

ACESSO AO TRATAMENTO: DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA PLENA

ACCESS TO TREATMENT: FUNDAMENTAL RIGHT TO FULL PUBLIC HEALTH

CÉLIA BARBOSA ABREU¹

FABRÍZIA DA FONSECA PASSOS BITTENCOURT ORDACGY²

RESUMO: O trabalho em tela traz uma correlação entre direitos fundamentais (vida, saúde pública e tratamento médico) e o vetor do ordenamento constitucional brasileiro: a dignidade humana. Nesse sentido, sinaliza uma tendência internacional em conferir tutela especial à saúde e à vida digna, sendo realizado um estudo de caso. Neste, se indaga se o Judiciário deveria intervir em hipótese na qual a Administração Pública presta o serviço de saúde que lhe é demandado, de forma apenas “básica” e não “plena”. A ideia geral que se almeja demonstrar é a de que o tratamento médico digno e especializado está incluso no direito à saúde pública “plena”, como parte da assistência integral devida ao enfermo. Para tanto, se parte da premissa de que a Constituição da República tem força normativa e de que os valores constitucionais devem ter a máxima realização no campo das relações jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde Pública Plena; Tratamento Médico; Vida; Dignidade.

ABSTRACT: The object of this paper is to make a correlation between the fundamental rights (life, public health and medical treatment) and the vector of brazilian constitutional law: the human dignity. In this sense, shows the international inclination in conferring special guardianship to health and dignity life, analyzing a real case. In this, it asks whether the courts should intervene in the event in which the Public Administration provides health services to it demanded, only “basic” form and not “full”. The general idea that aims to demonstrate is that the worthy and specialized medical treatment is included in the right to public health “full” as part of due comprehensive care to the sick. Therefore, it assumes that the

Artigo recebido em 07.04.2014. Pareceres emitidos em 07.06.2014 e 25.02.2015.

Artigo aceito para publicação em 30.03.2015.

¹ Docente permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). celiababreu@terra.com.br

² Defensora Pública da União. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). fabriziadpu@gmail.com

Constitution has legal force and that the constitutional values must have the highest achievement in the field of legal relations.

KEYWORDS: Full Public Health; Medical Treatment; Life; Dignity.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Caso; 2. A Saúde Pública na Constituição de 1988: a Garantia da Vida Digna; 3. A Saúde Pública na Experiência Jurídica Estrangeira; 4. O Conceito Jurídico de “Saúde”; 5. A Tese da Reserva do Possível e a Saúde Pública; 6. A Atuação do Poder Judiciário na Tutela da Saúde Pública e as suas Críticas; 7. De Volta ao Caso; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. The Case; 2. The Public Health in the 1988 Constitution: Decent Life Assurance; 3. Public Health in Foreign Legal Experience; 4. The Legal Concept of “Health”; 5. The Thesis of the Possible Reserve and Public Health; 6. The Role of the Judiciary in the Trusteeship of Public Health and their Reviews; 7. Back to the Case; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, a partir de caso concreto verídico, ocorrido junto à Defensoria Pública da União, se indaga se o Judiciário deveria intervir em situação na qual a Administração Pública presta o serviço de saúde que lhe é pleiteado, porém de maneira apenas “básica” e não “plena”. A ideia geral que se almeja demonstrar é a de que o tratamento médico digno e especializado está incluso no direito fundamental à saúde pública “plena”, como parte da assistência integral devida ao enfermo. Sustenta-se que não se pode conceber que o ser humano seja cuidado como um seguimento único e abstrato, sem a consideração de suas necessidades especiais. Se a enfermidade para ser tratada exige a atenção de um especialista, este deve estar presente, bem como o tratamento especializado, sob pena de não se estar fornecendo o atendimento adequado e necessário à atenção da saúde do doente. Para tanto, se parte da premissa de que a Constituição da República tem força normativa e de que os valores constitucionais devem ter a máxima realização no campo das relações jurídicas.

Destarte, será feita análise da “saúde” e sua leitura constitucional, em função do peculiar tratamento que é dado ao direito social em questão, pelo legislador constituinte. Proceder-se-á outrossim o exame da saúde pública na experiência jurídica estrangeira, demonstrando a prática de sistemas jurídicos alienígenas no tratamento da saúde como um direito fundamental, consoante prelecionam tratados internacionais. Será construído um conceito jurídico de saúde, com respaldo no direito internacional e na Constituição da República, por meio do qual se questionará a possibilidade de a Administração Pública se valer da tese da reserva do possível para se desonerar do mister da prestação eficiente e eficaz da saúde pública em favor dos cidadãos. Por fim, será realizada análise da conduta do Poder Judiciário, considerando a experiência ativa que vem se consolidando ao longo dos anos, não só no Brasil, mas como um fenômeno de grande parte dos Estados, e a forma como procedeu o Poder Judiciário Brasileiro no caso concreto, que serviu de ponto de partida para a discussão proposta.

Adianta-se que a vida é direito fundamental inviolável e irrenunciável. A saúde é direito de todos e um dever do Estado, por determinação constitucional (artigo 196 da Constituição da República), sendo condição para a manutenção da vida, bem como de satisfação obrigatória por ser supedâneo da dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira e vetor axiológico que respalda todas as decisões administrativas (considerando que o mérito administrativo é plano de liberdade do administrador público, porém limitado pela Constituição e pela lei, em sentido amplo) e judiciais.

Quando não satisfeito de forma suficiente o comando constitucional do direito à vida, com a eficiente tutela da saúde através de políticas governamentais voltadas à saúde pública, o Poder Judiciário intervém, ou pelo menos assim deveria fazê-lo, de forma direta, fato que suscita o questionamento acerca da possibilidade deste Poder adentrar nas escolhas políticas, fenômeno jurídico reconhecido pela doutrina como judicialização.

Questões sobre a tutela efetiva do direito à saúde, aquilo que a respectiva garantia constitucional abarcaria e as consequências de sua violação serão analisadas a seguir.

1. O CASO³

Durante o atendimento diário realizado na Defensoria Pública da União, a Senhora Maria das Dores comparece ao núcleo de um dos Estados da Federação brasileira, narrando que seu pai, idoso, se encontrava internado em um hospital da rede pública de saúde, com diagnóstico de câncer. No entanto, no nosocômio não havia médico da especialidade de oncologia que lhe pudesse prestar assistência. Assim, houve tentativa, pelo próprio hospital, da transferência do doente para outro estabelecimento da rede pública de saúde que contasse com a especialidade clínica necessária ao tratamento. Todos os esforços foram infrutíferos, tendo sido constatado que não havia vaga disponível para o paciente, que lhe permitisse a transferência para outro hospital. Por essa razão, em um ato de total desespero, a Senhora Maria das Dores vai à Defensoria Pública da União para obter a assistência jurídica que lhe é devida pelo Estado, em favor do enfermo.

