JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

José Antonio **REMEDIO**[1]
Davi Pereira **REMEDIO**[2]
Wagner Rogério de Almeida
MARCHI[3]

SUMÁRIO: Introdução. 1. Proteção normativa do direito à saúde. 2. O direito à saúde como direito fundamental social. 3. Políticas públicas. 4. Direito à saúde e instrumentos judiciais de tutela coletiva. 5. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu título II, denominado "Dos direitos e garantias fundamentais", trata de forma expressa dos direitos fundamentais, distribuindo-os em cinco capítulos distintos, respectivamente intitulados "Dos direitos e deveres individuais e coletivos" (art. 5º), "Dos direitos sociais" (art. 6º a 11), "Da nacionalidade" (arts. 12 e 13), "Dos direitos políticos" (art. 14 a 16) e "Dos partidos políticos" (art. 17).

Todavia, o rol de direitos fundamentais previstos no Título II da Lei Maior não esgota essa espécie de direitos, uma vez que o texto constitucional contempla outros direitos fundamentais fora do catálogo do referido Título II.

Corroborando referida assertiva, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal estatui que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988).

[1] Pós-Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de Engenheiro Coelho (UNASP). Professor Licenciado de Graduação em Direito Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado. jaremedio@yahoo.com.br
[2] Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Advogado. advocaciaremedio@hotmail.com
[3] Mestre em Direito Internacional pela Universidad de La Empresa de Montevideo. Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Escrivão de Polícia. wagner.marchi@gmail.com

A Lei Maior também dispõe que a ordem social brasileira tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (CF, art. 193), o que exige, para sua implementação, a preservação e a proteção do direito à saúde.

A saúde insere-se entre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º), é indispensável à vida e indissociável à dignidade da pessoa humana, sendo competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde (CF, art. 23, II).

Os direitos relativos à saúde possuem ampla proteção constitucional. Exemplificando, a Constituição Federal trata expressamente do direito fundamental à saúde no art. 6º (como direito social), art. 194 (incluindo-a no âmbito da seguridade social) e art. 196 (como direito de todos e dever do Estado).

A saúde é definida no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste na ausência de doença ou de enfermidade" (CONSTITUIÇÃO, 1946).

A Constituição Federal incorporou o conceito de saúde formulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), "como um bem-estar físico, mental e social, não sendo apenas a falta de doenças, mas também um cuidado para que houvesse um equilíbrio entre o bem-estar do homem e sua relação com o meio ambiente e a sociedade" (BORGES; FONSECA, 2017, p. 79).

Porém, em que pese o direito à saúde possuir ampla proteção constitucional, inclusive por estar atrelado à dignidade da pessoa humana, a realidade brasileira mostra que os serviços de saúde, principalmente públicos, não atendem às demandas da sociedade e dos indivíduos, sendo notório o descaso, a falta de cuidados, a ausência de tratamento, enfim, o não cumprimento dos ditames constitucionais no que se refere à importância, relevância e concretização do direito à saúde.

A inércia total ou parcial do Poder Público na implementação dos serviços de saúde pode dar ensejo, ainda que em caráter excepcional, à intervenção do Poder Judiciário, objetivando o cumprimento dos ditames constitucionais no que se refere aos direitos fundamentais.

A pesquisa objetiva analisar a questão do direito à saúde, em especial quanto à implementação pelo Poder Judiciário de políticas públicas objetivando sua efetivação, nos casos de inércia ou omissão do Poder Público responsável, em particular do Poder Executivo.

Estruturalmente, a pesquisa inicia-se com a abordagem da proteção normativa do direito à saúde. Em seguida, trata do direito à saúde como direito fundamental social. Na

sequência, aborda as denominadas políticas públicas. Por fim, analisa o direito à saúde e os instrumentos judiciais de tutela coletiva, objetivando sua proteção.

O método utilizado é o dedutivo, tendo como base a pesquisa, legal, doutrinária e jurisprudencial.

