



UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIA – CAMPUS XIX

CURSO DE DIREITO

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
O LIMITE ENTRE A ADEQUADA GESTÃO E A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO.**

MARCELLE PEREIRA DOS SANTOS OLIVEIRA:
Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do Oeste Baiana - UFOB.

Monografia apresentada como pré-requisito de conclusão do curso de Direito, da Universidade do Estado da Bahia, Departamento de Ciências Humanas e Tecnologias, Campus XIX.

ANA THEREZA MEIRELLES ARAÚJO

(orientadora)

“Querer ser mais do que se é, é ser menos.”

Gilberto Amado

RESUMO: Considerando o elevado número de demandas jurídicas ligadas a direitos sociais, o presente estudo busca investigar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas de saúde. Para isso, traz um breve histórico acerca do direito à saúde nas constituições federais brasileiras, bem como analisa a situação atual da saúde no país, descrevendo o Sistema Único de Saúde e seus

princípios norteadores. Posteriormente, aponta os limites encontrados na substancialização do direito à saúde, discorrendo sobre o princípio da separação dos poderes e enfatizando a importância do princípio da eficiência para uma boa Administração. O trabalho explora a atuação do Poder Executivo, analisando de maneira crítica a omissão do mesmo na implementação de políticas públicas de saúde, dando margem a intervenção judicial na implementação de tais políticas. Por fim, explana sobre o aumento da judicialização no Brasil, demonstrando a posição dos Tribunais Superiores, bem como analisa o fenômeno do ativismo judicial frente a separação dos poderes. Esclarece no corpo do texto o paradoxo encontrado entre a efetivação do direito fundamental à saúde e o orçamento público, demonstrando as dificuldades encontradas na busca da materialização de tal direito.

Palavras chaves: Direito à saúde. Judicialização. Poder Executivo. Políticas Públicas. Poder Judiciário.

ABSTRACT: Considering the large number of legal demands related to social rights, this study seeks to investigate the legitimacy of the Judiciary's performance in the implementation of public health policies. For that, it provides a brief history about the right to health in Brazilian federal constitutions, as well as analyzes the current health situation in the country, describing the Unified Health System and its guiding principles. Subsequently, it points the limits found in the substantiation of the right to health, discussing the principle of separation of powers and emphasizing the importance of the principle of efficiency for good administration. The study explores the performance of the Executive Branch, analyzing critically its omission in the implementation of public health policies, giving rise to judicial intervention in the implementation of such policies. Finally, explain the increase in the judicialization in Brazil, demonstrating the position of the High Courts, as well as analyze the phenomenon of judicial activism in the face of separation of powers. It clarifies in the body of the text the paradox found between the implementation of the fundamental right to health and the public budget, demonstrating the difficulties encountered in the search for the materialization of this right.

Key words: Right to health. Judiciary. Executive power. Public policy. Judicial power.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS SOCIAIS CONSAGRADOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 2.2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.2.1 A construção do conceito de saúde. 2.2.2 A saúde como direito de todos e como dever do Estado. 2.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). 3 OS LIMITES DA SUBSTANCIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. 3.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 3.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A BOA GOVERNANÇA. 3.3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. 3.3.1 A garantia do mínimo

existencial. 3.3.2 A reserva do possível. 4 O LIMITE ENTRE A ADEQUADA GESTÃO E A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO. 4.1 A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE. 4.1.1 O ativismo judicial como forma de efetivação dos direitos sociais. 4.1.2 A intervenção do Poder Judiciário na busca da concretização das prestações garantidoras da saúde. 4.2 O DIREITO À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL BRASILEIRA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 constituiu um grande marco no ordenamento jurídico brasileiro, a inauguração de um sistema social nunca visto antes no país. O estudo da saúde, na qualidade de direito fundamental de segunda geração, é de extrema relevância para a sociedade, uma vez que abrange a todos os indivíduos sem qualquer distinção. A efetividade desse direito está diretamente relacionada à adequada gestão administrativa que se resume no grupo de atividades encarregadas de promover o exercício do poder com qualidade. As políticas públicas de saúde, maiores responsáveis pela substancialização desse direito constitucional, são implantadas pelo Poder Executivo em obediência as determinações legislativas constitucionais e infraconstitucionais. Todavia, a realidade brasileira reflete um cenário que se mostra omissivo e insatisfatório no que diz respeito à implementação de políticas públicas de saúde. É, então, que o Poder Judiciário, no exercício de suas funções, é chamado a intervir na promoção da efetividade das políticas públicas de saúde.

Diante disso, a presente monografia busca compreender até que ponto é legítima a atuação do Poder Judiciário na definição de políticas públicas garantidoras do direito à saúde, diante da ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Para isso foi traçado como objetivo geral fazer uma análise do fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde à luz da ineficiência do Poder Executivo. Em decorrência desse objetivo geral, foram listados como objetivos específicos: a exposição da evolução histórica do direito à saúde nas Constituições brasileiras, bem como um aprofundamento sobre a saúde pública atualmente, face o princípio da universalidade e igualdade; demonstrar os limites encontrados na substancialização do direito à saúde; contrapor a adequada gestão pública ao fenômeno da judicialização da saúde.

Este estudo se justifica devido ao seu relevante caráter social, uma vez que o direito a saúde abrange todas as camadas da sociedade indistintamente; faz-se necessário entender de que forma se dá a ineficácia das políticas públicas satisfatórias do direito fundamental à saúde e se a intervenção judicial é mesmo a melhor forma de promover tais políticas de forma subsidiária, esclarecendo, inclusive, quais os limites (se houver) para a atuação do Poder Judiciário. Dessa forma, a análise do tema contribuirá para a superação dos obstáculos enfrentados pela sociedade na obtenção

de prestação que efetivem o direito à saúde, a fim de colaborar para a difusão do tema, buscando facilitar o acesso aos serviços públicos de saúde, seja de forma administrativa ou judicial.

A metodologia utilizada neste trabalho tem sua linha de pesquisa caracterizada como descritiva, uma vez que possui o escopo de descrever um fenômeno, buscando observar fatos e interpretá-los. Quanto ao procedimento utilizado, a pesquisa é identificada como documental e bibliográfica, posto que se deu por meio de levantamento bibliográfico a artigos, livros, bem como sites que contêm o pertinente assunto, além de pesquisas jurisprudenciais, a fim de demonstrar quão atuais e corriqueiros são os casos de intervenção do judiciário nas demandas relacionadas à saúde. No que concerne ao tipo de abordagem do problema, a pesquisa será qualitativa, pois não tem o intuito de obter números no resultado, e sim compreender determinados comportamentos do grupo e o porquê de certas coisas.

Para melhor explanação do tema, o trabalho foi dividido em três capítulos, os quais foram elencados da seguinte forma: o primeiro capítulo busca, inicialmente, fazer uma abordagem histórica da saúde nas Constituições Federais brasileiras, elucidando as dificuldades encontradas no caminho até sua consagração. Como todos os direitos sociais, o direito à saúde apareceu timidamente nas primeiras Constituições que se interessavam em tutelar mais acentuadamente os interesses econômicos e políticos da época. Foi somente a Constituição Federal de 1988, com seu caráter social e democrático que fez da saúde um direito de todos e também um dever do Estado. O capítulo traz ainda o conceito de saúde, com vistas a encará-la da maneira mais abrangente possível, não a limitando, pura e simplesmente, a ausência de doenças. O tópico se encerra com a apresentação do Sistema Único de Saúde e seus princípios norteadores asseverando a descentralização e hierarquia dos entes federados quando da efetivação de políticas públicas, bem como enfatizando o cunho universal e igualitário de tal direito.

O segundo capítulo possui enfoque nas limitações encontradas na substancialização do direito à saúde. Inicialmente, discorre sobre o princípio da separação dos poderes, destacando a existência de funções típicas e atípicas de cada um deles, enfatizando o papel do Poder Executivo na efetivação de direitos sociais. O tópico é enfático ao destacar a importância do princípio da eficiência como pressuposto de uma boa governança voltada a desenvolver políticas públicas capazes de atingir com qualidade o maior número de pessoas. Posteriormente, expõe as dificuldades encontradas na efetivação do direito à saúde, fazendo um contraponto entre a garantia do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível.

O terceiro e último capítulo vem expor a manifestação do fenômeno da judicialização na atualidade, principalmente no que diz respeito às políticas públicas

de saúde. Inicialmente, define a judicialização como forma de atitude proativa do Poder Judiciário, diferenciando-a do ativismo judicial. Segue demonstrando a necessidade de intervenção do judiciário, quando da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo nas demandas envolvendo materialização das políticas públicas de saúde. Por fim, analisa o comportamento atual da jurisprudência brasileira em relação às ações que possuem por objeto demandas ligadas a saúde, elucidando a posição adotada pelos Tribunais Superiores acerca do tema.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No século XIX, com a vinda da Corte portuguesa para o Brasil, inicia-se, discretamente, o investimento na saúde no país. Segundo Barroso (2007, p. 13), os investimentos feitos à época estavam ligados a erradicação das pestes e das epidemias, bem como a algum controle sanitário. É apenas no começo do século XX que o Estado passa a adotar o modelo “campanhista”, baseado no uso da força policial para buscar medidas mais eficazes no sentido de efetivar o direito à saúde. Nesse período, em que pese às campanhas para erradicar epidemias obtivessem resultados positivos, as medidas curativas eram desenvolvidas apenas por instituições filantrópicas e privadas. Posteriormente, apenas a partir da década de 30, é criado o Ministério de Educação e Saúde Pública e com ele os Institutos de Previdência, oferecendo caráter curativo ligado às categorias profissionais desse Instituto, mais vinculados a interesses econômicos baseados em manter o trabalhador sadio, do que efetivamente garantir um sistema de saúde de qualidade.

Foi somente a Constituição de 1934 que inaugurou a legislação brasileira no que se refere ao direito à saúde, mesmo que ainda associado à saúde do trabalhador. As demais cartas constitucionais timidamente pontuaram sobre a efetividade de tal direito, discriminando a saúde da criança e a competência da União sobre a matéria relacionada à saúde, por exemplo. Contudo, foi somente a Constituição de 1988 que consagrou o direito à saúde como um direito social e inerente a toda e qualquer pessoa, sendo ele essencial para a formação da dignidade da pessoa humana.