De fato, os modos de tratar o câncer são três: quimioterapia seguida de radioterapia; cirurgia oncológica seguida de quimioterapia; ou ainda, cirurgia oncológica acompanhada de radioterapia. Trata-se de doença grave que necessita ser tratada o mais célere possível, sob pena de se prejudicar a perspectiva de cura ou o prolongamento de sua vida com qualidade, conforme o estágio em que se encontre a enfermidade. As chances de cura dependem inclusive da precocidade com que é feito o seu diagnóstico. Da mesma forma que o tratamento da catarata exige um oftalmologista, o doente cardiovascular

³ O caso narrado é verídico, tendo ocorrido no núcleo da Defensoria Pública da União na cidade do Rio de Janeiro. Como forma de manter a privacidade dos assistidos envolvidos, os nomes utilizados foram trocados. Da mesma forma, as peculiaridades do caso (como reuniões, teor das decisões interlocutórias, desfecho final pormenorizado etc.) foram omitidas.

precisa de um cardiologista e o renal de um nefrologista, o paciente de câncer necessita de um médico especialista, um oncologista clínico ou cirúrgico. Não existe alternativa terapêutica diversa das acima assinaladas, que pressupõem especialista e tratamento hospitalar. E mais, o ideal para aquele que está acometido de câncer é ser tratado em hospital especializado na doença, preferencialmente a um hospital geral. Não resta dúvida de que a pessoa com câncer precisa de uma atenção individualizada e de cuidado integral de sua saúde.⁴

Ajuizada a medida judicial pertinente, após tentativas administrativas sem êxito realizadas pela Instituição, houve o indeferimento da tutela antecipada, o que foi confirmado em sede de sentença. Em síntese, foi negado provimento ao pedido principal de transferência imediata do doente para hospital que contasse com serviço de oncologia, a despeito do quadro de câncer apresentado. A denegação do pleito se deu sob o fundamento de que o fato de o idoso já estar internado seria suficiente para que tenha sido caracterizada a prestação de saúde básica pelo Estado, devendo se levar em conta a tese da reserva do possível⁵.

Então, surge a questão: o direito fundamental ao tratamento médico digno foi observado?

2. A SAÚDE PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A GARANTIA DA VIDA DIGNA

Na ordem constitucional de 1988, a saúde pública é um direito integrante do rol dos denominados “direitos sociais”. Contudo, assim como a educação, o tratamento que é dado à saúde pelo legislador constituinte não se limita à previsão no rol dos direitos sociais do artigo 6º da Lei Maior. Uma interpretação sistemática e a compreensão de que a Constituição é um corpo integrado de normas, cuja leitura deve ocorrer de forma concatenada, permite verificar que foi dado um tratamento peculiar aos dois direitos, que se reúnem no rol dos direitos sociais: a saúde e a educação. Proceda-se, então, à análise da saúde pública na Constituição da República.

A primeira questão que pode ser suscitada é se a saúde seria um direito fundamental, na medida em que se encontra prevista no elenco dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Brasileira, e não no artigo 5º de tal diploma legal.

⁴ Confirma tais argumentos a existência hoje da Portaria nº 874, de 16 de maio de 2013, que institui a Política Nacional para a Prevenção e o Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS. Dita portaria estabelece no art. 4º que a referida política deve se pautar em determinados princípios e diretrizes, dentre eles os atinentes ao “cuidado integral da pessoa com câncer” (inciso V). A Seção V deste diploma normativo (art. 12 ao 14) se dedica justamente aos princípios e diretrizes relacionados ao “cuidado integral”. Fazem parte deste último: - a detecção precoce; - o diagnóstico; - o tratamento; - os cuidados paliativos, que devem ser oferecidos de “forma oportuna, permitindo a continuidade do cuidado”.

⁵ Há de se deixar claro que não se está questionando a atuação do Poder Judiciário, no presente discurso. Ao contrário, a experiência tem mostrado um comportamento ativo e ético, protetor dos ditames essenciais que circundam o Estado Democrático de Direito, pelo Poder Judiciário. Em que pese o fato ser verídico e a decisão judicial, no caso em tela, ter sido nesse sentido, tal não é a regra de atuação dos magistrados brasileiros quando se deparam com a tutela jurisdicional da saúde.

Entretanto, mostra-se equivocada a ideia no sentido de que somente o artigo 5º da Constituição da República apresentaria o rol dos direitos fundamentais⁶. Na verdade, estes são listados de forma exemplificativa no referido dispositivo, porém nesta mesma previsão legal, há menção de ser possível que outros direitos sejam considerados fundamentais, independentemente do diploma legislativo aonde se encontrem⁷, sendo certo, ademais, que tanto o artigo 5º quanto o artigo 6º estão previstos no TÍTULO II - *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* - . Assim, malgrado inserta no rol dos direitos sociais, a saúde é um direito garantido a todos os cidadãos⁸ e à toda a coletividade, sendo, por sua natureza, fundamental⁹.

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado (artigo 196 da Constituição da República). O cuidado da saúde é um dever solidário dos entes públicos, isto é, cabe à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, indistinta e simultaneamente, “cuidar da saúde” (artigos 23, inciso II, 24, XII e 30, todos da Constituição de 1988). O fato de o artigo 198 da Constituição da República informar que ações e serviços voltados à realização da saúde constituem um serviço único e organizado – dispositivo que fundamenta a criação, no Brasil, do Sistema Único de Saúde – não implica dizer que a distribuição interna de atribuições entre os entes federativos possa ser imposta ao cidadão, ao contrário. A distribuição de misteres por legislação infraconstitucional – Lei 8.080/90 (art. 15 ao 19) – é uma mera forma de organização, estando toda e qualquer pessoa autorizada a exigir de qualquer dos entes federativos, indistintamente, que satisfaça seu direito subjetivo à saúde¹⁰.

⁶ Escreve a doutrina: “... os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separadamente, como se estivessem todos encartados no art. 5º da CR”. FREITAS, Juarez. *A Melhor Interpretação “versus” a Única Resposta Correta*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 339.

