**SUPREMACIA JUDICIAL? – POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO.**

*Carolina de Albuquerque Leda Carvalho*

*Louise Santos Almeida*

*Jéssica Mesquita Rodrigues*

*Gabriel Rodrigues Oliveira de Santana*

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PARA A SOCIEDADE; 3 CAUSAS QUE DEMONSTREM A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE; 4 COMO SE DÁ A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AO DIREITO À SAÚDE; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

**RESUMO**

A Constituição, para ser dotada de força normativa, deve expressamente fixar preceitos fundamentais relevantes para a sociedade, com caráter mandatório capaz de servir como instrumento de inviolabilidade da Constituição e com condições de se adaptarem a uma eventual mudança da realidade social, política e econômica, ante a dinâmica do processo constitucionalista de permanente mudança. Destaca-se então a importância do direito fundamental social à saúde, o qual exige uma atuação intensa do Estado, e o que ainda agrava o aumento do acesso ao direito a saúde, também a atuação do Judiciário com suas políticas públicas, que são programas governamentais voltados ao público.Contudo com a falha dos poderes Legislativo e Executivo na criação e implementação de políticas públicas, abre-se uma janela para que o Judiciário garanta os direitos fundamentais de todos.

**Palavras-chave:** Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Judicialização. Políticas Públicas. Diretos fundamentais. Saúde.

**1 INTRODUÇÃO**

Sabe-se que o direito à saúde é um direito fundamental e deve ser devidamente garantido a todos em uma sociedade. Porém muitas vezes este direito é negligenciado. E que em muitos casos existe a necessidade da intervenção do poder judiciário para garantir o efetivo acesso das pessoas à saúde. Por tal razão é que questiona-se se é cabível ao poder Judiciário atuar por meio de políticas públicas para garantir o direito à saúde?

Como dito, destaque-se em nossa Constituição Federal a importância do direito fundamental social à saúde, o qual exige uma atuação intensa do Estado, através de prestações positivas para que se possa proporcionar o mínimo necessário a uma existência digna. Com a falha dos poderes Legislativo e Executivo na criação e implementação de políticas públicas, abre-se uma janela para que o Judiciário garanta os direitos fundamentais de todos.

Diante a relevância do tema a respeito surge a necessidade de nesta pesquisa observar os reflexos deste fenômeno para a sociedade de modo a buscar explicações que facilitem o entendimento social bem como os seus reflexos para o direito uma vez que muito se discute a respeito da matéria em âmbito jurídico bem como social.

**2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PARA A SOCIEDADE**

A constitucionalização dos direitos tem por escopo o estabelecimento das leis fundamentais que regerão toda a vida de uma sociedade politicamente organizada. Entretanto, tão importante quanto a constitucionalização dos direitos em si é a própria postura do Texto Constitucional em prever formas de assegurá-los e concretizá-los na prática.Tendo em vista a doutrina moderna constitucionalista, cumpre inicialmente afirmar que a Constituição pode ser conceituada como a lei maior e fundamental de um determinado país, na qual se encontram regradas a organização e estrutura do Estado, servindo de parâmetro para todas as demais leis vigentes no ordenamento jurídico pátrio (BARROSO, 2004).

O direito à saúde está presente no rol de direitos fundamentais em nossa Constituição Federal. Haja vista que a saúde é tida como primordial para que o cidadão possua o mínimo de dignidade. Quando o Estado garante a saúde para uma pessoa está sendo garantido o mínimo existencial, uma vez que sem a sua saúde o homem não poderá sequer usufruir de seus outros direitos.

O Ministro Gilmar Mendes lembra que para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental é imprescindível a definição do seu “âmbito de proteção”, que abrange os diferentes pressupostos fáticos contemplados na norma jurídica, ou seja, é o “núcleo essencial da norma”, que não pode ser fixado em regras gerais, pois para cada direito fundamental haverá um procedimento.

Não obstante o papel importante que exercem os direitos fundamentais, eles não podem ser utilizados de modo absoluto e ilimitado, para servir como escudo protetor da prática de atividades ilícitas; ao contrário, encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição, assim chamado por Alexandre de Moraes como princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas (MORAES, 2006, p. 27-28).