2.1 A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS SOCIAIS CONSAGRADOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira Constituição brasileira, datada de 1824, se consagrou em um período ainda marcado pelo imperialismo, pós Independência do Brasil. Foi outorgada por D. Pedro I, em uma época na qual a busca pelo equilíbrio entre as classes sociais que almejavam ao poder político, bem como a necessidade de legitimar o novo império desvinculado do Estado português, faziam parte dos anseios da sociedade. Considerada pelos historiadores e cientistas políticos como uma das mais liberais do seu tempo, a Constituição de 1824 estabeleceu o Poder Moderador, dando ao

Imperador largos poderes administrativos e políticos, garantindo, dessa maneira, a autoridade do Monarca sobre os demais poderes. A Constituição de 1824 em nenhum momento elucidou os direitos sociais, muito menos o direito à saúde, até então esquecido aos olhos dos legisladores.

É o que apontam Ribeiro e Júlio (2010, p. 449):

[...] o Direito à Saúde não tomou acento, vez que o que se buscava era a concentração dos poderes nas mãos do Imperador. Bonavides explica que o texto Constitucional de 1824 serviu de modelo para a Constituição de Portugal de 1826. Nessas Constituições, embora se tivesse a intenção de almejar os ideais libertários, os mesmos não foram atingidos dadas as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época. Silva ensina que a Constituição de 1824 deu lugar aos Direitos do Homem no art. 179 (com seus 35 incisos que estabeleciam um rol de direitos e garantias), nos quais era declarado e garantido o direito à inviolabilidade dos direitos de liberdade, de igualdade, de segurança individual e de propriedade. O texto Constitucional chega a mencionar, no inciso XXIV do art. 179, que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”, entretanto o objetivo, como se faz claro, é garantir o exercício da atividade laboral e não o Direito à Saúde.

A Constituição posterior, de 1891, foi a primeira Constituição Republicana do Brasil. Após a abolição da escravatura e a proclamação da república, o país passava por um contexto histórico diferente do anterior, já que a Monarquia já não possuía como base de apoio os fazendeiros do Vale do Paraíba. Mais uma vez a Constituição, embora apresentasse uma relação de garantias e direitos, como a liberdade e a propriedade, não fez qualquer referência ao direito à saúde (DALLARI, 1995, p. 26), em virtude da influência da ideologia liberal presente naquela época, bem como por conta da omissão referente aos direitos sociais.

Em 1934 foi promulgada a nova Constituição republicana, tendo como estímulo as revoluções constitucionalistas, após a República Velha. Tais revoluções estavam ligadas a ideias liberais e econômicas, e, assim sendo, trataram de avançar na consagração da separação dos poderes, além de fazer, pela primeira vez, menção expressa à saúde, tendo instituído a competência concorrente da União e dos Estados em relação à saúde e à assistência pública em seu artigo 10, inciso II: “Compete

concorrentemente à União e aos estados: [...] II – cuidar da saúde e assistência pública” (BRASIL, 1934, p. 05).

Tendo a Constituição de 1934 durado apenas três anos, em virtude do golpe de estado concretizado por Getúlio Vargas em 1937, a nova Constituição, outorgada nesse ano, buscou legitimar largos poderes ao ditador, e, em contrapartida, tratou de violar diversos dos direitos humanos já instituídos. Conhecida como “Polaca”, possuía essência autoritária e centralista e, por isso, não trouxe nenhum novo direito fundamental; no campo dos direitos sociais, todavia, teve caráter progressista, trazendo vários avanços, como na ceara de direitos referentes ao trabalhador. No que diz respeito ao direito à saúde, estabeleceu a competência da União para legislar privativamente sobre “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança” (Art. 16, inciso XVII) (BRASIL, 1937. p. 03).

Assim explana Reissinger (2008, p. 21)

Na Constituição de 1934, a assistência médica e sanitária estava relacionada à legislação do trabalho (art. 121, § 1º, alínea h). Tratava-se de competência concorrente da União e dos Estados em cuidar da saúde, incumbindo a todos os entes federados a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; higiene social a fim de impedir a propagação de doenças transmissíveis e o cuidado com a higiene mental.

Em 1946, após a Segunda Guerra Mundial, o Brasil passou por um período de redemocratização, trazendo a fortificação dos Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo. Foi, então, instituída uma nova Constituição, que manteve a competência da União para legislar sobre saúde, bem como os ideais de melhores condições de trabalho para classe trabalhadora oriundos da Constituição de 1934. Nessa época, o direito à saúde estava diretamente ligado aos associados a sindicatos trabalhistas, estando à margem toda e qualquer pessoa que desenvolvesse trabalho informal, ou não obtivesse nenhuma fonte de renda, é o que mostra Marcos Aurélio Moretto (2002, p. 47):

trabalhadores na informalidade que não tinham acesso a esses institutos por não serem contribuintes. Eles eram atendidos por Unidades Sanitárias dos Estados em serviços de saúde com limitações nos níveis de complexidade. A internação hospitalar, para os não previdenciários, se davapagando-a ou dispondo de outro tipo de convênio, ou mais comumente, atendidos como “indigentes”.

A Constituição de 1967, no que diz respeito ao direito à saúde, inovou apenas na delegação da competência da União para legislar sobre um plano nacional de saúde, mantendo o que havia sido instituído na Constituição de 1946. Embasada em um contexto histórico cercado pela ditadura, ela restringiu diversos direitos individuais e políticos da população. A revisão do texto constitucional se deu com a Emenda de 1969, que ratificou o regime totalitário e mais uma vez não fez grandes observações sobre o direito à saúde, apenas enfatizando que os municípios deveriam usar 6% do repasse da União para saúde. (RIBEIRO; JULIO, 2010, p. 451).

A Constituição Federal de 1988 foi, no entanto, um divisor de águas no que diz respeito ao tratamento da saúde como garantia constitucional. Nas palavras de Noronha e Pereira (2013, p. 19), "marco da redemocratização do país, estabeleceu garantias fundamentais a todo cidadão, institucionalizando seus direitos". De caráter eminentemente social e democrático, instituída após anos de ditadura militar, busca, por meio dos preceitos elencados, concretizar os ideais de fortalecimento da dignidade da pessoa humana e do esforço por uma sociedade efetivamente assistida. O direito à saúde passa a ser considerado direito de todos e dever do Estado.

Acrescente-se, então, que a Constituição de 1988 representa um importante marco para a substancialização do direito à saúde, inaugurando um novo cenário no seu tratamento e eficácia. A saúde é assumida em seu caráter fundamental na medida em que passa a ser necessário, a partir do comando constitucional, tratamento normativo infraconstitucional que regulamente a sua implementação em totalidade.

2.2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde está inserido na ceara dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, sendo uma prerrogativa indispensável assegurada à generalidade das pessoas, conforme o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais são:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2005, p. 283)

Desse modo, é notório que a Constituição Federal de 1988 ao consagrar o direito à saúde como direito social busca atingir a todos os cidadãos indistintamente, almejando dirimir as desigualdades, num fornecimento justo e impessoal de um direito tão essencial à vida do ser humano. Busca ainda, detalhar sua fiscalização, controle, regulamentação, e concede a possibilidade de ser exercido de diversas maneiras, podendo ser essas diretas ou indiretas, através de instituições públicas ou particulares, aspirando alcançar o maior número de pessoas.

2.2.1 A construção do conceito de saúde

Para discorrer sobre o direito à saúde é preciso conceituá-la, o que, como se verá, não é tarefa fácil. O conceito de saúde reflete o conjunto econômico, social, político e cultural em que se está tratando. Para Scliar (2007, p. 30), a saúde poderá ter conceitos diferentes, uma vez que pode ser analisada em lugares com variadas culturas, por pessoas com variadas convicções filosóficas, religiosas, científicas, que a partir do contexto em que estão inseridas elaborarão o conceito de saúde mais próximo da sua realidade.

O debate acerca da concepção de saúde se faz presente em diversos momentos da história da humanidade. Na Grécia antiga, Hipócrates defendia a ideia de que a saúde estava diretamente ligada à cidade e a atividade desenvolvida pelos habitantes, conforme nos fala Maranhão (2003, p. 90). Já para Descartes (1973, p. 91), no século XVII, a saúde estava associada à ausência de doenças, o corpo humano funcionaria como uma máquina, baseado no dualismo mente-corpo. Desse modo, o conceito de saúde pode ser visto por dois ângulos, relacionado ao meio em que está inserido e as condições de vida do homem ou, simplesmente, pela ausência de doenças. É somente no final do século XVIII que a ideia de saúde contemporânea começa a surgir, com o advento de leis sobre a vigilância sanitária e a valorização do individualismo dominante, sendo oponíveis ao Estado. (REISSINGER; 2008, p. 26).

Até aqui não existia um consenso sobre a conceituação de saúde, fazia-se necessário uma organização que ligasse diferentes países capazes de, conjuntamente, construir um conceito ideal. A Organização das Nações Unidas vinha avançando nas discussões do tema com a Declaração Universal do Direito dos Homens e com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), mas foi só em abril de 1946 que a OMS, no preâmbulo de sua Constituição, definiu saúde como "o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de enfermidade" (OMS, 1946, p. 01).

A concepção de saúde proposta pela OMS constitui um reflexo do período pós Segunda Guerra Mundial; o fim do colonialismo, a ascensão do socialismo, foram marcos notáveis e influenciadores das sociedades da época. Ocorre que, a conceituação abstrata de saúde proposta pela OMS, assemelhava-se mais a um ideal utópico, imaginário, um tanto intangível, do que a um direito alcançável, pronto a estar

efetivado, buscando proporcionar melhor qualidade de vida aos cidadãos. Nesse mesmo sentido, Andrade e Andrade (2010, p. 02), afirmam que esse conceito de saúde, “construído após a Segunda Guerra Mundial, aponta mais para uma utopia a ser perseguida do que para uma possibilidade real alcançável, que para alguns bioeticistas atentaria contra as próprias características da personalidade.”

No Brasil, a Lei nº 8.808/90, Lei Orgânica da Saúde (BRASIL, 1990, p.01), que define as diretrizes para organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde em seu artigo 3º assevera que:

Art. 3º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo Único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Compreende-se, dessa maneira, que a manutenção da saúde está condicionada a diversos fatores, como alimentação, lazer, meio ambiente, todos eles determinantes para a preservação do bem-estar físico e mental do indivíduo, ou seja, ligadas ao aperfeiçoamento da qualidade de vida, essa última relacionada à somatização de direitos humanos individuais, com direitos do meio ambiente.