Tem-se, como hipótese, que a inércia ou omissão do Poder Público, em especial do Poder Executivo, legitima o Poder Judiciário, ainda que em caráter excepcional, a implementar as políticas públicas de saúde, de forma a garantir a concretização do direito fundamental à saúde dos indivíduos.

1. PROTEÇÃO NORMATIVA DO DIREITO À SAÚDE

A proteção normativa do direito à saúde está prevista nas órbitas internacional e nacional.

No âmbito internacional, entre outros diplomas normativos, o parágrafo 1º do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estatui que (DECLARAÇÃO, 1948):

> Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Na esfera nacional são várias as disposições constitucionais e infraconstitucionais que se referem ao direito fundamental à saúde.

Assim, nos termos do art. 194 da Lei Maior, a seguridade social "compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade" (BRASIL, 1988).

Conforme preceitua o art. 196 da Magna Carta, "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

O texto do art. 196 da Constituição Federal possibilita a identificação dos destinatários do direito à saúde (todas as pessoas) e os responsáveis por sua garantia, aplicação, promoção e proteção (o Estado).

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, "cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua

execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (CF, art. 197) (BRASIL, 1988).

Ainda, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado conforme as seguintes diretrizes (CF, art. 198): descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde (SUS), sob a égide dos arts. 196 a 200 da Constituição Federal, encontra-se disciplinado em suas linhas básicas pela Lei 8.080/90 (que regula em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de Direito Público ou Privado) e pela Lei 8.142/90 (que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde).

Conforme previsto no art. 200 da Lei Maior, compete ao Sistema Único de Saúde, além de outras atribuições previstas em lei (BRASIL, 1988): controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, e participar, entre outros, da produção de medicamentos, equipamentos e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, assim como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, assim como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

No âmbito nacional infraconstitucional, entre outras disposições legais que tratam da saúde, destaca-se a Lei 8.080, de 19-9-1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído pelo "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das Fundações mantidas pelo Poder Público" (Lei 8.080/90, art. 2º), podendo a iniciativa privada participar do SUS em caráter complementar (Lei 8.080/90, art. 4º, § 2º) (BRASIL, 1990).

Além de serem desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS, conforme previsto no art. 7º da Lei 8.080/90, obedecerão também aos seguintes princípios (BRASIL, 1990): universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; participação da comunidade; descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos; organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral.

2. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Os direitos fundamentais acompanham a história da humanidade.

Podem ser compreendidos os direitos fundamentais como “as prerrogativas que, por emanarem diretamente da natureza humana, são intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis, sendo anteriores a toda sociedade e a todo poder, uma vez que sem o homem inexistem a sociedade e o poder” (REMÉDIO, 2011, p. 42).

Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões, assim como possuem “natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais) nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade)” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2017, p. 179).

Segundo Paulo Bonavides (2010, p. 561), “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”.

A doutrina constitucional classifica os direitos fundamentais em dimensões de direitos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira dimensão referem-se a uma abstenção de condutas por parte do Poder Público em face dos cidadãos, implicando na concessão de liberdades individuais; os direitos de segunda dimensão englobam direitos de cunho positivo, como os direitos prestacionais e as liberdades sociais; os direitos de terceira dimensão vinculam-se à ideia de proteção de direitos de titularidade coletiva e difusa, com um âmbito de incidência muitas vezes indefinido e indeterminado (SARLET, 2012, p. 48-49).

A jurisprudência brasileira também acolhe a teoria das dimensões de direitos. Assim, ao julgar o Mandado de Segurança n. 22.164-SP (BRASIL, 1995), o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que:

> Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Os direitos sociais, entre os quais o direito à saúde, inserem-se entre os denominados direitos de segunda dimensão.

O direito à saúde, conforme referência de Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 10), está relacionado tanto a um bem jurídico individual como a um bem jurídico coletivo, a ser tutelado pela Constituição Federal.

