência estatal, por isso deve haver uma vista global do caso concreto, priorizando com primazia as ações coletivas, sendo questionável assim, se o judiciário poderia promover direitos sociais de uns mesmo causando grave lesão a direitos da mesma natureza em outros indivíduos, por isso a visão do todo é tão importante, pois a mesma, é feita através da discussão de interesses de toda a sociedade, em respeito ao princípio democrático da isonomia, em que um teria direito e outro não.

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constituição Federal, a qual goza de força normativa, funcionando como força motriz sobre a sociedade²⁸, enfrenta vários obstáculos para sua concretização, sendo apenas parcialmente cumprida²⁹, pois observamos flagrantemente que não houve a plena concretização desses direitos sociais, como o direito à saúde, assegurados pela CF, de um lado há essas pre-

²⁷ HABERLE. Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 9.

²⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 19.

²⁹ BERCOVICI. Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 321.

visões, do outro: a disparidade na realidade da vida da maioria dos cidadãos, que não possuem sequer as condições mínimas de uma vida digna, constituindo uma grave violação aos direitos humanos, haja vista a sua extensão do sentimento de descrença no ordenamento jurídico por parte da sociedade, que almejava uma mínima transformação social, por isso o presente estudo não almeja ser conclusivo, mas sim, atentar-se para gravidade do problema e trazer para discussão a temática que envolve o controle judicial das políticas públicas e o orçamento estatal, pois de um lado o juiz pode ampliar o acesso a saúde a camadas mais miseráveis da população mas por outro lado, desaloca um recurso que já fora estabelecida pelas políticas de saúde das Secretarias e Ministérios de Saúde, que são especialistas nessa temática, desta feita o direito a saúde não pode ser tratado como um direito ilimitado e absoluto, pois os recursos e meios para efetivar esse direitos, são finitos, cada vez mais escassos e os custos cada vez mais altos, e em contraponto, as necessidades da saúde são inúmeras e tendenciosas a serem infinitas.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista da Informalção Legislativa*, Brasília, n. 142. Abr-jun 1999.

- _____. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 321.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 8ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- COMPARATO. Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. In BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Forense, 2002.
- ESTEVES, João Luiz M. Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.
- GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Trad.: Maria Luíza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HABERLE. Peter. Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Vol I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio An-

- tonio Fabris, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Forense, 2003. p. 390.
- LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Juspodvm, 2008.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristiana Mura-chco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. 3ed. São Paulo: Max Limonad. p. 60.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ROSSEAUL, Jean-Jacques. *Do contrato social*. vol I. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *A teoria da norma jurídica*. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 270.