Portanto, percebe-se que a saúde é um ponto de justiça social e cidadania, não sendo apenas um estado biológico estático desvinculado do ambiente e das situações em que estão inseridos os indivíduos, mas sim, como consagra Pepe (2010, p. 81), um completo estado de bem-estar social calcado na qualidade de vida física, mental e social, determinada pela conjuntura social, econômica e cultural de determinado país.

2.2.2 A saúde como direito de todos e como dever do Estado

A Constituição Federal estabelece no art. 196 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, p. 139). Essencial é a análise de cada componente desta norma.

Quando mencionado como direito de todos, é possível reconhecer tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Como nos assevera Mahler (1981, p.5-25, apud DIAS, 1986, p. 69), a saúde para todos inclui a possibilidade de colocá-la ao alcance de cada indivíduo em um país determinado, obrigando o Estado a eliminar os obstáculos que a opõem. A saúde para todos, portanto, inclui melhores condições de vida e novas oportunidades, não se limitando apenas a assistência médica gratuita. É possível perceber que a ideia apontada alhures está relacionada ao potencial de universalidade do direito à saúde, com o intuito de que os níveis de desigualdades no atendimento da população não sejam uma realidade incontestável, mas sim um obstáculo ao objetivo de proporcionar a todas as camadas da sociedade, mesmo diante da sua diversidade, o acesso efetivo as políticas públicas de saúde.

Para garantir tal efetivação, bem como a eficácia e a aplicabilidade ideal do direito à saúde, a Constituição utilizou-se de normas pragmáticas, que, conforme Diniz (1998, p. 371) são definidas como:

aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado.

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva define normas pragmáticas como:

aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 1999, p. 138)

Dessa maneira, o direito à saúde, entendido como forma de manifestação de norma pragmática, busca conciliar interesses antagônicos, apresentando conteúdo social e obrigando os órgãos públicos, na medida em que apontam as diretrizes que esses devem seguir. No entanto, limitar a diretriz constitucional à norma puramente pragmática é negar a força normativa da Constituição, força essa que busca dar a Carta Magna sua máxima efetividade.

O que também deve ser ressaltado é a qualidade dos serviços prestados pela Administração Pública, partindo da premissa "saúde é direito de todos". Na verdade, o

que se busca aqui é que a Administração se preocupe com a eficiência e não apenas com a extensão atingida por esses serviços. Sendo assim, quando um cidadão delega a políticos e governantes parte do exercício do seu poder, poderá exigir um desempenho eficaz dos administradores públicos.

Seguindo a análise do artigo supracitado, quanto à expressão “dever do Estado”, é possível observar que mais do que um direito fundamental à saúde, a Constituição prescreve o dever fundamental à prestação de serviços de saúde por parte do Estado, devendo essa prestação se basear na concretização de políticas públicas que almejam a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

Para cumprir o seu dever de prestação de direitos sociais, incluindo nessa ceara o direito à saúde, o Estado se utiliza de políticas públicas capazes de viabilizar a concretização dos valores e objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Entende-se por políticas públicas a soma das medidas criadas pelo governo que buscam produzir efeitos específicos e influenciam a vida dos cidadãos; para isso o Estado utiliza, em maior parte, a máquina pública, mas também conta com as delegações concedidas a particulares. Nesse mesmo sentido, Souza (2006, p. 24) afirma que depois de serem desenhadas e formuladas, as políticas públicas passam a se tornar planos, metas, programas, que quando postas em ação ficam sujeitas a sistemas de acompanhamento e avaliação.

Dessa forma, as políticas públicas de saúde relacionam-se com as ações do governo que regulam e organizam as funções públicas destinadas ao fornecimento da saúde entre os cidadãos. A busca por esse fornecimento e a tentativa de torná-lo efetivo estampam um dos objetivos da Constituição democrática, que ao instituir a Seguridade Social como padrão de proteção a ser institucionalizado no país, passa a tutelar a saúde e a ampliar os debates acerca das políticas que atingem esse tema, passando essas a serem “amplamente discutidas e definidas com vistas ao reordenamento setorial necessário ao cumprimento dos preceitos constitucionais” (AGUIAR et al, 2004, p.11)

Em relação ao fato de ser garantido mediante políticas sociais e econômicas é destacada a imprescindibilidade de políticas públicas que visem concretizar o direito à saúde através de diversas alternativas. As políticas devem visar à redução do risco de doenças e de outros agravos evidenciando sua face preventiva, abrangendo desde saneamento básico ao acesso à água potável.

As políticas devem visar acesso universal e igualitário, para isso, os entes da federação são solidariamente responsáveis em garantir a igualdade da assistência à saúde. Os Municípios, Estados, e também a União, precisam estar aptos a efetivar o

direito à saúde, cada um na medida de suas responsabilidades. Corroborando a ideia de descentralização Gerschman e Viana (2005, p. 318) afirmam que:

No que se refere à descentralização, a Constituição de 1988 define o papel da União, dos estados e municípios no sistema de saúde, que passa a ter como eixo a descentralização na formulação e implementação da política de saúde, dos recursos financeiros e, fundamentalmente, dos serviços e ações de saúde nos estados e municípios.

A busca pela substancialização da saúde no país se dá em todo o território nacional, no escopo de atingir a universalidade de indivíduos de maneira igualitária. A igualdade, no entanto, encontra vários impasses no caminho, principalmente em virtude da diferenciação na forma em que são executados os projetos de saúde em todo o território. O que ocorre, na maioria das vezes, é o grande investimento de recursos em determinadas regiões em detrimento de outras, ou, dentro de um mesmo estado, maiores investimentos em um município em detrimento de outro.

A descentralização no que se refere aos municípios opera favorecendo os pequenos municípios (com menos de cinco mil habitantes) e os muito grandes (com mais de quinhentos mil habitantes). No caso dos menores, isso poderia ser explicado como incentivo aos programas de atenção básica, agentes comunitários de saúde e ao Programa Saúde da Família. Nos maiores, há cada vez mais uma extensa população com condições de vida extremamente precárias, com perigo constante de extensão de doenças e epidemias às populações mais abastadas das grandes cidades, para as quais a extensão dos programas de atenção básica pode se tornar paliativo. (GERSCHMAN; VIANA, 2008, p. 329-330)

O que se pode observar, em vista disso, é que os problemas de eficácia social do direito à saúde são na maioria das vezes ligados à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, sendo assim, a problemática possui maior foco na execução do que no estabelecimento e criação de projetos.

Embora o direito à saúde preceitue o acesso universal e integral, e seja de intrínseca responsabilidade dos gestores, por meio de políticas públicas, seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, o cenário principal é de omissão dos Poderes Públicos. Após quase três décadas de consagração da Constituição mais social da história, o que se vivência é uma verdadeira simbologia constitucional, posto que, por muitas vezes, as políticas públicas de saúde não passam de mera expectativa de direito.

O atual contexto é de precariedade e insuficiência quanto à assistência à saúde pública, o que é ratificado pela incapacidade operacional do sistema único de saúde, resultado da má administração dos recursos possíveis e existentes, falhas na administração pública, além da usurpação de verbas públicas destinadas a saúde. O cenário da saúde no Brasil evidencia um complexo de problemas culturais, estruturais e econômicos que evidenciam o quanto é difícil sanar as dificuldades que obstam uma adequada prestação desse direito de natureza constitucional.

2.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

A ideia de saúde como direito de todos e dever do Estado resultou na concepção de que todas as pessoas têm direito assegurado à saúde, resultando, então na proposta do Sistema Único de Saúde. A saúde passa agora a ser vista como uma questão de cidadania, não estando condicionada sua propositura a qualquer outro direito, como previdência social, condição de pobreza, classe trabalhista, etc.

A criação do SUS evidenciou uma grande evolução entre as políticas sociais instituídas pela Constituição Federal de 1988. Em 1990, foi editada a Lei 8.080 que traçou as diretrizes e os princípios do SUS e dispôs, em seu artigo 1º, a regulação em todo território nacional das ações e dos serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado (BRASIL, 1990, p. 01).

Tendo em vista a execução de políticas públicas de saúde a Constituição Federal estabeleceu um modelo básico de organização e procedimento que veio a abarcar todas as ações e serviços públicos de forma regionalizada e hierarquizada. A regionalização para Paim (2009, p. 48):

Representa a articulação entre os gestores estaduais e municipais na implementação de políticas, ações e serviços de saúde qualificados e descentralizados, garantindo acesso, integralidade e resolutividade na atenção à saúde da população. Significa organizar os serviços de saúde em cada região para que a população tenha acesso a todos os tipos de atendimento.

A regionalização, dessa maneira, viabiliza a distribuição dos estabelecimentos de saúde em determinado território, de uma forma que os serviços básicos se encontram descentralizados, já os especializados encontram-se centralizados.

De acordo com a Constituição, o SUS é organizado a partir de três diretrizes: A descentralização, que significa a distribuição da gestão do sistema de saúde entre os municípios e o repasse de verbas da União; o atendimento integral, relacionado ao modo de cuidar das pessoas, envolvendo a promoção, a proteção e a recuperação da

saúde; e a participação da comunidade, como uma forma de democratização dos serviços e das decisões relacionadas à saúde. (PAIM, 2009, p. 50)

O Sistema Único de Saúde funciona de uma única maneira em todos os Estados da Federação. Para isso, foi preciso estabelecer princípios norteadores que suplementam o direito à saúde a todo e qualquer cidadão, sendo um dever do Estado: a equidade, a qual acentua não serem as diferenças individuais obstáculos para o consumo de bens e serviços de saúde; e a integralidade, segundo a qual as ações de saúde não podem ser divididas em compartimentos por efeito da integralização do ser humano.

De acordo com Noronha et al (2014, p. 367), "o acesso universal é a expressão de que todos têm o mesmo direito de obter as ações e os serviços de que necessitam independentemente de complexidade, custo e natureza dos serviços envolvidos". Sendo assim, a universalidade visa a um atendimento indiscriminado, de forma que as condições socioeconômicas da população e a introdução no mercado de trabalho não signifiquem acesso diferenciado aos serviços.