No âmbito privado, o direito à saúde privilegia a individualidade da pessoa, em especial quanto ao exercício de direitos relacionados à vida e à integridade da pessoa, uma vez que tanto a vida como a integridade da pessoa são indissociáveis à saúde (FERNANDES NETO, 2002, p. 118).

Na esfera coletiva, a saúde é enfocada como um direito fundamental social, resultado de lutas e conquistas das classes trabalhadoras por centenas de anos (GAUDERER, 1991, p. 18).

O direito à saúde, intrinsicamente ligado ao direito à vida, identifica-se como direito fundamental social, conforme expressamente previsto no art. 6º da Constituição Federal, dispositivo normativo esse que se insere no Título II da Lei Maior, intitulado "Dos direitos e garantias fundamentais".

Legalmente, o art. 2º da Lei 8.080/90 dispõe que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" (BRASIL, 1990).

Na doutrina, assevera Botelho (2009, p. 290) que o direito à saúde é um direito fundamental público, subjetivo e universal, que se caracteriza em uma dimensão positiva, consubstanciada no direito a prestações materiais, e em uma dimensão negativa, pela proteção contra agressão de terceiros, sejam eles públicos ou particulares.

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 734.487-PR, sufragou o entendimento no sentido de que "o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço" (BRASIL, 2010a).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 811.608-RS, decidiu que direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja em razão do disposto no art. 5º, § 2º, da Lei Maior, seja em face de seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental, mesmo estando situado fora do catálogo do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007, p. 314).

Importante destacar que a principal característica dos direitos fundamentais é possibilitar a concretização do princípio da dignidade humana prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal, observando-se que o princípio da dignidade humana atribuiu unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 36-37).

Todavia, o que a realidade brasileira tem mostrado, é o descaso com a saúde por parte do Poder Público, em particular pelo Poder Executivo, revelando-se inócuo o fato de o direito à saúde estar inserido entre os direitos fundamentais.

Porém, não se pode desconsiderar que a Corte Suprema, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n. 24.197-PR, decidiu que o art. 196 da Lei Maior consagra o direito à saúde como dever do Estado, dever que deverá, através de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz possível, visando oferecer ao indivíduo maior dignidade e menor sofrimento (BRASIL, 2010c).

Assim, visando à concretização do direito social fundamental à saúde, é imperioso que sejam implementadas as políticas públicas necessárias para sua efetivação, a cargo dos Poderes e Órgãos Públicos responsáveis.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos fundamentais sociais estão em regra relacionados a obrigações de prestação positivas, cuja satisfação consiste num *facere*, ou seja, uma ação positiva a cargo dos poderes públicos (QUEIROZ, 2006, p. 25).

A política pública é definida por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 14):

> Como um programa ou quadro "de ação" governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

As políticas públicas representam basicamente, "a eficácia social do direito do cidadão a obter prestações positivas do Estado" (FRISCHEISEN, 2000, p. 76).

A efetivação do direito à saúde, como espécie de direito fundamental social, está associada à implementação de políticas públicas.

Tanto é assim, que o art. 196 da Constituição Federal estatui que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

São princípios inerentes ao direito à saúde a universalidade, a integralidade e a equidade (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010):

a) pela universalidade, a prestação do serviço público de saúde deve alcançar todas as pessoas, brasileiros ou estrangeiros, conforme se constata do disposto nos arts. 5º, 6º, 194, I, e 196, todos da Constituição Federal;

b) a integralidade envolve ações de promoção à saúde, prevenção de doenças, tratamento e reabilitação, cabendo ao Estado sua abordagem assistencial completa e integral;

c) a equidade está relacionada à igualdade de oportunidades para que o indivíduo possa utilizar o sistema de saúde, com acesso indistinto a todos em relação aos serviços públicos de saúde.

A dignidade da pessoa humana também é indissociável do direito à saúde.