Nesse aspecto, destaca-se a supremacia da Constituição que, segundo ensinamento de Luís Roberto Barroso, é o primeiro princípio que deve ser levado em conta no processo de interpretação constitucional, por conferir à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento. Além do mais, afirma que:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. (BARROSO, 2004, p. 161).

O prestígio da ordem constitucional está sintetizado na observância una e indistinta de suas disposições, devendo o Texto Constitucional servir de parâmetro para conformar as normas legais aos direitos e princípios reconhecidamente constitucionais.

**3 CAUSAS QUE DEMONSTREM A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE**

A situação vivida no Brasil com relação à saúde é precária e por isso é preciso que se busquem políticas públicas que possam sanar essa deficiência do sistema público de saúde brasileiro.Em tese sabemos que o Poder Executivo e Legislativo seriam os poderes com maior técnica para realizar as políticas públicas, porém muitas vezes é necessário a atuação do poder Judiciário para que algumas destas políticas se concretizem. O Poder Judiciário em casos como o da saúde pode agir em benefício do cidadão, mas assim como em tudo no direito é necessário que ele obedeça aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade e respeitados considera-se válida a sua atuação.

A legitimidade do Poder judiciário em criar políticas públicas se dá pela tutela dos direitos fundamentais que esse poder possui, sendo assim é legitimo que este crie normas para conseguir uma justiça social e garantir os direitos fundamentais, colocando como exemplo a saúde, a situação do Brasil quanto à saúde é difícil, e por isso é preciso que se busque políticas públicas que possam sanar essa deficiência do sistema público de saúde brasileiro (GOMES, 1997).

Os juízes não, necessariamente, possuem o conhecimento específico requerido para tomar decisões complexas, em especial, da alocação de recursos públicos. Ao contrário, os Poderes Executivo e Legislativo estão, em tese, mais bem amparados e aparelhados, possuindo servidores técnicos, especializados, para consultoria e assessoria para formalização de determinadas escolhas, que podem abarcar aspectos políticos e econômicos. Todavia, a doutrina defende que o ato administrativo discricionário pode ser controlado pelo Judiciário, desde que sejam observados os princípios da legalidade, da razoabilidade e proporcionalidade(NAHID, 2012).

Ressalta-se ainda, que para a efetivação dos direitos consagrados constitucionalmente, com desenvolvimento da democracia brasileira, faz-se mister a participação ativa da população na área pública para cobrança de promessas eleitorais e até mesmo para fiscalização do orçamento público, da alocação de recursos a determinadas políticas públicas eleitas. A legitimação do Judiciário se fundamenta na tutela das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, na motivação das decisões judiciais, bem assim na existência de uma crise de credibilidade, junto ao povo, das instituições de representação popular (NAHID, 2012).

A partir de uma concepção constitucional da democracia, os juízes estão autorizados a limitar a vontade das maiorias parlamentares através do controle de constitucionalidade, sempre que não forem observadas “condições democráticas”, ou seja, sempre que o processo legislativo deixar de tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração. O Judiciário, assim, teria como limitação a função de complementar, naquilo que for possível à atividade do Poder Executivo, apontando para os caminhos trilhados no [texto constitucional](http://www.jusbrasil.com/legislacao/1034025/constitui%C3%A7%C3%A3o-da-republica-federativa-do-brasil-1988) (APPIO. 2007.p. 32).

**4 COMO SE DÁ A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AO DIREITO À SAÚDE**

Um dos grandes exemplos que temos na criação das políticas públicas é justamente a atuação do Poder Judiciário com relação a saúde. De acordo com Barroso, a função do judiciário é resolver disputas entre particulares, determinando, por exemplo, o pagamento de uma indenização por quem causou um acidente, decretando um divórcio ou o despejo de um imóvel, ao ter uma falha por parte dos outros poderes e colocar o judiciário como responsável por ter que garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, esse poder se torna legítimo para criar e implementar de forma concreta políticas públicas para a saúde. “Juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde”. (BARROSO, 2010)

A Constituição Federal de 1998 põe a vida como sendo o bem maior dos direitos fundamentais, preceituando em seu Art. 196 “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 a promoção, proteção e recuperação. ” A crise na saúde pública do Brasil deve ser considerada sob aspectos básicos, quais sejam, a deficiência na estrutura física, a falta de disponibilidade de material, equipamentos e medicamentos, além da carência de recursos humanos. A dificuldade no acesso, superlotação dos hospitais, deficiências de leitos caracterizam os hospitais do Brasil(MADEIRO, 2013).