A equidade vista atualmente como a igualdade na assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, para os supracitados autores nada mais é do que a ratificação do princípio anterior, reafirmando a igualdade no acesso aos serviços de saúde, não sendo aceitável que motivos como cor, gênero, religião ou renda, sejam determinantes para disponibilizar ou não determinados serviços a algumas pessoas e a outras não. (NORONHA et al, 2014, p. 367)

Já a integralidade relaciona-se com "um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema". (NORONHA et al, 2014, p. 368). A integralidade acaba por buscar que as ações voltadas para promoção e prevenção da saúde estejam associadas à assistência ambulatorial e hospitalar para que haja um melhor diagnóstico, tratamento e reabilitação.

Quanto à competência para cuidar da saúde no Brasil, os entes federativos são solidariamente responsáveis pela efetivação de condições que permitam o seu pleno acesso, a solidariedade passiva dos entes públicos (União, Estado e Municípios) resta evidente na leitura do art. 198, caput e parágrafos, da CRFB, quando afirma que "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único" e que o Sistema Único de Saúde será financiado com recursos do orçamento da "seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes" (BRASIL, 1988, p. 141). Ressalta-se que a maior parte do serviço prestado pelo Sistema Único de Saúde se dá pela participação do Município, uma vez que esse se encontra mais próximo da sociedade,

conhecendo as realidades que afetam mais diretamente a população, tendo, então, maiores condições de aplicar os recursos devidos.

É importante destacar, contudo, que mesmo sendo um sistema eminentemente público, o SUS pode ser integrado pela rede privada, por meio de convênios ou contratações celebradas entre os particulares e os órgãos públicos. Ressalta-se, no entanto, que essa participação se dá de forma complementar, sendo da Administração o dever de instrumentalizar melhores formas de atendimento. Sobre a intervenção privada no Sistema Único de Saúde ponderam Mendes e Branco (2016, p. 692):

A possibilidade de atuação de entidade privada é boa opção para um sistema de saúde pautado pela descentralização e pela escassez de recursos, em que a consequência imediata é a necessidade da busca por alternativas para sanar deficiências orçamentárias. Nesse quadro, especial relevância assumem os denominados para organismos do terceiro setor, como as Organizações da sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações Sociais. Trata-se de promissora experiência que tem avançado em uma perspectiva auspiciosa.

Assim sendo, intitulado como um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, o SUS abarca desde simples atendimentos, até realizações de cirurgias e transplantes em todo território brasileiro, buscando garantir acesso integral, universal e gratuito a toda a população do país. Logo, inegável é a importância e a abrangência do SUS no Brasil, baseado num federalismo cooperativo, a efetivação real do que é idealizado pelo sistema só será possível mediante distribuição mais equânime das receitas tributárias entre os entes federados, geridas de maneira responsável.

3 OS LIMITES DA SUBSTANCIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Até aqui foi possível definir a saúde, entendendo-a como um direito fundamental inerente a todo e qualquer indivíduo. Elencada como direito social, a saúde tem o Estado como maior fonte de promoção de políticas responsáveis pela sua concretização, não possuindo no simples reconhecimento legal elemento suficiente para sua substancialização.

O Poder Público deve, então, utilizar-se de medidas concretas e bem definidas que sirvam de instrumento para garantia dos direitos sociais possibilitando o elo entre o indivíduo e a atuação do Estado. É importante ressaltar o fato dos Poderes Legislativo e Executivo serem os encarregados pela materialização dos direitos sociais, utilizando-se para isso de políticas públicas capazes de observar as necessidades da coletividade. (SALES J.; PACHÚ C., 2015, p.30).

Para que ocorra uma efetivação da saúde pública, a Administração necessita ser bem gerida e organizada. O Poder Executivo, por meio de um serviço eficiente, deve promover o acesso da população a locais e a profissionais competentes, atuando no sentido de prevenir e tratar doenças, garantindo uma vida digna a todos. O que se tem, no entanto, é a obstacularização do acesso à saúde face ao limitado orçamento estatal, bem como a má distribuição dos recursos públicos, resultando, desde logo, num entrave que atinge a toda população; a carência no serviço público de saúde, a superlotação de hospitais, a falta de medicamentos nos postos, o número inexpressivo de profissionais especializados, tudo isso se torna um embaraço a valorização da dignidade humana.

3.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antes de entender o princípio da separação dos poderes, faz-se necessário compreender o que vem a ser poder. Para Ferreira, (2000, p. 541) poder é definido como “ter força, ter possibilidade de, dispor de força ou autoridade, ter força física ou moral, direito de deliberar, agir, mandar, domínio, capacidade, aptidão, função do Estado relativa a suas formas distintas e exercida pelos órgãos competentes”. Visto como extremamente necessário dentro de uma sociedade, o poder é essencial para regular o comportamento dos indivíduos inseridos na coletividade.

Dirley da Cunha Júnior afirma que o poder é dotado de duas características: é um fenômeno social, uma vez que só pode ser desempenhado em âmbito social, pois individualmente não é possível de ser exercido; e é sempre bilateral, haja vista brotar da somatização entre a vontade dos dominantes e a vontade dos dominados (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 522).

Assim sendo, o poder é visto como um fenômeno sócio-cultural. Na visão de José Afonso da Silva:

“Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas.” (SILVA, 2005, p. 106)

Já Cunha Júnior (2013, p. 522) assevera que “o poder político como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela ‘capacidade de impor’, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada.”. Dessa forma, pode-se entender que quando inserido dentro de uma sociedade, um indivíduo se sujeita a observância de normas de controle social, derivados do poder a quem aquela está submetido; poder

esse que exige certas atitudes e comportamentos muitas vezes dispendiosos de quem a ele se encontra subordinado.

O poder político funciona de maneira superior a todos os outros poderes, uma vez que essas outras instâncias estão, por meio do fenômeno sociocultural, a ele submissas e, por meio do Estado, possuem sua territorialidade controlada. Para isso, o Estado, que não possui vontade própria, revela por meio de seus órgãos a vontade humana, como nos ensina Silva (2005, p. 107). Esses órgãos classificam-se em supremos, os quais se encarregam do exercício do poder político; ou dependentes, que possuem natureza administrativa.

Como salientado, o poder político é uno e indivisível, no entanto a sua manifestação se dá por meio de diferentes funções. O que se divide, portanto, não é o poder, mas sim as funções que lhes são determinadas. É nesse diapasão que se insere o que se denomina Princípio da Separação dos Poderes; esse fenômeno consiste na divisão das funções estatais entre os distintos órgãos do Estado, em virtude da precisão de oportunizar a distribuição de tarefas que resultem numa melhor satisfação dos interesses da coletividade.

Antes de prosseguir no estudo da separação dos poderes, faz-se necessário entender um pouco o surgimento dessa teoria. Dalari (1998, p. 78), em sua abordagem histórica, relata que o antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra respaldo em Aristóteles, esse argumentava a impossibilidade da completude do poder, haja vista considerar injusta e perigosa a concentração de poder nas mãos de um só indivíduo, além de prever problemas relacionados à eficiência. Aristóteles, no entanto, não trouxe a questão da funcionalidade, sendo ela retratada fortemente na obra "O Príncipe" de Maquiavel, o qual já mencionava a existência de três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente. Doutrinariamente, apenas Locke no século XVII traz uma sistematização da separação dos poderes, mas é só Montesquieu que consagra a teoria conhecida atualmente, com a instituição de três poderes harmônicos e independentes entre si, conceituado em quase todas as Constituições do mundo. Nas palavras de Montesquieu (2000, p. 168):

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Na discussão contemporânea acerca do tema, Dalari (1998, p. 78) afirma que é pacificado o entendimento de que o Estado é uno e indivisível, existindo vários órgãos exercendo o poder soberano do Estado, sem que isso afete a unidade do poder. Enfatiza ainda, a distinção entre os termos poder e função, destacando ser essas últimas as divisíveis e realizadas por diferentes poderes.

Magalhães (2009, p. 03) narra à necessidade de existir

um mecanismo que evitasse essa concentração de poderes, na qual cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos. Esse mecanismo foi aperfeiçoado posteriormente com a criação de freios e contrapesos, em que esses três poderes que reunissem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar.

Como se vê, o sistema de separação dos poderes acabou por ser associado à ideia de Estado Democrático e com isso fez surgir à construção doutrinária do sistema de freios e contrapesos. Em breve explanação sobre o tema, Dalari (1998, p. 79) afirma que para essa teoria, duas são as espécies de atos praticados pelo Estado; os atos gerais e os atos específicos, aqueles só podem ser praticados pelo poder legislativo, compostos pelas regras gerais e abstratas, com efeitos "erga omnes". Somente após a emissão das normas gerais é que é aberta a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais, para isso o executivo se utiliza de meios concretos para agir em casos específicos.

Como se observa as diversas funções são atribuídas ao Estado e faz com que esse se divida, por meio de um sistema de freios e contrapesos, em três grandes poderes tão bem conhecidos, o encarregado pelas funções legislativas, o que organiza as funções administrativas e o responsável pelas funções judiciais.

Nesse diapasão é que se dá a consolidação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e a instituição das funções a serem desempenhadas por cada um. Salienta-se que o princípio da divisão dos poderes baseia-se em dois elementos principais: a especialização funcional e a independência orgânica. O primeiro fundamenta-se na ideia de que cada órgão é especializado no exercício de uma função; e o segundo norteia-se na efetiva independência de um órgão para com o outro, como ensina Silva (2005, p. 109).

Importante lembrar que a especialização funcional está diretamente ligada à existência de funções típicas e atípicas de cada poder. Entende-se por função típica aquela que é em sua natureza inerente ao órgão. Já a função atípica é aquela exercida por um órgão, mas não faz parte da natureza essencial do mesmo. À vista disso, cada um dos órgãos se especializa em uma determinada atividade, a fim de que essas sejam mais bem desempenhadas. Quanto à independência orgânica, destaca-se que os poderes são autônomos entre si, não havendo necessidade de intervenção de um no funcionamento do outro, a não ser que haja precisão, posto que os poderes possuem funções predominantes, mas não exclusivas.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, estabelece que os três Poderes por ela estabelecidos sejam independentes e harmônicos entre si, para Moraes (2003, p. 295):

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

O Poder Executivo, quando da distribuição das funções, obteve como principal atribuição a chefia de Estado, a chefia de Governo e a chefia de Administração, sendo exercido a nível nacional pelo Presidente da República. O poder executivo possui como função típica a administração pública do Estado em observância as leis do país, promovendo o bem do povo. No exercício de suas funções atípicas, o supracitado poder pode desempenhar funções de natureza legislativa, é o que ocorre com a edição de Medidas Provisórias, bem como no veto do Presidente da República; e de natureza jurisdicional, na medida em que aprecia defesas e recursos administrativos ou quando estabelece multas de trânsito.