⁷ A alteração trazida pela Emenda Constitucional 45/2004 deixou ainda mais evidente que o rol do artigo 5º da Constituição não esgota a gama de direitos fundamentais garantidos, apesar de o parágrafo 2º (cuja redação é a mesma desde publicação da Constituição da República) já informar a possibilidade de previsão de outros direitos e garantias em diplomas legislativos nacional e internacional. Porém a referida Emenda Constitucional incluiu o parágrafo 3º para possibilitar o ingresso de tratado internacional de direitos humanos com *status* de norma constitucional, observado o quórum qualificado que se exige para seu ingresso no corpo legislativo pátrio. Ressalte-se, no entanto, que não se está a discutir o avanço ou o retrocesso do dispositivo mencionado – já que há quem informe ter sido ferido o princípio do retrocesso, uma vez que o parágrafo 1º já determinava a aplicação imediata dos direitos fundamentais, enquanto a nova sistemática trouxe um requisito formal que engessa o reconhecimento imediato dos direitos fundamentais, exigindo observância de quórum qualificado para sua aprovação –, mas somente se demonstra a preocupação do legislador constituinte (originário e derivado) em garantir a maior gama de direitos em favor dos juridicionados.

⁸ Importante informar que o termo “cidadão” está sendo utilizado de forma atécnica, para abranger todo e qualquer ser humano que esteja em território nacional (e não somente os eleitores, tal qual exige o termo técnico-jurídico de “cidadão”).

⁹ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁰ Corroborando com o argumento exposto, o artigo 200 da Constituição da República relata,

Ademais, importante destacar que também no art. 198, porém no seu inciso II, está previsto que as ações e serviços de saúde no âmbito do SUS devem atender as diretrizes impostas pelo legislador constituinte, dentre as quais está o *“atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”*. Nesse sentido, a Lei 8.080/90 (art. 7º, II) estabelece que as ações e serviços de saúde, desenvolvidos em conformidade com os ditames do art. 198 da Constituição da República, devem observar princípios como o da *“integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”*. Disso resulta, inequivocamente, que a prestação de serviços de saúde compreende uma atenção individualizada dos indivíduos, compatível com as necessidades de cada caso concreto.

A Constituição do Brasil exige que parcela mínima da arrecadação tributária de cada ente – cujo parâmetro é reservado ao tratamento por Lei Complementar – seja destinada à realização de programas voltados à saúde. A inobservância da lei autoriza a intervenção da União nos Estados (artigo 34, inciso VII, da Constituição da República), ou destes nos Municípios (artigo 35, inciso VIII, da Constituição da República), de forma a assim manter o equilíbrio federativo e garantir a fiel observância da tutela diferenciada da saúde pública, que foi dada pelo legislador constituinte.

Ainda destacando o tratamento diferenciado dado à saúde no texto constitucional, importa dizer que o mesmo excepcionou a natureza de uma espécie tributária – o imposto – possibilitando a vinculação daquilo que é arrecadado aos programas destinados à saúde (artigo 167, inciso IV, da Constituição da República)¹¹, como forma de confirmar a necessidade que há em se proteger, de todas as formas, a saúde pública.

em seus incisos, as funções que devem guiar o Serviço Único de Saúde, não havendo qualquer menção direta ou indireta, de divisão de atribuições entre os entes Federativos, na realização da saúde pública, sendo, sim, uma forma de organização da prestação de tal direito. Por tal razão, qualquer tratamento médico, medicamento ou serviço afeto à saúde pode, sim, ser exigido a qualquer dos entes da Federação, que terá o dever de cumprir a exigência, independentemente da parcela de atuação que lhe foi reservada por diploma legislativo infraconstitucional. Válido destacar também que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros”. REsp 771537/RJ, Rel^a. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 03.10.2005.

¹¹ O imposto configura uma espécie tributária que, diferente da taxa ou das contribuições, por exemplo, não possui qualquer vinculação a uma atividade estatal específica, permitindo ao administrador público maior liberdade na realização dos programas de governo a que se propõe. No entanto, para que não haja falta de verba para realização de programas voltados à realização da saúde pública de forma plena e eficaz, o legislador constituinte flexibilizou a natureza não vinculada dessa espécie tributária, permitindo que aquilo arrecadado por determinado imposto instituído ou majorado, seja direcionado à realização de programas voltados à saúde.

A análise simples e rápida, porém sistemática, do tratamento constitucional reservado ao direito social “saúde” permite concluir uma preocupação com sua realização de forma eficiente. A sistemática constitucional é toda voltada para que a saúde pública seja assegurada a todos os cidadãos. E de outra forma não poderia ser, considerando que a saúde tem uma relação direta com a vida. O direito à vida é fundamental. Trata-se de valor supremo que ganha a adjetivação da “dignidade”, considerando o vetor axiológico da Constituição como lei constitutiva de um Estado Democrático de Direito. A todo ser humano é garantida a vida digna e todas as medidas para que se atinja a esta dignidade, como a proteção à saúde.

O Estado brasileiro se apresenta na ordem mundial como um Estado Democrático de Direito. Afigura-se como uma organização democrática que se preocupa com toda a sociedade e que comporta em seu seio o bem-estar de seus cidadãos. A República Federativa do Brasil encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, dentre outros (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República), compartilhando com grande parte das nações o compromisso de ter o homem e sua dignidade como o axioma que limita, justifica e fomenta todas as atividades.

O ser humano é um fim em si mesmo¹². Sua dignidade – o mínimo lhe é devido por suportar, justamente, a condição humana¹³ – serve de vetor axiológico para atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, reúne as nações em compromissos transnacionais (tratados, acordos, termos de compromissos e afins) para garantir um conteúdo mínimo de direitos e garantias a cada um de nós.¹⁴ O Direito humanizado, característico do “Neoconstitucionalismo”, apresenta o cenário protetivo dos direitos humanos, aonde se insere o direito à saúde. Acredita-se não ser mais passível de questionamento a sua estreita ligação com o direito à vida digna¹⁵.

A Constituição da República de 1988, ao fornecer o tratamento ao direito social “saúde” de forma diferenciada, traduz a assunção dos compromissos internacionais de proteção ao próprio homem. Todavia, sua tutela não se limita tão somente à garantia de medidas de saúde em favor dos cidadãos.

¹² KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, /s.d./.

¹³ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011. BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Do sítio http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em: 28 mar. 2012. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007. SARLET, Ingo. *Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*. Do sítio http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf. Acesso em: 28 mar. 2012.

O legislador constituinte determina mais do que isso, como se depreende da análise sistemática do tratamento da saúde pela Lei Maior. O constituinte originário (e as alterações constitucionais do constituinte derivado assim confirmam) exige que os Poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) satisfaçam de forma plena e eficazmente o direito à saúde que possui qualquer cidadão.