Tão situação acaba por ferir a dignidade do povo e dos próprios profissionais de saúde. A precariedade dessa situação leva ao retardo no diagnóstico de doenças e, consequentemente, uma piora e muitos prognósticos, podendo ocasionar a morte, antes mesmo do atendimento. Muitos motivos fazem com que aconteça a judicialização, e entre eles a garantia do mínimo existencial para a população e também garantir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O que pode ser notado no Brasil é que a situação da saúde pública é totalmente precária, as condições dos hospitais são uma lástima, na maioria deles não tem leitos suficientes, medicamentos, médicos, infraestrutura problemática, e outros(MADEIRO, 2013).

A deficiência no número de leitos obriga os pacientes, na maioria das vezes, a passarem semanas acomodados no chão, em colchões ou em macas, largados nos corredores ou na recepção dos hospitais, à espera de um leito de enfermaria ou de UTI. Tal situação fere não só a dignidade do povo, mas também dos profissionais de saúde que são obrigados a conviverem diariamente com cenas tão fortes (MADEIRO, 2013).

A precariedade dessa situação fática leva ao retardo no diagnóstico de doenças e, consequentemente, uma piora em muitos prognósticos, podendo ocasionar em alguns casos, a própria morte, antes mesmo do atendimento. Conforme o art. 1º, III da Constituição Federal deverá ser assegurado a dignidade da pessoa humana, como pode ser visto com a omissão do Estado frente as condições desumanas que as pessoas passam com o sistema de saúde, esse princípio é completamente descumprindo. Outro desrespeito é com o mínimo existencial deve ser visto como base e alicerce da vida humana, esse mínimo se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível viver como gente e a saúde é um desses direitos. (NASCIMENTO, 20[?])

A saúde é destaque na realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde. O poder Judiciário tenta consertar a omissão do Estado, como no caso do fornecimento de medicamentos da saúde pública:

Mandado de segurança – Fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde – Admissibilidade – Direito constitucional à saúde como direito-meio à garantia de vida digna – Inteligência dos artigos 5, caput,6º, 196 e 198, todos da Constituição Federal (STF, AgRegnoRE n. 393.175-0/RS, rei. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.07, dentre diversos  precedentes). Solidariedade da obrigação entre os entes federativos por meio de política própria de repasse de verbas – A Fazenda do Estado e a municipalidade são parte legítima e resistem, ilegalmente, a cumprir o dever imposto pela Constituição Federal; tal desobediência merece, portanto, uma resposta imediata do Poder Judiciário. Os poderes previstos na Constituição Federal são independentes e, também, harmônicos, em um sistema de freios e contrapesos. O Judiciário pode, portanto, zelar pelo cumprimento efetivo de direitos fundamentais, o que não importa em se substituir ao Administrador. Irrelevância de falta de previsão orçamentária ou mesmo de padronização do medicamento. Contudo, no caso concreto, há indícios de fraude, ou, ao menos, séria suspeita, que, dessa sorte, recomendam a extinção sem exame de mérito por ausência do interesse de agir. Recursos da ré e oficio providos. TJ SP – Apelação Cível n 642 507 5/4-00 – Osasco. (apud: SANTOS, 2012)

Contudo ao lado de intervenções necessárias e essenciais, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos (MADEIRO, 2013).

**REFERÊNCIAS**

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto**. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Saraiva, 2010.

[GOMES, Luiz Flávio](http://www.lexml.gov.br/busca/search?doutrinaAutor=Gomes%2C%20Luiz%20Fl%E1vio). **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito**. 1997

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. – 3º ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MADEIRO, Anderson Soares. Direito Civil, **Direito Constitucional**. Editora: FREITAS BASTOS, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Rogerio J. B. S. . A efetivação do direito fundamental à saúde. Jurispoiesis (Rio de Janeiro), 20[?]

## NAHID, Maria Laura Timponi. Constitucional: Efetivação judicial dos direitos sociais. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=11883 > Acesso em: 02. Out. 2016.

### SANTOS, Pereira. **A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional.**Disponível em:**<**http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/3930 > Acesso em: 02. Out. 2016