O Poder Legislativo, na esfera nacional, é disposto na forma do sistema bicameral, formado pelo Congresso Nacional, a fusão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, sendo um reflexo da vontade do povo e dos estados. A função típica desempenhada por esse poder é a de legislar, criar e aprovar leis, a capacidade legiferante por ele desenvolvida é primordial na organização da sociedade e do ordenamento jurídico. Além disso, o legislativo promove a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Na atribuição de suas funções atípicas, o poder legislativo é responsável pela organização, preenchimento de seus cargos, funcionários, matéria de natureza eminentemente executiva. No que diz respeito à natureza jurisdicional, o legislativo, por meio do Senado Federal, julga o Presidente da República, nos casos dos crimes de responsabilidade, por exemplo.

Por fim, o Poder Judiciário compõe a estrutura dos três poderes, possuindo como principal função interpretar e julgar as demandas que chegam até ele em consonância com a Constituição Federal e as legislações esparsas, visando resolver conflitos por meio de decisões que deverão ser cumpridas ainda que coercitivamente. Já como função atípica, tem iniciativa legislativa, tarefa do poder legislativo, bem como organiza o seu pessoal interno, função esta do poder executivo. Destaca-se que integram o poder judiciário, a nível nacional, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, bem como os Tribunais Regionais Federais.

3.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A BOA GOVERNANÇA

A Administração Pública, como aparato voltado a alcançar fins previamente estabelecidos, se utiliza de princípios que orientam o manejo do direito público, voltando-se a alcançar resultados cada vez mais concretos e próximos ao que se chama de boa administração.

O princípio da eficiência, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional de 1998, veio elaborar um modelo de administração voltada para um controle de resultados na atuação estatal (BRASIL, 1988, p. 33). Meirelles (2000, p. 98) define esse princípio como sendo aquele que “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

O princípio da eficiência é direcionado a toda a Administração Pública e possui diferentes interpretações, uma ligada a atuação do agente público e outra relacionada à estruturação e organização da Administração Pública, visando alcançar os melhores resultados na gestão pública, tendo em vista a promoção do bem comum da forma mais adequada possível.

O dever de boa administração atribuído ao governo a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, é o que assevera Gasparini (2003, p. 86). O desempenho deve ser rápido de uma forma a agradar os administrados tanto em suas individualidades, quanto no que concerne à coletividade, não sendo justificado qualquer tipo de procrastinação que poderá levar a indenização dos prejuízos causados a todos os lesados. As atribuições devem buscar a perfeição e para isso precisam se valer de técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível. Quanto ao rendimento, as atribuições buscam resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade, procurando atingir o maior número de beneficiados.

Ressalta-se que a eficiência não se confunde com a efetividade nem com a eficácia, essa última relaciona-se com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração, sendo, dessa forma, instrumental, já a efetividade diz respeito aos resultados obtidos com as ações administrativas. Nesse mesmo raciocínio Chiavendo (1994, p. 70):

eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. (...) A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas

(métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível (...).

Assim sendo, é possível associar os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade a concretização do direito à saúde. De acordo com Ferreira (1999, p. 11) a eficiência está associada a utilização dos recursos que estão em disponibilidade da melhor forma possível, com o objetivo de evitar desperdícios dos tais recursos; a eficácia diz respeito ao desenvolvimento das ações produzidas na busca de alcançar os melhores resultados, especialmente em relação ao número de pessoas atendidas e ao número de ações oferecidas no sistema de saúde; a efetividade, por sua vez, busca obter alterações concretas na situação da saúde, baseando-se nos objetivos que são propostos pela gestão.

Deste modo, o princípio da eficiência é a busca por resultados positivos com o mínimo de gastos possíveis, tratando-se de norma de aplicabilidade imediata, imposta a toda a Administração Pública. Na mesma linha de raciocínio preleciona Mendes e Branco (2016, p. 890), "A atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca um Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência". Deste modo, a eficiência na Administração está intimamente ligada à governança que aqui é analisada como um problema das relações nacionais, tendo sua importância para a garantia da saúde como direito fundamental, aliança da nova gestão pública com a democracia liberal. É essa a visão crítica dada por Mello (1999, p. 92):

Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e tão difícil o controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. (...) Finalmente, este princípio é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado há muito tempo no Direito italiano: o princípio da boa administração.

É importante esclarecer que governança não é o mesmo que governo, sendo aquela mais ampla, abrangendo além das instituições governamentais mecanismos de caráter não governamental, responsáveis pela conduta determinada das pessoas e das organizações dentro da sua área de atuação. Como aponta Rosenau (2000, p.15-16):

Governança é um fenômeno mais amplo que governo; abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não-governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área

de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas.

A governança se divide em governança corporativa, governança tributária, governança de obrigações acessórias. A governança corporativa possui relação com boas práticas de gestão, ética e responsabilidade corporativa e cumprimento à legislação em vigor. A governança tributária trata dos procedimentos que são utilizados pelas empresas para conduzir seu processo de gestão, visando ter um controle e revisão dos procedimentos tributários. A governança de obrigações acessórias advém da governança tributária e possui como objetivos a diminuição dos riscos empresariais e a penalização proveniente da falta de controle. É nessa perspectiva que podemos falar em governança pública, uma vez que essa é proveniente do termo governança corporativa, sendo relacionada ao conjunto de práticas que tem o escopo de regular a administração e controlar as instituições. No mesmo entendimento Pereira (2010, p. 113):

A governança pública “pode ser entendida como o sistema que determina o equilíbrio de poder entre todos os envolvidos numa organização – governantes, gestores, servidores, cidadãos – com vista a permitir que o bem comum prevaleça sobre os interesses de pessoas ou grupos”

A boa governança vem buscar, portanto, a produção de resultados eficazes, e isso se faz necessário principalmente dentro da Administração Pública, uma vez que cabe ao Estado implementar políticas públicas capazes de efetivar as metas coletivas. A boa governança, entende-se, não é uma recomendação ao administrador público e sim um direito fundamental do indivíduo.

Como elementos destinados a uma governança mais democrática, Monteiro (2014, p. 03), citando o Livro Branco da Governança Europeia, destaca a abertura (maior transparência possível dos atos dos administradores públicos), a participação (empenho de várias frentes políticas para atingir as metas públicas), a responsabilização (atribuições tanto no Executivo, quanto no Legislativo), a eficácia (maximização dos resultados esperados pelos atos administrativos), e a coerência (as medidas devem ser lógicas, adequadas e compreensíveis).

É importante ressaltar que a boa governança como direito fundamental, torna possível a existência de direitos da quarta geração, estando atrelada ao fato de defender a busca de maneira mais responsável, ética e comprometida com a gestão pública do direito democrático.

3.3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A saúde é um atributo essencial à qualidade de vida do homem e o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, está comprometido com a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.

Percebe-se que a saúde é apreciada pela Constituição Federal de 1988 como um direito social e fundamental, assim sendo cabe aos Poderes Legislativo e Executivo amparar a população, buscando efetivar tais direitos. O direito à saúde relaciona-se diretamente com o bem-estar e a dignidade humana, devendo ser fornecido de forma universal e igualitária, não servindo somente como norma constitucional, mas como direito realmente efetivado e levado aos casos concretos.

Para garantir a efetividade do direito à saúde é preciso somar esforços, essa conjuntura se dará a partir da prevenção e da promoção. É nessa perspectiva que Castro (2005, p. 01) expõe a tutela do direito à saúde, como portadora de duas faces; uma genérica, voltada a políticas de redução de risco de uma determinada doença, sendo essa a preservação e outra caracterizada como um direito individual, relacionando-se a tratamentos de uma determinada pessoa, a de proteção.

Nesse mesmo diapasão, Dirley da Cunha Junior preleciona que o direito à saúde “compreende também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, como por evitar que ele se torne doente. Aqui também a Constituição se preocupou em resguardar os recursos públicos necessários à efetivação desse direito fundamental” (CUNHA JUNIOR, 2013, p.732).

Assim sendo, o direito fundamental à saúde esbarra na atualidade com a melhor forma com que se dará sua efetivação. Como todos direitos de segunda dimensão, impregnado de caráter social, a saúde enfrenta o seguinte disparate: a insuficiência de recursos orçamentários face às grandes necessidades da população, as quais, aliadas aos problemas de gestão na administração pública, acabam se revelando poderosos entraves à concretização desse direito.

Como visto anteriormente, o Poder Público, na busca de melhor oferecer o serviço e atingir um número maior de pessoas, possibilita aos órgãos particulares a faculdade em ofertar serviços de caráter público no que concerne à saúde, desde que respeitados os ditames constitucionais. Acontece que hodiernamente, a saúde tem sido encarada como um produto comerciável para quem pode financiá-la, uma vez que o particular pode, a nível complementar, contribuir na garantia de tal direito, atingindo a universalidade de forma limitada, posto que grande parte da população depende única e exclusivamente do SUS, o que acaba por omitir e negligenciar o direito à saúde.

Incontroverso é que as complicações na efetividade do direito à saúde se dão, entre outros motivos pela má utilização dos recursos públicos que são destinados a essa esfera. E ressalta-se que a incumbência dessa utilização abrange o Estado, o gestor público, o prestador de serviço público, o profissional de saúde, ou seja, todos os que de certa forma contribuem para a real efetivação da saúde pública.

3.3.1 A garantia do mínimo existencial

A ideia de mínimo existencial surgiu na Alemanha, em 1954, baseando-se no reconhecimento do auxílio material disponibilizado pelo Estado para a sobrevivência do indivíduo carente, como direito subjetivo. Adotado, posteriormente, em boa parte dos Estados Democráticos de Direito, no Brasil norteia-se na preservação e garantia das condições e exigências de uma vida digna.