Dessa forma, a Constituição da República ao informar, no artigo 196, que a saúde pública é um direito de todos e um dever do Estado, ao garantir em seu artigo 5º o direito à vida e ao permitir ao Poder Legislativo que excepcione a característica de não vinculação das receitas obtidas dos impostos pagos pelos contribuintes, demonstra a necessidade de a saúde pública estar entre as prioridades políticas, especialmente por sua indissociável ligação com o direito à vida. A Carta Política de 1988 indica ao Administrador Público que lhe compete satisfazer o direito à saúde de todos os cidadãos, especialmente por ser a vida um direito indisponível e o maior bem jurídico tutelado pelo Direito.

O ser humano como o centro de atuação das políticas públicas é determinante para que se exija a realização da saúde de forma “plena”. Não se pode ser simplório em pensar em realização apenas de uma “saúde pública básica”. Não há tal limitação no texto constitucional e a interpretação da proteção conferida pela norma constitucional deve ser ampla. A única exegese que se afigura correta é aquela que impõe à saúde sua máxima proteção, considerando sua direta relação com a vida e a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, o direito fundamental em tela impõe ao Estado medidas e estratégias assecuratórias de sua promoção, prevenção e assistência integral à saúde, o que inclui a detecção precoce de moléstias, o diagnóstico (com a realização de todos os exames clínicos que sejam necessários para determinação da doença), o direito ao tratamento médico adequado e eficiente, os cuidados paliativos, bem como os medicamentos eventualmente necessários e as práticas médicas indispensáveis à cura ou à manutenção da vida digna. A assistência integral, por sua vez, demanda um atendimento de qualidade e, por conseguinte, em conformidade com as necessidades especiais de cada ser humano. Afinal, não se pode pensar na pessoa humana como um segmento único e abstrato, mas, ao revés, cada paciente terá respostas próprias atinentes à sua condição de saúde e à patologia que o acometeu. Portanto, é essencial que se entenda que a tutela constitucionalmente consagrada da saúde vai além da “saúde pública básica”, compreendendo sim a proteção daquilo que se convencionou chamar de “saúde pública plena”.

3. A SAÚDE PÚBLICA NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ESTRANGEIRA

A saúde pública é um direito que se encontra amparado não só na seara interna, mas também por tratados e acordos de Direito internacional (nas declarações de direitos sociais compreendidas no Direito Internacional dos Direitos Humanos). Nesse sentido, vale citar, exemplificativamente, a Declaração

Universal dos Direitos Humanos da ONU, que reconhece diretamente a saúde como direito, em seus artigos 22 e 25. Na mesma linha, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, a seu turno, dispõe no artigo 12 que a saúde – genericamente considerada, isto é, seja física ou mental – é um direito de toda pessoa. Seja em um, seja no outro diploma internacional, o que se percebe na tutela da saúde é a amplitude que se empresta ao seu conceito, já que apresenta uma conotação individual (direito subjetivo à assistência médica no caso de doença) e, também, denota um direito transindividual (necessidade de atuação do Estado para a garantia de um nível adequado de vida).

Em consonância com a inclinação internacional de ser erigida à qualidade de direito fundamental juridicamente protegido, a saúde é tutelada no Brasil em sede constitucional, havendo a Lei Maior instituído toda uma sistemática de normas, com escopo de atingir a efetividade do direito à saúde, em termos práticos. A tendência à constitucionalização da saúde também é verificada em diversos diplomas constitucionais dos mais variados Estados. Na América Latina, por exemplo, a saúde é tratada nas Constituições da Argentina, Uruguai e Paraguai.

Desta forma, a saúde é um direito garantido por tratados internacionais e também por grande parte das Constituições dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. O tratamento dado à saúde se justifica pela importância antes anunciada de tal direito, considerando a intrínseca relação existente entre a saúde e a vida. Ademais, a dignidade humana é erigida a compromisso internacional da maioria das nações, como forma de garantia a cada ser humano do mínimo de direito que lhe é devido por sua própria condição humana.

4. O CONCEITO JURÍDICO DE “SAÚDE”

A Constituição da República, em que pese extensa e criticada como prolixa, não conceituou o termo “saúde”. No entanto, também não trouxe qualquer dispositivo que limitasse a sua interpretação à “saúde pública básica”, ao contrário. Todo tratamento sistemático e cuidadoso do legislador constituinte permite sinalizar a necessidade de sua exegese da forma mais ampla possível. Ademais, por ostentar a qualidade de direito fundamental, a “saúde” deve ter interpretação ampla, isto é, *devem ser interpretadas restritivamente as limitações, havendo, a rigor, regime unitário dos direitos fundamentais de várias gerações, donde segue que, no âmago, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento, notadamente os direitos sociais, vedando os retrocessos*.¹⁶

No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) é estabelecido que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção

¹⁶ FREITAS, Juarez. *O Princípio da Democracia e o Controle do Orçamento Público Brasileiro*. Do sítio <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/171.htm>. Acesso em: 28 mar. 2012.

de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”, bem como que “os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”¹⁷. Já em 1948 – e pode-se dizer, até mesmo, antes dessa data –, quando da elaboração do documento que deu vida à OMS, se assinalava para uma preocupação mundial com a saúde do ser humano, com o seu reconhecimento como bem jurídico intimamente ligado à dignidade humana.

Não é crível que a interpretação dada ao direito social “saúde” no Brasil se limite à garantia de uma “saúde pública básica”. O conceito de direito à saúde contempla todas as medidas necessárias à sua promoção, prevenção e assistência integral, o que, no caso relatado, englobaria desde a detecção precoce da doença (com todos os exames necessários) aos cuidados paliativos, incluídos todos os medicamentos e tratamentos médicos que se fizessem necessários, ainda que não se obtivesse a cura, mas que se permitisse uma vida digna com o controle da moléstia. Mesmo diante de um quadro de doença incurável, é devido empreender todos os esforços para o prolongamento da vida com qualidade. A outra conclusão não se pode chegar, considerando toda sistemática peculiar da disciplina da saúde, em sede constitucional, bem como a necessidade de ampla interpretação aos direitos fundamentais.

5. A TESE DA RESERVA DO POSSÍVEL E A SAÚDE PÚBLICA

Para tudo há um limite, decerto. Mas será que a saúde pública pode ser alvo de limitação pela “simples alegação da tese da reserva do possível”? Seria admissível restringir o direito à saúde através do “argumento genérico e não comprovado de que existe uma limitação orçamentária que impede a sua realização de forma plena”? Afinal, a saúde é tutelada constitucionalmente pela sua intrínseca relação com a vida. Esta, por sua vez, deve ser adjetivada pela dignidade conferida a todos seres humanos, como decorre em favor dos demais direitos fundamentais. Por tal razão, houve um tratamento especial ao direito social “saúde” pelo legislador constituinte, conforme acima visto.