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, "é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado" (SARLET, 2006, p. 41), assim como possui caráter multidimensional, considerando-se (SARLET, 2006, p. 60):

> Sua dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica), sua dimensão histórico cultural e sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, ao que se poderia agregar a igualmente dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, exteriorizado no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 734.487-PR, o Poder Judiciário pode determinar ao Estado, quando inadimplente, a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, como no caso do direito social da saúde, sem que isso implique em ingerência em matéria que envolva o poder discricionário do Poder Executivo (BRASIL, 2010a).

A Corte Suprema, ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47-PE, também decidiu que os entes federativos, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são solidariamente responsáveis em matéria de saúde, em particular no que se refere aos serviços prestados em hospitais públicos (BRASIL, 2010b).

O Estado deve criar meios não só para prover serviços médico-hospitalares e de fornecimento de medicamentos, mas também para implementar políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos, que são solidários no tocante à responsabilidade, garantirem recursos em seus orçamentos para sua implementação (CF, arts. 23, II, e 198, § 1º) (BRASIL, 2011b).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337-SP, decidiu que, apesar de residir primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, o Poder Judiciário, ainda que em caráter excepcional, particularmente em relação às políticas públicas definidas pela própria Constituição, pode vir a implementá-las, sempre que os órgãos estatais responsáveis por sua implementação vierem a comprometer, com sua omissão, a integridade dos direitos sociais e culturais de estatura constitucional (BRASIL, 2011a).

Entre as defesas formuladas pelo Poder Público para a não implementação de políticas públicas, em especial em relação aos serviços de saúde, destacam-se as alegações de ofensa ao postulado da separação de poderes e de limitação decorrente da aplicação da cláusula da reserva do possível.

Embora não relacionada diretamente à questão das políticas públicas de saúde, mas também aplicável à saúde em razão da natureza jurídica das políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do mérito da repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 592.581-RS, decidiu que "é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais", legitimando-se a intervenção judicial em face da supremacia da dignidade da pessoa humana, inaplicando-se no caso o argumento da reserva do possível ou do princípio da separação de poderes (BRASIL, 2015).

Quanto à alegação de ofensa à separação de poderes, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.041.197-MS, expressou-se no sentido de que seria um contrassenso "pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais" (BRASIL, 2009).

No que se refere à reserva do possível, conforme a Corte Suprema ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 745.745-MG, inaplica-se o instituto "sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial" ou mesmo "para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público" (BRASIL, 2015).

O princípio da reserva do possível, como consta do julgamento do Recurso Especial n. 1.041.197-MS pelo Superior Tribunal de Justiça, não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial, tendo em vista que, assegurar um mínimo de dignidade humana através da implementação de serviços públicos essenciais, como a saúde, é objetivo da República Federativa do Brasil, que não pode ficar condicionado à conveniência política do administrador público (BRASIL, 2009).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP, sufragou o entendimento no sentido de que a garantia fundamental do mínimo existencial representa, "no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana". Para a Corte Suprema, a noção de mínimo existencial, que implicitamente resulta de determinados preceitos constitucionais, como o art. 1º, III, e o art. 3º, III, compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se apta a garantir condições adequadas de existência digna, assegurando à pessoa acesso efetivo ao direito geral de liberdade, a prestações positivas originárias do Estado viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à

saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (BRASIL, 2011a).

Sem entrar na discussão quanto ao caráter absoluto ou relativo dos princípios constitucionais, destaca-se que, "embora a Lei Maior não contenha preceito constitucional expresso que positive de forma autônoma o mínimo existencial, referido princípio encontra-se implícito no texto constitucional, derivando, dentre outros preceitos, da dignidade da pessoa humana" (REMEDIO; COSTA, 2019, p. 32-33).

Além da legislação, doutrina e jurisprudência antes citadas, especificamente no que se refere ao direito fundamental social à saúde, a Constituição Federal é expressa ao determinar a aplicação anual de recursos visando à sua implementação.