De acordo com Toledo (2017, p. 104), na Alemanha, adota-se majoritariamente a matéria proposta por Robert Alexy, delimitando o conteúdo do mínimo existencial aos direitos fundamentais sociais mínimos, como direito à educação fundamental, média e profissionalizante, direito à moradia simples e direito a um patamar mínimo de assistência médica. Continua a autora afirmando que no Brasil não há convergência na delimitação do mínimo existencial, estando esse relacionado apenas a direitos fundamentais sociais, para alguns doutrinadores; para outros, contudo o mínimo existencial pode ser observado também pelo aspecto tributário, como por exemplo, a não incidência de impostos no que se refere a direitos sociais mínimos.

Para poder obter uma boa noção de mínimo existencial é necessário entender o que vem a ser dignidade da pessoa humana, uma vez que aquele está intimamente ligado a garantia de uma vida digna. Conforme Sarlet (2002, p. 26), dignidade é:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é inerente a todo e qualquer indivíduo, sendo concretizada pelo fornecimento dos recursos necessários para manter a mínima qualidade de vida. Qualidade essa ligada a instituição de direitos que fazem do ser humano um ser personificado, com necessidades a serem supridas e com a

individualização de cada uma delas. O mínimo existencial, portanto, é o conjunto dos direitos fundamentais mínimos, vinculados a Constituição, e que não necessitam de qualquer lei para sua aquisição, sendo um caminho para a melhor satisfação da dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, como visto alhures, abrange, em sua maioria, os direitos de segunda geração, como os direitos sociais, econômicos e culturais, abarcando, inclusive, o direito à saúde. Como se sabe os direitos de segunda geração possuem caráter pragmático, devendo o Estado se empenhar em desenvolver programas para que esses direitos possam atingir indistintamente os indivíduos. Como nos mostra Cunha Júnior (2013, p. 724):

Os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um 'facere', consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos naturais indispensáveis para uma existência digna, com providência reflexa típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social.

O Estado, dessa maneira, é chamado, desde logo, a atuar no sentido de propiciar aos indivíduos condições mínimas para sua sobrevivência. Não seria diferente, partindo do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 tem caráter eminentemente social, voltado para o bem-estar do indivíduo. Aqui não se fala em bem-estar baseado na qualidade de vida isonômica, mas na ideia de um limite de dignidade, o qual ninguém deve ficar descoberto.

Fato é que raramente poderá se constituir uma vida digna sem apreciação da saúde em todas as suas formas. Saúde e vida são conceitos intimamente ligados e não há como desvincular o ideal de garantias mínimas de sobrevivência a efetivação da vida saudável. Nas palavras de Cretella Júnior, citando Zanobini (1996, p. 4331):

nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento.

Em vista disso, percebe-se que a omissão do Estado quando da necessidade de efetivar direitos referentes à garantia do mínimo existencial, resulta em clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que, conseqüentemente, legitima o judiciário a intervir nos casos em que a Administração Pública, por inércia ou

deficiência, deixa de viabilizar os direitos constitucionalmente estabelecidos.

Nesse ínterim, observa-se de um lado a precariedade na tutela da saúde como direito fundamental, assegurado como mínimo necessário para existência e manutenção de vida digna e de outro, a presença cada vez mais forte de ações judiciais propostas pelos cidadãos como forma de garantir tal direito. É a utilização do Poder Judiciário como porta de entrada para garantia do mínimo existencial.

Como se percebe até aqui, o Estado, por meio de atitudes positivas, busca efetivar direitos sociais completamente indispensáveis para o oferecimento de uma vida digna aos cidadãos, garantindo a plena eficácia desses direitos, dentre eles a saúde. Um dos argumentos utilizados como obstáculo para essa efetivação é a escassez de recursos por parte da Administração Pública, essa entendida como a incapacidade de satisfazer todos os direitos necessários aos indivíduos, fato que influencia diretamente na garantia do mínimo existencial. É, então, que surge a ideia de reserva do possível.

3.3.2 A reserva do possível

Criado na Alemanha, nos anos 1970, o princípio da reserva do possível assevera o fato de que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto, ou seja, os direitos previstos no ordenamento jurídico serão assegurados, desde que existam os recursos públicos destinados a tal finalidade. É o que acentua Silva (2007, p. 26), “o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis”.

A doutrina brasileira, não difere do direito germânico, e utiliza da reserva do possível para indiscriminadamente obstacularizar a efetividade dos direitos sociais. Ocorre que, no entanto, diferentemente da Alemanha, o Brasil é considerado um país periférico, onde grande quantidade de pessoas carece de direitos fundamentais básicos, que vão desde alimentação até a moradia, não sendo diferente no que concerne ao direito à saúde. O que se vê é a concretização desses direitos ainda dependente da luta cotidiana das minorias como forma de transformação indispensável para sua substancialização. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios

paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da luta pelo direito entendida como processo de transformações necessárias para a concretização desses direitos. (CUNHA JÚNIOR, 2013, p.744)

O mesmo autor assegura que a Constituição Federal de 1988 é formada por um conjunto de normas que impõe ao Estado Brasileiro a realização de políticas públicas voltadas ao atendimento dessas necessidades, fixando as metas que devem ser cumpridas pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais. Sendo assim, a solidificação dos direitos fundamentais está sujeita a políticas públicas que têm por objetivo garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Para isso, o Estado emprega meios de arrecadação que se reservam ao bem-estar social, devendo estar previstos e sujeitos ao seu orçamento. Ou seja:

o orçamento é o palco no qual devem estar explicitadas as políticas públicas de um Estado em um determinado momento. E, nele, o Estado, conjuntamente as funções Executiva e Legislativa devem se fazer presente via processo orçamentário, desde a elaboração do plano plurianual, passando pela lei de diretrizes orçamentárias, e com a lei orçamentária anual (RIBEIRO, M.F, 2010, p. 04).

Sucedese que, por ser essencial à organização do Estado, a previsão orçamentária é colocada como limite a atuação do mesmo, uma vez que a necessidade de previsão é norma dirigida aos administradores e aos legisladores. O que ocorre, no entanto, é a liberdade dada ao judiciário de não se submeter à previsão orçamentária, essa esfera de poder pode, a todo momento, tomar decisões que vão de encontro ao orçamento previsto para o órgão ou ente federado. Dessa forma, o que vem acontecendo no cenário atual é a preocupação do constituinte em planejar as despesas realizadas pelo Poder Público em choque com o cumprimento de decisões judiciais, já que o juiz não é impedido de ordenar que esse mesmo Poder Público cumpra determinações que ocasione despesas não previstas a fim de efetivar um direito constitucional.

Registra-se que, como já exposto neste trabalho, a cada poder é atribuída uma função principal ou função típica. Ao executivo cabe administrar a coisa pública, efetivar os programas determinados pela Constituição Federal e estabelecer as prioridades destinadas a atender ao bem comum. É destinada ao Executivo a observância do princípio da boa governança para garantir uma gestão pública de qualidade. Nesse sentido, o magistério de Fábio Konder Comparato:

A transformação do Estado contemporâneo, engendrada pela revolução industrial, não acarretou a criação dessas funções governamentais ativas que sempre existiram, mas a mudança do eixo central das atividades estatais, da legislação para a administração, da proclamação e aplicação do direito para a elaboração e execução de programas de ação. Mais do que isso: os objetivos ou resultados a serem alcançados por essas políticas passaram a se impor, doravante, como normas obrigatórias, ao próprio governo, pois a finalidade do Estado já não é a conservação, mas a transformação da sociedade. O sistema jurídico como um todo tende, assim, a ser organizado em função desses objetivos concretos das políticas públicas. O Estado torna-se teleocrático e o Poder principal desloca-se, decididamente, para o núcleo governamental, que somente por força da tradição ainda continua a se denominar Executivo. (COMPARATO, 2001, p.192)

A intervenção do Judiciário na fixação de políticas públicas não é assunto pacífico na jurisprudência, entretanto, num Estado carente de um padrão mínimo de prestações igualitárias, sobretudo no que diz respeito à saúde, os direitos sociais, não podem ficar adstritos à reserva do possível. É, então, que se permite ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando de outras áreas para destiná-los a saúde pública. Pensamento alicerçado por Olsen (2006, p. 195):

A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

É o que se pode observar nos casos das obrigações de fazer não realizadas pelo Estado sob o argumento da insuficiência orçamentária, baseada na reserva do possível, como por exemplo, a negativa de cirurgia de urgência a um paciente enfermo; o direito à saúde nesse caso, não poderia deixar de ser efetivado em virtude de eventual despesa que não estivesse dentro da esfera do administrador. É necessário um juízo de ponderação e proporcionalidade, o judiciário deve verificar até que ponto são possíveis os atendimentos/cirurgias sem colocar em risco o equilíbrio orçamentário, para que essas despesas não esperadas não venham refletir no sistema macro ligado à saúde, como nas construções de postos de saúde, fornecimento de medicamentos regulados e realizações de tratamento médico já marcados e autorizados.

Evidencia-se que as alegações de negativa de efetivação de um direito social, baseados na impossibilidade por conta da reserva do possível devem ser concretas, sendo imprescindível a demonstração da impossibilidade de prestação, devendo o Poder Público demonstrar que a decisão viria a causar mais danos do que vantagens a efetivação de direitos fundamentais.

Desse modo assevera Cunha Júnior (2013, p. 748):

Em suma, nem a reserva do possível, nem a reserva da competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, [...] que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e a integralidade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária.

Logo, a teoria da reserva do possível não deve ser invocada imediatamente como argumento hábil a obstaculizar a efetivação do direito à saúde, nem tampouco pode o judiciário ignorar os orçamentos estatais, devendo agir com parcimônia quando se deparar com um quadro em que haja omissão da Administração Pública e ao mesmo tempo necessidade do cidadão de ver efetivada uma prestação. É necessário equilíbrio, proporcionalidade e análises concretas dos casos, nas decisões que vão de encontro a um planejamento anteriormente firmado pela Administração, assim como é imprescindível que o Estado esteja apto a concretizar as decisões que buscam tão somente não desamparar direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

4 O LIMITE ENTRE A ADEQUADA GESTÃO E A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO

Judicialização, segundo Barroso (2012, p. 02), representa a transferência de poder político para o Judiciário, em maioria dos casos para o Supremo Tribunal Federal

(STF). O constitucionalista entende que a redemocratização do país, propiciou uma procura maior ao Judiciário, a constitucionalização; uma vez que a Constituição de 1988 trata de inúmeros temas antes não vistos, além de trazer o sistema de controle de constitucionalidade. O ilustre doutrinador lembra que o Judiciário pode decidir em muitas questões, porém há aquelas em que simplesmente não deva, o juiz precisa avaliar se, naquele momento e naquela causa, ele é a pessoa mais capacitada para fazer a melhor avaliação, tendo a melhor decisão para a matéria.