Por outro lado, é inquestionável a limitação dos cofres públicos. Além disso, inúmeros foram os direitos que passaram a ser tutelados pelo Estado, ensejando um aumento da carga tributária e um maior gasto daquilo que foi arrecadado. Dessa forma, natural seria haver um limite máximo dos gastos públicos para que nenhum *déficit* seja criado em detrimento do erário. A limitação orçamentária é o respaldo da tese da reserva do possível, segundo a qual os recursos são escassos, de forma que a realização dos programas sociais tem uma limitação de ordem financeira.

Hodiernamente, a Administração Pública se vale como defesa da tese da reserva do possível, informando a impossibilidade de realização da “saúde

¹⁷ Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946 foi elaborada na cidade de Nova Iorque em 22 de Julho de 1946, num único exemplar, feito em língua chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa, sendo cada um dos textos igualmente autêntico. Os textos originais foram depositados nos arquivos das Nações Unidas.

pública plena” em favor de todos, sob o fundamento da ausência de recursos financeiros para tanto. Contudo, ao analisar a Constituição da República sistematicamente, é possível observar a especial tutela que é dada ao direito social “saúde”¹⁸. O tratamento diferenciado permite dizer que a saúde é um direito que goza de disciplina peculiar em relação aos demais, de modo que, na organização dos gastos públicos, deve contar com prioridade na alocação de recursos, em detrimento de outros gastos de “menor importância” (como a publicidade do governo, por exemplo).

Há de se ressaltar que não se está a dizer que cultura, esporte, moradia ou qualquer outro programa de governo de incentivo e fomento deve ser deixado de lado. O que se argumenta é que a saúde tem primazia de recebimento de recurso, em detrimento de qualquer outro programa de governo, e isso se percebe da análise sistemática do tratamento do direito à saúde, em sede constitucional, mas também considerada sua íntima e indissociável ligação com o direito à vida, guiado pelo vetor axiológico da dignidade humana. Não havendo suficiência de recursos para satisfação plena da saúde, devem ser transpostos recursos de outra categoria para sua consecução, ou, em não sendo possível, há de se criar ou majorar os tributos (na sua mais diversa natureza), de modo a angariar fundos para a realização plena da garantia constitucional.

Nesse ponto, críticas surgirão sob o forte argumento de que, no Brasil, a carga tributária é muito pesada e qualquer novo tributo criado ou majorado imporia um maior ônus para toda a sociedade. Disso, ninguém duvida. Mas, o legislador constituinte originário previu uma espécie tributária (da competência da União) que até a data de hoje não foi instituída, qual seja, o imposto sobre grandes fortunas (artigo 153, inciso VII, da Constituição da República). Ao deixar de instituir uma espécie tributária, os Poderes Legislativo e Executivo informam, ainda que indiretamente, a desnecessidade de angariar mais fundos, ou seja, a suficiência de arrecadação para realização das necessidades sociais. Breve reflexão permite concluir nesse sentido, já que a Constituição da República permitiu a instituição do imposto sobre grandes fortunas desde o seu texto original, isto é, desde 1988 (há mais de 20 anos), inclusive tendo a Lei de Responsabilidade Fiscal informado que se afiguram requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação (artigo 11)¹⁹, de forma que, não sendo instituído e arrecadado o

¹⁸ A tutela direito social à saúde é semelhante à tutela do direito social à educação. Todavia, em que pese a importância inquestionável da educação como forma de desenvolvimento de toda uma nação, a saúde se apresenta com um direito superior em grau de prioridade de realização, pela Administração Pública, considerando sua relação indissociável com a vida.

¹⁹ O artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2005) é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, na medida em que há aqueles que apontam sua inconstitucionalidade, visto que a previsão da possibilidade de instituição de determinado tributo, pela Constituição da República, não poderia significar sua obrigatoria instituição, pelo ente ao qual foi destinado, já que se trata de ato de soberania. Outros, por outro lado, combatem tal posicionamento, sob o fundamento de não ser a Constituição da República uma Carta de intenções, de forma que

imposto sobre grandes fortunas, pela União, para que não se fale em irresponsabilidade na gestão fiscal, se considera como suficiente a arrecadação, sendo a renúncia à tal exação consequência da desnecessidade de seu produto.

Desta sorte, enquanto não houver sido instituído o imposto sobre grandes fortunas, enquanto houver – gastos de menor importância (e se insiste no exemplo dos gastos efetivados com as propagandas de governo) –, não se pode levantar a tese da reserva do possível como forma de limitar a atuação estatal na consecução da garantia de programa de “saúde pública plena”, extensível a todo e qualquer cidadão.

Nesse sentido, também entendeu o Superior Tribunal de Justiça, que igualmente se valeu do exemplo de – gastos com propaganda – como aqueles investimentos governamentais de caráter secundário, que não podem, de forma alguma, afetar a existência de recursos suficientes ao atendimento dos custos pertinentes à efetivação dos direitos fundamentais. Salientou que o administrador público não poderá preterir com suas escolhas a reserva de recursos necessária ao atendimento dos direitos fundamentais. O cuidado com estes não se confunde com um juízo discricionário daquele, nem mesmo depende de uma vontade política. Isto porque, tais direitos decorrem da própria dignidade humana, não sendo à ela oponível a tese da reserva do possível. Indo além, se posicionou o STJ destacando que, para fins de alegação da reserva do possível, é imperiosa a “demonstração real da insuficiência de recursos” pelo Poder Público, “não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social”.²⁰

Recordou ainda o Egrégio Tribunal que a tese da reserva do possível pauta-se em ideia existente desde os romanos, de acordo com a qual a obrigação impossível é inexigível (*Impossibilium nulla obligatio est* – Celso, D. 50, 17, 185). Por essa razão, a insuficiência de recursos orçamentários não pode consistir em “mera falácia”. No plano fático, portanto, a reserva do possível está intimamente relacionada ao problema da escassez. Na inexistência de recursos capazes de dar conta de todas as necessidades, a decisão do

aquele “poder” de instituir o imposto sobre grandes fortunas é, na verdade, um “poder-dever”. No entanto, a questão se atém ao âmbito doutrinário, na medida em que a consequência jurídica da não instituição de um imposto é a impossibilidade de recebimento de transferências voluntárias, pelo ente que deixa de proceder à exação (artigo 11, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal), porém a União – que é o ente responsável pela instituição do imposto sobre grandes fortunas – não recebe transferências voluntárias, não sofrendo qualquer coação legal para instituição do tributo em questão. Ademais, tal discussão não afasta os argumentos suscitados contra a aplicação da reserva do possível, pois qualquer que seja o posicionamento que se adote acerca da necessidade ou desnecessidade de instituição da comentada exação, o fato de sua inexistência impede que a Administração Pública lance mão da tese da reserva do possível como defesa para realização de seu mister, já que renuncia a arrecadação de um imposto sem que haja qualquer justificativa que assim permita.