Assim, de acordo com o art. 198, § 2º, da Carta Magna, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados em conformidade com disposto nos diversos incisos que integram o referido dispositivo constitucional.

Importante observar que a não-aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, nas ações e serviços públicos de saúde, constitui fundamento fático para a intervenção, pela União, nos Estados e no Distrito Federal (CF, art. 34, VII, "e").

Na mesma linha de intelecção, o Estado poderá intervir em seus Municípios, caso não tenha sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal nas ações e serviços públicos de saúde (CF, art. 35, III).

Importante destacar que macula a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04.05.2000), com aplicação das sanções e medidas nela previstas, o não-cumprimento, pelos entes federativos, dos limites constitucionais concernentes à saúde (art. 25, § 1º, IV, "b").

Em síntese, a implementação do direito social à saúde pelo Poder Público é um imperativo constitucional, de responsabilidade da integralidade dos entes federativos brasileiros.

4. DIREITO À SAÚDE E INSTRUMENTOS JUDICIAIS DE TUTELA COLETIVA

O direito à saúde pode ser objeto de proteção individual e coletiva.

A tutela coletiva ganhou destaque somente na segunda metade do século XX (GRINOVER, 2014, p. 403):

> A tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos representa, neste final de milênio, uma das conquistas mais expressivas do direito brasileiro. Colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, os interesses transindividuais têm uma clara dimensão social e configuram nova categoria política e jurídica.

É aplicável a tutela judicial coletiva aos denominados direitos coletivos em sentido amplo, que abrangem os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.

Quanto ao conceito, legalmente, nos termos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, a defesa coletiva em Juízo será exercida quando se tratar de (BRASIL, 1990):

I - interesses ou direitos difusos, "assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato";

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos do Código de Defesa do Consumidor, "os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base";

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, "assim entendidos os decorrentes de origem comum".

No Brasil, a tutela judicial coletiva encontra-se disciplinada por diversos diplomas normativos, como a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29-6-1965), a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24-7-1985), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 2-7-1992) e a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016, de 7-8-2009).

Embora não exista no país um Código de Processo Coletivo, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram um microssistema de tutela coletiva, cujos contornos iniciais básicos foram extraídos da Constituição Federal, da Lei n. 7.347/85 e da Lei n. 8.078/90 (REMÉDIO, 2011, p. 726).

Conforme referência de José Antonio Remedio (2018, p. 802), o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.106.515-MG, adotou o entendimento no sentido de que o art. 21 da Lei n. 7.347/85 e o art. 90 da Lei n. 8.078/90, como normas de envio, permitiram o surgimento de um microssistema ou minissistema de proteção aos interesses ou direitos coletivos em sentido amplo, com o qual outras normas se comunicam,

como o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º-10-2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13-7-1990), a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29-6-1965), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2-6-1992), além de outras normas que visam tutelar direitos dessa natureza.

Apesar de serem diversos os instrumentos judiciais aptos à proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a ação civil pública é o mecanismo mais utilizado para esse desiderato.

A ação civil pública possui a mais ampla incidência quando comparada às demais ações coletivas, pois pode ser utilizada em relação à proteção de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (NEVES, 2019, p. 418).

A tutela judicial coletiva possibilita "em apenas uma única lide alcançar-se resultados que beneficiam um número indeterminado de indivíduos que necessitam da proteção do direito à saúde, modificando-se efetivamente a realidade, de forma ampla e rápida" e eficaz (REMÉDIO; MENOZZI JÚNIOR, 2011, p. 30-31), isso se verificando, inclusive, em relação à implementação de políticas públicas, em especial às concernentes ao direito à saúde.

CONCLUSÃO

O conceito de saúde não está adstrito à ausência de enfermidades, pois também abrange a noção de bem-estar físico, mental e social do indivíduo, ou seja, o conceito é indissociável da vida e da dignidade da pessoa humana.