Nessa linha de raciocínio Barroso (2006, p. 81) acredita que nos últimos anos a Constituição conquistou sua eficácia, segundo o conceito de Sabbadell (2002, p. 64), o qual avalia o grau de cumprimento da norma na prática social, sendo essa eficaz quando respeitada pela sociedade ou devidamente punida pela mesma. Ou seja, quando a norma for respeitada coercitivamente ou pela sanção aplicada pelo Estado. Além disso, as normas constitucionais passaram de meras integrantes de um documento estritamente político, de simples convocação a atuação do Legislativo e do Executivo, tendo aplicabilidade direta e imediata pelos juízes nos tribunais.

Como já exposto, “o Poder Executivo é um dos órgãos políticos do Estado, que tem por competência institucional a condução das atividades de Estado, Governo e Administração Pública” (DIRLEY, 2013, p.1042). É o Executivo, então, o responsável por gerir a máquina estatal, organizando o orçamento, a fim de que os recursos disponibilizados sejam utilizados de forma a promover a efetivação de um maior número de direitos.

Assim sendo, a maneira como são geridos os recursos estatais faz toda diferença na concretização dos direitos sociais. Em uma proposição matemática, a adequada gestão pública seria inversamente proporcional a elevada judicialização, posto que se as demandas fossem propiciadas a população (coletividade) de forma administrativa, essa não teria motivo para recorrer ao judiciário a fim de obter prestações individuais.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Como já apontado, judicializar significa incitar o Poder Judiciário a fim de que decida sobre determinada pretensão. É chamar o judiciário a atuar em situações em que as ações ou omissões dos entes públicos ou privados são determinantes para a negativa de um direito. Logo, quando se fala em judicialização da saúde alerta-se para as inúmeras situações em que a inércia legislativa ou executiva na prestação dos serviços públicos tem por consequência a provocação do judiciário.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, p. 04). Em vista disso, percebe-se que não há controvérsia no que se refere à

atuação do judiciário nos casos em que, por qualquer motivo, o direito à saúde não é tutelado, haja vista ser garantia de qualquer cidadão, inclusive da coletividade, levar a questão a juízo, uma vez que falha sua execução, trata-se de cláusula pétrea.

Dessa forma, o judiciário não tem só a liberdade como também o dever de aplicar o direito, quando da omissão legislativa ou executiva. Nesse mesmo sentido, Eros Roberto Grau:

O Poder Judiciário é o aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo - de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo. (GRAU, 2004, p. 335)

Ainda nessa perspectiva Barroso (2012, p. 06):

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

Sucedem que hodiernamente, o cenário brasileiro mostra o crescimento exacerbado de decisões que sujeitam a gestão administrativa a prestar variados serviços de saúde que vão desde fornecimento de medicamentos até realização de cirurgias de urgência, demonstrando, portanto, a ineficiência no serviço de saúde de base.

O que se vê, então, é o aparato judicial servindo de instrumento a efetivação da saúde no Brasil. Problemas como a má gestão dos recursos públicos, e as irregularidades provenientes de uma defeituosa administração acabam por tratar a judicialização como uma maneira de concretizar as prestações de saúde almejada pelos indivíduos. É o que afirmam Hüning e Costa (2017, p. 133):

Consoante pode-se verificar a simples previsão Constitucional quanto o direito à saúde não tem sido capaz de efetivá-lo a contento da população. Para tanto, grande número de pessoas tem ingressado com ações judiciais para concessão dessa prerrogativa prevista na Constituição Federal, o que tem causado a expansão exagerada dessas ações, alarmando, assim, os juristas.

Barroso (2007, p. 03), em uma de suas análises sobre o tema, é imperioso ao afirmar que a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de fornecer gratuitamente medicamentos constitui a realização da promessa da prestação universal do serviço de saúde. É nesse diapasão, portanto, que se encontram as limitações atuais acerca do tema. O direito à saúde, tido como um direito fundamental social, possui o escopo de promover o bem da coletividade, proporcionando uma vida digna a todos os indivíduos, não se limita, por isso, a um direito de cada indivíduo separadamente.

O que se tem nada mais é do que a colisão entre dois princípios fundamentais. De um lado a garantia ao direito à saúde e a vida, do outro, a separação dos poderes, quando da utilização do judiciário na deliberação de políticas públicas de saúde. Ou, na verdade, como assevera Barroso (2007, p.04) "o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros", já que no momento em que o judiciário concede a um indivíduo a pretensão por ele pleiteada em juízo, seja um medicamento de alto custo ou algum tratamento alternativo, por exemplo, ele retira do orçamento da Administração Pública recursos que poderiam ser utilizados para cumprir demandas coletivas, tendo como exemplo a construção de um posto de saúde ou até mesmo tratamentos de baixo custo de várias pessoas.

4.1.1 O ativismo judicial como forma de efetivação dos direitos sociais

Sabe-se que, atualmente, o judiciário constitui uma das possibilidades palpáveis de concretização dos direitos sociais, haja vista o ativismo judicial ser fortemente utilizado como mecanismo de efetivação de tais direitos. Para entender essa contextualização faz-se necessário antever as linhas primordiais do ativismo judicial, bem como ligá-lo a ideia de materialização dos direitos sociais.

Entende-se por ativismo judicial a forma mais acentuada com que o judiciário se dispõe a concretizar preceitos constitucionais, de forma que venha a interferir na atuação dos poderes legislativo e executivo. Nesse sentido, Ramos (2010, p. 129):

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Quanto ao contexto histórico em que está inserido, o ativismo judicial encontra sua origem no Movimento do Direito Livre, é o que nos ensina Santos (2013, p. 21), ao afirmar que esse movimento se baseava na ideia de que a decisão judicial acaba por

ser uma atividade criadora que é dirigida pelo conhecimento, a qual realiza o direito através do apelo a critérios normativos extralegais, além de ter como fundamento a sua procura do justo.

A origem da expressiva manifestação do ativismo judicial se deu nos Estados Unidos, com o objetivo de asseverar a atuação do juiz no processo por meio do impulso oficial oriundo da sociedade na busca da substancialização de direitos fundamentais. No entanto, frisa-se a relevância de outras correntes que de certo modo contribuíram para ideia que temos de ativismo judicial na atualidade, como o direito alternativo brasileiro. No Brasil esse ideal começou a ganhar força com a Constituição Federal de 1988, a qual outorgou ao Ministério Público e ao Judiciário novas atribuições de cunho social.

Retomando o conceito de ativismo judicial, temos outra visão do tema, nesse diapasão alguns autores, como Gomes (2009, p. 01), narram que existe ativismo judicial quando o magistrado interpreta a Constituição com o intuito de garantir direitos. O autor vai além e indica duas espécies de ativismo judicial: o inovador, espécie na qual o juiz cria uma norma; e o revelador, tipo de ativismo onde o juiz também criará regras, no entanto, baseado em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa.

Barroso aduz ainda que (2012, p. 06):

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Como se vê, variadas são as condutas tidas como ativistas praticadas pelo juiz; essas passam pela aplicação da Constituição de forma independente da manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, tornando-os sem efeito, ainda que emanados de outra esfera institucional; e de forma especial, pela imposição de condutas ou de omissões ao Poder Público, em qualquer das suas esferas.

Passeando pela matéria do ativismo judicial, surge a necessidade de diferenciar a judicialização, citada em vários momentos no presente trabalho, do ativismo;

conceitos que, embora próximos, se distinguem. Barroso (2012, p. 06), nos contextualiza afirmando que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Como se observa, a linha entre o ativismo judicial e a judicialização é tênue, mas não se confunde. O primeiro trata da maneira que o Poder Judiciário interpreta a Constituição, ampliando sua abrangência. O segundo, por sua vez, é um fato decorrente do modelo constitucional adotado. Na judicialização temos o judiciário atuando além de suas competências, contudo respeitando a lei; já o ativismo judicial, permite ao judiciário atuar além da legislação, sem nenhum respaldo legal.

É sabido que o juiz, no exercício de suas funções, deve agir baseado na legislação; as decisões proferidas pelo magistrado têm por base os princípios e normas legais, não devendo ser resultado de mera arbitrariedade, limitando-se a aplicar uma norma já existente. O juiz, por exemplo, não age de ofício, necessitando ser acionado pelas partes para efetivar suas pretensões.

Analisando a funcionalidade, percebe-se que o ativismo judicial tem uma face positiva, pois significa que o poder judiciário está atendendo as demandas sociais importantes que não foram atendidas a tempo e a hora pelos outros poderes. No entanto, possui também uma face negativa, qual seja o fato de o poder legislativo, que é a instância política por excelência, muitas das vezes não conseguir atuar para atender as demandas sociais.

Em um cenário em que tudo se judicializou, os direitos fundamentais passam a depender da atuação proativa do poder judiciário. Como se sabe, os direitos sociais são assegurados na Constituição Federal de 1988. O rol de direitos sociais busca atingir a justiça social e para isso carece de prestações positivas por parte da Administração. A partir do momento em que essas prestações não são oferecidas e os indivíduos acionam o judiciário, esse, por muitas das vezes, passa a ter uma postura mais abrangente, aplicando o direito de forma a garantir as omissões administrativas. Nesse sentido Sales e Pachú (2015, p. 28):

Cabe ressaltar, apenas o reconhecimento da importância de tais direitos não é suficiente, faz-se necessário sua efetivação. Nesse ínterim, as políticas públicas constituem instrumento de

viabilização dos direitos básicos da população e enfatiza o caráter ideológico do Direito, busca-se a política de legitimação do poder.

Dissertando sobre o assunto, Santos (2013, p. 25) relata que:

O que tem ocorrido com muita frequência em Estados tais como o Brasil (onde as políticas estatais de bem-estar social ainda não atingiram o mesmo *status* de alguns países europeus) o plano da efetivação dos direitos sociais tem saído – com frequência maior do que a desejada – do nível das políticas públicas para o âmbito de uma completa judicialização (ou justicialização) de tais direitos sem nenhuma reação contra tal postura seja ela política ou dentro do próprio pensamento jurídico que totalmente submeteu-se a tal comportamento do judiciário taxando-o como aceitável e normal.