²⁰ REsp 1185474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 29.04.2010.

administrador de investir numa certa área poderá acarretar a escassez de recursos em outra. Logo, este deverá eleger aqueles que são os interesses prioritários da sociedade (dentre os quais, necessariamente está a saúde), antes de efetuar as despesas. Afinal, “a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial”.²¹

Justamente por se tratar a saúde de um direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, se posicionou o STJ no sentido de que inexistente “empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inserção de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político”, sobretudo quando não for feita prova objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Em se tratando de direito social, sublinhou o Tribunal que é de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Até porque, seria uma “distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.” Foi pontuado que a jurisprudência do STJ admite até mesmo o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de decisão judicial, especialmente nas situações de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde.²²

Ainda sobre o controle judicial das políticas públicas, defendeu o STJ que “a vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social”. Nesse passo, a saúde é uma garantia subjetiva exigível de imediato, em oposição à omissões do Poder Público, ao qual são impostas obrigações positivas. Assim, por exemplo, se falta vaga em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) no único hospital local, ocorre a violação do direito à saúde, eis que é afetado o mínimo existencial da pessoa humana. Logo, as políticas públicas ficam sujeitas a controle de constitucionalidade e de legalidade, em especial quando em cena não uma política pública qualquer, porém a de saúde, que não pode estar caracterizada por total ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.²³

Ressalte-se que seguindo a mesma orientação é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o qual as normas constitucionais relativas à saúde são cogentes e vinculantes, inclusive as de conteúdo programático, veiculadoras de diretrizes de políticas públicas (art. 6º, 196 e 197 da Constituição da República). Desse modo, necessário reconhecer o

²¹ REsp 1185474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 29.04.2010.

²² REsp 1488639/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.11.2014, DJe 16.12.2014.

²³ REsp 1068731/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.02.2011, DJe 08.03.2012.

papel do Judiciário na implementação dessas políticas, acaso não efetivadas pelo Poder Público. A garantia fundamental da saúde deve ser protegida, sendo descabida a tese da reserva do possível quando esta comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.²⁴

6. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA E AS SUAS CRÍTICAS

A postura ativa do Poder Judiciário no processo de judicialização das políticas públicas tem sido alvo de severas críticas e combativas defesas, demonstrando não haver consenso na doutrina pátria acerca de tal comportamento. Na verdade, a questão do ativismo judicial – do qual a judicialização das políticas públicas se apresenta como uma das consequências – não é tema fácil de tratar, considerando o dissenso que há desde sua conceituação e a confusão que se faz acerca de suas manifestações.

Para melhor compreensão do tema, há que se ter em mente a existência de inúmeras formas de ativismo judicial. Por exemplo, em sede de controle de constitucionalidade por omissão, ou do julgamento de mandado de injunção, o Poder Judiciário pode decidir pela aplicação de uma lei ou disciplinar determinada matéria, quando se verifique omissão do Poder Legislativo a respeito, em uma atuação na qualidade de legislador ativo, ainda que de forma indireta²⁵. A isto se dá o nome de ativismo judicial. Em outro exemplo, é possível identificar o Poder Judiciário interpretando a Constituição da República de forma expansiva, isto é, abarcando em seu conceito consequência jurídica que supera àquela previsão legal originariamente expressa no texto constitucional²⁶. Aqui também se está diante do ativismo judicial. Em último exemplo, pode-se verificar o Poder Judiciário ampliar previsão legal de texto infraconstitucional para abarcar valores previstos na Lei Maior²⁷. E mais uma vez se está diante do ativismo judicial.

Assim, o que se verifica é que a expressão usualmente empregada pela doutrina ao falar em “ativismo judicial”, reúne o reconhecimento das mais diversas posturas ativas que pode adotar o Poder Judiciário, de modo que uma crítica ao ativismo judicial deve ser vista com cuidado, para não se

²⁴ ARE 745745 AgR, Rel. Ministro Celso Mello, Segunda Turma, julgado em 02.12.2014, Processo Eletrônico DJe 250, Divulg. 18.12.2014, Public. 19.12.2014.

²⁵ O Supremo Tribunal Federal adotou a postura ativa na forma indicada, ao julgar os Mandados de Injunção número 670, 708 e 712, nos quais se suscitava a omissão contumaz do Poder Legislativo na disciplina do direito de greve dos servidores públicos.

²⁶ O Supremo Tribunal Federal adotou a postura ativa na forma indicada, ao julgar a questão relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277, interpretando a proteção dada à família, pela Constituição da República, de forma ampla, ainda que aparentemente contrária ao texto legal previsto no artigo 226 da Constituição da República, que reconhece o casamento entre homens e mulheres, expressamente.

²⁷ O Supremo Tribunal Federal adotou a postura ativa na forma indicada ao julgar a ADPF 54, na qual se autorizou o aborto dos fetos anencéfalos, ampliando o rol de abortos que são legalmente autorizados pelo Código Penal Brasileiro.

incorrer na leviandade de abarcar todos os comportamentos judiciais que a expressão reúne em seu sentido, em um só conceito.

A expressão “ativismo judicial” também é utilizada para identificar o conceito de judicialização das políticas públicas. O Poder Judiciário, nesses casos, adota postura ativa para determinar que o Poder Executivo pratique determinada conduta que lhe é obrigatória por lei, de forma direta e eficiente. Este é o sentido de “ativismo judicial” que se deve ter em mente ao analisar o tratamento da saúde pública, pelos Tribunais.

Nesse ponto, é importante chamar atenção para o seguinte fato. Os opositores à judicialização das políticas públicas se prendem a uma interpretação simplista da doutrina de Montesquieu da separação dos Poderes. Diz-se simplista por ser descontextualizada de sua criação, já que a obra foi criada em meio ao rompimento com a monarquia absolutista. Por óbvio que passado o tempo, tendo a história caminhado por outros cursos, a doutrina da separação de Poderes deve ter sua interpretação modificada. GRINOVER²⁸, ao tratar do controle jurisdicional das políticas públicas, informa que as formas de expressão de poder estatal são meros instrumentos para consecução dos fins do Estado (especialmente da dignidade da pessoa humana, no caso do Brasil), e que os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são – ou deveriam ser – harmônicos, de modo que se um dos Poderes não cumpre os desígnios constitucionais (considerando a Constituição da República como expressão máxima da soberania popular) cabe ao outro satisfazer a intenção da Lei Maior, o que justificaria a judicialização das políticas públicas sem que houvesse qualquer tipo de mácula à doutrina da separação dos Poderes.