O texto constitucional brasileiro incumbe ao Estado o dever de prestar serviços públicos de saúde, direito esse que é assegurado a todos.

Todavia, são notórios o descaso e a inércia do Poder Público em relação à saúde dos indivíduos, em especial no que se refere à implementação de políticas públicas para sua efetivação, maculando, assim, o próprio direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O descaso e a inércia do Poder Público, em especial do Poder Executivo, permite a intervenção do Poder Judiciário, ainda que em caráter excepcional, a implementar as políticas públicas necessárias para a concretização do direito à saúde do indivíduo e da população.

A proteção do direito à saúde, enquanto direito social, por meio da implementação de políticas públicas, caso não atendida pelo Estado, em particular pelo Poder Executivo, legitima o Poder Judiciário a efetivá-la, ainda que em caráter excepcional.

As ações jurisdicionais coletivas, em especial a ação civil pública, são instrumentos bastante eficazes para a implementação de políticas públicas não realizadas pelo Estado, em especial quando relativas ao direito à saúde.

A não ser em casos excepcionais, as defesas normalmente apresentadas pelo Poder Público, como a ofensa ao princípio da separação de poderes e a cláusula da reserva do possível, não são suficientes para justificarem o não atendimento pelo Estado das políticas públicas de saúde.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que, diante da inércia ou omissão dos Poderes Constituídos, em especial do Poder Executivo, o Poder Judiciário está legitimado, ainda que em caráter excepcional, a implementar as políticas públicas de saúde, garantindo, assim, a concretização do direito fundamental à saúde dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Verbatim 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Gustavo Silveira: FONSECA, Anna Freitas. A judicialização das políticas públicas de saúde. *Revista Espaço Acadêmico (UEM),* n. 189, ano XVI, p. 75-86, fev. 2017.

BOTELHO, Marcos César. O fornecimento de medicamentos pelo Estado: considerações à luz de Klaus Günther. *Revista da AGU,* Brasília, Ano VII, n. 20, p. 286-304, abr./jun. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.041.197-MS. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília: *DJe,* 16 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 811.608-RS. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *Diário da Justiça*, 4 jun. 2007, p. 314.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 734.487-PR. Relatora Ministra Ellen Gracie, Brasília: *DJe*, 20 ago 2010a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337-SP. Ministro Celso de Mello. Brasília: *DJe*, 15 set. 2011a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 607.381-SC. Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 17 jun. 2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 745.745-MG. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: *DJe* 250, publ. 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47-PE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília: *DJe*, 30 abr. 2010b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: *Diário de Justiça*, 17 nov. 1995, p. 39206.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 24.197-PR. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 24 ago. 2010c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592.581-RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília: *DJe* 018, publ. 1º fev. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In:* BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO) – 1946. 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: 7 out. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html. Acesso em: 7 out. 2019.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas*: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAUDERER, E. Christian. *Os direitos do paciente:* um manual de sobrevivência. 3. ed. Rio de Janeiro, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vicenzo (Orgs.). *Processo coletivo:* do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 403-413.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais.* Salvador: Juspodivm, 2019.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

& Paz, São Paulo, ano XII, n. 40, p. 19-37, 1º sem. 2019.

REMEDIO, José Antonio. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REMEDIO, José Antonio; COSTA, Sidney Antonio da. A mediação extrajudicial no fornecimento de medicamentos no âmbito da administração pública. *Revista Jurídica Direito*

REMÉDIO, José Antonio; MENOZZI JÚNIOR, Moacir. Proteção ao direito social da saúde por meio da implementação de políticas públicas e da tutela coletiva. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, p. 9-37, 2º sem. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

***

ENVIADO EM: Junho de 2022

ACEITO EM: 10 de Agosto de 2022

REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS, DR. EDMUNDO ULSON

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA

ISSN – 1983 5019

VOLUME Nº 1 – ANO 2022