Desse modo, é por essa razão que os maiores opositores ao ativismo judicial não se voltam contra aquilo que se denominou “judicialização das políticas públicas”, reconhecem que, por força do princípio da legalidade administrativa (que no sistema jurídico constitucional pátrio se encontra expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição da República), a determinação de cumprimento de mister legalmente previsto, pelo Poder Judiciário, direcionado ao administrador público, é aceito e legítimo²⁹.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

²⁹ A origem da doutrina do ativismo judicial é, eminentemente, norte americana. A postura ativa da Corte Superior, a força dos precedentes judiciais, a forma como o Poder Judiciário é organizada nos Estados Unidos da América, fez surgir a doutrina do *judicial review* que é, em uma tradução simplista, uma das formas de ativismo judicial. Um dos principais críticos do *judicial review* é o professor neozelandês, erradicado nos Estados Unidos da América, Jeremy Waldron. Na exposição que realiza no texto *A Essência da Oposição ao 'Judicial Review'*, Waldron assim expõe: *Este é um ensaio sobre o 'judicial review' realizado sobre a legislação, não sobre o 'judicial review' realizado sobre ação do executivo ou sobre tomada de decisão administrativa. A questão que quero abordar diz respeito à legislação primária promulgada pelo parlamento eleito de um Estado politicamente organizado. Pode-se pensar que alguns dos mesmos argumentos se aplicam também à ação do executivo: afinal de contas, o executivo possui algumas credenciais eleitorais próprias*

É inquestionável que, nos últimos anos, no Brasil (assim como na maioria dos países ocidentais), a Constituição conquistou força normativa e efetividade. Tal reconhecimento é fruto daquilo denominado por SOUZA NETO³⁰ de *doutrina da efetividade*. Passou-se a reconhecer que a norma constitucional (por ser “norma”), tem força imperativa, de forma que a Constituição não pode ser mera declaração de intenções. Assim, nas palavras de BARROSO³¹, *normas constitucionais são aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa*.

Não sendo a Constituição da República uma carta de intenções, e considerando o sistema protetivo garantido em seu texto à saúde, as críticas em relação às constantes determinações judiciais de realização de procedimentos clínicos, fornecimentos de medicamentos, internações, pagamento de exames etc., não encontram amparo e carecem de respaldo. Nas palavras de BINENBOJM³², *embora a jurisdição constitucional se apresente como uma instância de poder contramajoritário, situada no limite entre o jurídico e o político, sua missão será a de intervir a favor e não contra a democracia*.

7. DE VOLTA AO CASO

O cidadão, idoso, diagnosticado de câncer, internado em hospital público sem especialista em oncologia (e tampouco tratamento médico indicado para esta moléstia), esgotadas as vias administrativas para a obtenção de sua transferência para outro nosocômio com a especialidade clínica de que necessitava, viu seu pleito indeferido na via judicial, sob o fundamento de que “o fato de já estar internado seria o suficiente para se considerar caracterizada a prestação de saúde pelo Estado”. E daqui nasceu o questionamento que ensejou toda digressão acima realizada: o direito fundamental ao tratamento médico digno foi observado?

A resposta é não, uma vez que, de um lado a Administração Pública não lhe propiciou a assistência integral e o tratamento especializado necessário

com as quais pode se opor à tomada de decisão dos juízes. Mas é quase universalmente aceito que as credenciais eleitorais do executivo estão sujeitas à norma jurídica, consequentemente, que os tribunais podem apropriadamente exigir de autoridade que atuem de acordo com autorização legal. Desta forma, pode-se reconhecer que um dos maiores opositores ao ativismo judicial não é contra aquilo que se denominou “judicialização das políticas públicas”, pois reconhece que, por força do princípio da legalidade administrativa (que no sistema jurídico constitucional pátrio se encontra expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição da República), a determinação de cumprimento de mister legalmente previsto, pelo Poder Judiciário, direcionado ao administrador público, é aceito e legítimo.

³⁰ A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³² BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.

para o cuidado de sua saúde, de outro porque, levada a questão ao Judiciário, este não efetuou o controle de constitucionalidade e legalidade da política pública de saúde como deveria, o que resultou na própria violação ao direito de saúde do idoso com câncer. Prevaleceu, como visto anteriormente, a tese da reserva do possível, alegada de forma genérica e sem a comprovação da escassez de recursos financeiros na hipótese, em detrimento do direito fundamental à saúde, do qual o direito ao tratamento digno é um consectário lógico. O paciente não recebeu o atendimento integral e individualizado a que fazia jus, em conformidade com as suas necessidades especiais. A prestação do serviço de saúde pública desta forma (chamada de meramente “básica”) está longe do que seria um cuidado da saúde maneira “plena”. A ausência de um oncologista e de condições para ser ministrado o tratamento oncológico devido ao caso falam por si mesmas.

Quedou desrespeitado o fato de a saúde pública ser um direito fundamental de toda e qualquer pessoa humana, por sua relação intrínseca com a vida. Ademais, por ser o homem um fim em si mesmo³³, sua dignidade – o mínimo que lhe é devido por suportar, justamente, a condição humana³⁴ – deveria ter servido de vetor axiológico para a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Porém, *in casu*, não houve tutela da condição digna devida ao ser humano, por qualquer dos Poderes constituídos. E mais, ainda houve violação do princípio da eficiência administrativa, com a realização de gasto público sem qualquer proveito.

Vale lembrar que, ao tratar o conceito jurídico de “saúde”, se concluiu no sentido da impossibilidade de sua interpretação restrita. Sua compreensão como dever de o Estado prestar serviço restrito à saúde pública “básica” e não “plena” em prol do cidadão, deixando-o à mercê da sorte na hipótese de sua condição física demandar uma assistência especializada e integral, que ultrapassava a compreensão básica daquilo prestado como saúde, resulta em si mesma em efeitos devastadores para a existência humana digna. A interpretação restritiva do mister de realização da saúde, pelo Estado, vai de encontro à sistemática constitucional, visto que a própria Lei Maior, malgrado não conceituar a saúde, também não a restringe à exigência de sua realização na forma “básica”, quando ao certo, ao tratá-la como direito fundamental, lhe impõe o tratamento mais amplo possível. Não é crível, na análise daquilo que compreende a prestação de saúde, que se atenha ao mero diagnóstico. O direito fundamental que se está a tratar exige que se vá além, também abarcando todas as formas de se atingir a cura da doença diagnosticada ou, em não sendo possível se obter a cura, que ao menos seja garantido ao doente às formas de controle da sua moléstia que lhe garantam

³³ KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, /s.d./.

³⁴ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

uma vida digna. Devem ser empreendidos todos os esforços ao prolongamento da vida com qualidade.

Ademais, verificado que o Poder Executivo deixou de cumprir seu mister na realização da saúde de forma eficaz, em favor do cidadão, o Poder Judiciário, como aquele apto a fazer cessar toda lesão ou ameaça de direito, havia para si a responsabilidade de garantir ao idoso com câncer o tratamento médico que lhe era devido, pela Administração Pública, já que suscitado para tanto. Não o fez, fato que demonstra mais uma lesão à ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, sem mencionar que o tratamento conferido – limitado à mera internação hospitalar – sem o cuidado especializado no trato da enfermidade, se deu em completa dissonância com o vetor axiológico da dignidade da pessoa humana.

Acrescente-se que a questão, malgrado passe pela discussão sobre o comportamento ativo do Poder Judiciário e sua possível conduta contramajoritária – que, aparentemente, poderia estar violando a harmonia que se espera dos três Poderes, devidamente delimitados – não é suscetível das críticas que se faz à judicialização das políticas públicas, até porque o Poder Judiciário não estaria a criar um programa de governo voltado à saúde, mas sim observando a tutela de direito individual do idoso, na realização de tratamento que lhe fosse indicado como eficaz para a sua doença, bem como determinando ao Poder Executivo o respeito e cumprimento das garantias constitucionais em favor do cidadão e dos princípios administrativos.

Há de se ter em mente que a Administração Pública está adstrita aos princípios constitucionais insculpidos no *caput* do artigo 37, cujo rol inclui, especialmente, o princípio da eficiência. Nas palavras de SILVA, *a eficiência administrativa é atingida pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais), para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários*³⁵, ou seja, se exige o melhor emprego do dinheiro público para satisfação das necessidades coletivas – e a saúde é, também, uma necessidade coletiva, não só como medida de proteção e contenção de contágios, como ainda por ser destinada a todo e qualquer cidadão, indistintamente.

Ao ser internado em hospital sem a especialidade médica para cura ou controle da doença que sofria, o idoso não teve satisfeito seu direito fundamental à “saúde pública plena”. Tampouco lhe foi dispensado tratamento digno por qualquer dos Poderes constituídos. No entanto, neste mesmo ato, toda a população brasileira foi lesada em seu patrimônio, na medida em que a manutenção do idoso internado era, inquestionavelmente, um ônus sem qualquer proveito, já que o idoso não sairia curado ou com sua doença controlada, porém, ainda assim, estaria se valendo daquela vaga hospitalar, com alimentação, utilização de material de higiene pessoal, consulta com

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 655-656.

médicos e acompanhamento por enfermeiros, tudo sem qualquer proveito. Perceba-se que não se pretende demonstrar o cidadão como um estorvo para o Estado, pois ele é a própria causa da existência deste. Todavia, sua manutenção em unidade hospitalar da rede pública de saúde, sem que houvesse o tratamento médico que lhe era necessário consistiu em um gasto público sem qualquer proveito.

Assim, não se pode falar que o direito fundamental ao tratamento médico digno foi observado, ao revés. A lesão suplantou o parâmetro individual, além de ter ultrapassado a esfera da Administração Pública, sendo também praticada pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A saúde é um direito fundamental do cidadão, intimamente ligado ao direito à vida. Ademais, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, se apresenta como vetor axiológico, isto é, todas as decisões políticas, administrativas e judiciais (e todas as formas de manifestação estatal) devem ter por escopo propiciar dignidade a todos os cidadãos. No entanto, verifica-se que a saúde pública no Brasil se apresenta, a cada ano, mais deficiente. O Poder Executivo se omite do mister de satisfação da “saúde pública plena”, em que pese o peculiar tratamento dado pelo legislador constituinte e infraconstitucional a tal direito social, de cunho fundamental. Portanto, constantemente, o Poder Judiciário é instado a se manifestar para que, através de suas decisões, sejam garantidos aos cidadãos o diagnóstico, o tratamento médico e os medicamentos indicados a sua moléstia.

Na clássica separação de Poderes proposta por Montesquieu, este condicionou a liberdade à separação entre as funções de legislar, administrar e julgar. Todavia, as formas de expressão de poder estatal são meros instrumentos para consecução dos fins do Estado (especialmente da dignidade da pessoa humana, no caso do Brasil), sendo certo que os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são – ou deveriam ser – harmônicos. Quando um dos Poderes não cumpre os desígnios constitucionais (considerando a Constituição da República como expressão máxima da soberania popular) cabe ao outro satisfazer a intenção da Lei Maior, já que esta não se mostra como uma simples Carta de intenções. Afinal, é inquestionável que, nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou força normativa e efetividade, passando a se reconhecer que a norma constitucional (por ser “norma”) tem força imperativa, sendo aplicável direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Dessa forma, o tratamento peculiar que é dado à saúde, pelo legislador constituinte, conforme análise sistemática das normas constitucionais, permite perceber que a “saúde pública plena” é um direito de grau e importância latente, cuja tutela deve sempre se guiar pelo vetor da dignidade humana. Seu tratamento desidioso, ou a contumaz omissão da Administração Pública, viola

a ordem constitucional pátria e os tratados de direito internacional. Ademais, não se compreende na saúde um simples dever de realização, mas um mister de execução eficaz e eficiente, cabendo uma ampla leitura daquilo que a garantia comporta, abrangendo o cuidado integral da saúde individual, aí incluso o tratamento médico digno (através de medicamentos e procedimentos clínicos que curem ou que controlem a doença, trazendo dignidade ao doente). E é diante de toda a peculiar sistemática deferida à saúde pública que o Poder Judiciário deve agir de forma a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, valor prioritário da ordem jurídica brasileira. Não basta uma simples decisão judicial, exige-se uma decisão eficaz. Não é suficiente a satisfação da “saúde pública básica”. Necessário respeitar o direito fundamental à “saúde pública plena” de todo cidadão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recurso e as Decisões Trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais – Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Do sítio http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em: 28 mar. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.

FALLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Juarez. *A Melhor Interpretação “versus” a Única Resposta Correta*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FREITAS, Juarez. *O Princípio da Democracia e o Controle do Orçamento Público Brasileiro*. Do sítio <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/171.htm>. Acesso em: 28 mar. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais – Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais – Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

WALDRON, Jeremy. “A Essência da Oposição ao ‘Judicial Review’”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.) *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.