Exemplo claro da postura supracitada, diz respeito ao tema das políticas públicas, quando da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, como preleciona Barroso (2012, p.8-9), nos casos de distribuição de medicamentos e determinações de terapias por meio de decisão judicial. A União, o Estado ou o Município são condenados a financiar medicamentos e terapias que não constam nas listas do Ministério da Saúde e, portanto, tomam, claramente, decisões onde “criam” o preceito normativo, uma vez que os medicamentos indicados não constam da lista estabelecida, é uma típica prática de ativismo judicial.

Como demonstrado no capítulo referente à separação dos poderes, o poder legislativo possui como principal função elaborar e aprovar projetos de lei precipuamente no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais. Já o Poder Executivo institui políticas públicas que somadas a fatores externos almejam assegurar os direitos sociais. O que vem acontecendo, no entanto, é a negligência dos poderes supracitados quanto ao exercício de suas funções. É então que a intervenção do Poder Judiciário se justifica para possibilitar a efetivação dos direitos sociais. Nesse sentido Silva e Weiblen (2007, p. 52), narram que:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável,

ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Na verdade, a legitimidade das condutas tomadas por magistrados, seja quando decidindo questões relevantes, que originalmente seriam objeto das outras escalas de poderes, quando acionado (judicialização), seja quando interpreta a Constituição de um modo específico e proativo (ativismo judicial) não é discutida. É quase um consenso entre os doutrinadores a necessidade da expansão do judiciário nas demandas coletivas que possuem dificuldade de concretização. Hoje, quase tudo se judicializa. Na prática o que se discute é a legitimidade de um grupo de juizes acabarem por proferir decisões extravagantes e emocionais que atingem toda a sociedade, sem considerar os orçamentos fixados pela Administração Pública.

4.1.2 A intervenção do Poder Judiciário na busca da concretização das prestações garantidoras da saúde

Até aqui foi possível perceber que é impossível manter intacta a dignidade humana de um ser humano quando este não tem acesso à saúde, e tão ou mais grave, é ter ciência que o cidadão tem seu direito fundamental violado por parte do próprio Estado por não efetivar prestações positivas impostas pela Carta Maior. Diante da inércia do Executivo cabe ao Judiciário exigir respostas às demandas sociais, adotando uma postura crescentemente interventiva na seara das medidas de concretização material do direito à saúde.

Como já explanado nesse trabalho, a Constituição Federal de 1988 se preocupou em não excluir ao judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito. Assim sendo, qualquer indivíduo pode acionar o judiciário, desde que haja omissão na efetivação de um direito que lhe deveria ser atribuído. Desta forma, sendo à saúde um direito social, e possuindo aplicabilidade imediata, o poder judiciário é legítimo para analisar os conflitos travados entre a busca do indivíduo pela efetivação da saúde no caso concreto e a omissão do Estado. Corroboram essa ideia Sales e Pachú (2015, p. 34):

Nesse sentido, diante da inércia do Poder Executivo muitas pessoas recorrem ao Poder Judiciário para garantir a efetivação do direito à saúde. Decisões judiciais são proferidas concedendo

medicamentos, tratamentos, insumos, cirurgias, leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI, e, produtos de saúde.

É notório que a judicialização do direito à saúde refere-se a inúmeros serviços públicos e privados, como por exemplo, o fornecimento de medicamentos, a transferência de hospitais, a viabilização de exames, diversos tratamentos para doenças, entre outros. Inúmeras são as ações e decisões judiciais que exalam esses conteúdos, buscando o deferimento de decisões que venham a garantir as demandas individuais relacionadas à saúde.

Nessa linha de raciocínio, Castro e Maia (2009 p. 14) destacam a relevância do judiciário na efetividade de direitos fundamentais e conseqüentemente no direito à saúde:

Percebe-se que o Poder Judiciário pode exercer um papel relevante no que se refere à efetividade dos direitos fundamentais, revertendo o pseudo caráter programático dos direitos sociais em direitos concretos, pois a esfera judiciária constitui um espaço de luta dos movimentos populares, ganhando impulso e legitimação com as ações desses sujeitos de direitos.

O Poder Judiciário utiliza-se de diversos instrumentos para canalizar o direito à saúde, para isso conta com os mandados de injunção, as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, as ações civis públicas, os mandados de segurança, e sendo um direito social, pode ser objeto tanto de ações individuais, quanto de ações coletivas.

Os magistrados, desde o surgimento de epidemias, se encontram confrontados por decisões diretamente influenciadas pelo indivíduo requerente, este, debilitado, vê no número de liminares cada vez maiores a chance de ter sua sobrevivência, o Judiciário diante da necessidade, não pode incorrer em falta funcional e por isso se torna responsável por sanar conflitos levado a ele por doentes, grupos de apoio, etc.

Seria graças a essa eficácia, que a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública em nome de promessa de prestação de direito fundamental é cada vez mais comum. A conhecida Judicialização, em excesso ou mal embasada é fonte de decisões extravagantes ou emocionais, as quais condenam a Administração Pública ao custeio exorbitante de medidas secundárias que garantam a disponibilidade de meios para propiciar e manter os serviços básicos, por serem inacessíveis.

É nesse contexto que Barroso (2012, p. 22-23) nos aponta uma virada jurisprudencial, por conta da normatividade e da efetividade das disposições constitucionais. Segue afirmando que o judiciário pode e deve intervir em muitas situações envolvendo o direito à saúde. No entanto, chama atenção para as objeções relacionadas a tais intervenções. Destaca a primeira crítica, que diz respeito ao fato da norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma pragmática, e, então, é conveniente que a garantia do direito à saúde se dê por meio de políticas sociais e econômicas e não através de decisões judiciais, baseando-se no artigo 196 da Constituição Federal. Outra crítica relaciona-se a questão da impropriedade do judiciário na otimização dos gastos públicos com saúde, não tendo esse uma visão global nem dos recursos disponíveis, nem das necessidades que devem ser supridas, sendo essa matéria atribuída ao Poder Executivo. Uma terceira objeção concerne a questão da legitimidade democrática, uma vez que os poderes executivo e legislativo são formados por legitimados pelo voto popular, revelando-se, assim, na vontade democrática da população, diferentemente das decisões tomadas pelo judiciário proferidas por julgadores oriundos na maioria das vezes de concursos públicos.

Outra questão relevante se dá em relação à intervenção do Poder Judiciário especificamente no que concerne ao fornecimento de medicamentos. A maior parte das demandas judiciais referentes à saúde é motivada pela falta de prestações de medicamentos aos pacientes oriundos do Sistema Único de Saúde. Na prática o que vem acontecendo de um lado é a prescrição de medicamentos, previstos ou não nas listas elaboradas pelos entes federativos, por médicos do SUS para o tratamento de enfermidades, do outro é a falta desses medicamentos nos pontos de distribuição, alguns deles por serem de alto custo, outros por não estarem nem previstos nas listas da rede pública. Não resta alternativa ao cidadão de baixa renda, a não ser ingressar com ações judiciais requerendo os medicamentos de alto custo por ele necessitado. Para isso, preleciona Ordacgy (2009, p.28):

o jurisdicionado somente precisa especificar na peça exordial a sua enfermidade e os medicamentos dos quais se utiliza no momento da propositura da ação, não constituindo pedido genérico o uso da expressão, bem como de todos os remédios necessários ao tratamento de sua enfermidade, desde que, como já frisado, em combinação com a especificação dos medicamentos que já necessita. O pedido formulado dessa maneira encontra respaldo nos Princípios da Economia Processual, da Efetividade do Processo e do Acesso à Justiça.

É nesse contexto que surge o choque entre o orçamento público, não observado pelo juiz no momento de proferir decisões favoráveis aos jurisdicionados que buscam prestações referentes ao direito à saúde, e a necessidade dos indivíduos que precisam

obter decisões positivas por vias judiciais para manutenção da vida. O próximo tópico apontará como a jurisprudência brasileira vem se comportando diante desse conflito.

4.2 O DIREITO À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL BRASILEIRA

Até aqui foram expostos vários enfoques relacionados ao direito à saúde no Brasil, desde sua consagração constitucional até a utilização do Poder Judiciário como forma de sua efetivação. Faz-se necessário, então, analisar a jurisprudência brasileira, observando como os Tribunais vêm se comportando nas demandas de fornecimento de medicamentos, oferecimento de próteses, transferências de hospitais e etc. Asensi e Pinheiro (2015, p.08) em cartilha do CNJ esclarecem que:

A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde.

Por jurisprudência, entende-se o conjunto de decisões e interpretações da lei feita pelos Tribunais Superiores, com o objetivo de adequar as normas as situações do cotidiano. Para Venosa (2003, p. 21) "é aplicado o nome jurisprudência ao conjunto de decisões dos tribunais, ou uma série de decisões similares sobre uma mesma matéria". Essa série de decisões similares faz com que as determinações proferidas sobre uma mesma matéria tenham resultados similares, a fim de que não haja contradição dentro do mesmo juízo.

Assim sendo, passemos a análise jurisprudencial acerca do direito à saúde. Inicialmente, cabe ressaltar que os Tribunais, em sua maioria, já reconhecem a solidariedade dos entes federativos no que diz respeito à garantia de tal direito. Em julgado do Tribunal de Alagoas pode-se perceber a atribuição da responsabilidade a todos os entes federados, como se segue:

Diversamente do que alega e sustenta o Estado de Alagoas, no que diz respeito às questões da legitimidade ad causam e do próprio chamamento da União e do Município de Maceió ao processo, sob a ótica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, há de prevalecer a responsabilidade solidária dos entes públicos federativos = da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal -,

relativamente à garantia do direito à saúde, de modo que tanto faz a parte demandar contra um ou o outro, de forma conjunta ou isolada, sendo inoportuno o chamamento dos demais entes federativos, no caso, já que demandaria uma mobilização desnecessária da máquina judiciária, de caráter eminentemente procrastinatório. (TJ-AL - Reexame Necessário nº. 0077225-19.2010.8.02.0001 Relator: Paulo Barros da Silva Lima. Julgado em 06 de nov. de 2014)

Desde a Constituição Federal de 1988 o fenômeno da judicialização da saúde ganhou espaço no país, porém foi em meados dos anos 2000 que os Tribunais mudaram a postura no tratamento que costumeiramente vinham dando aos processos que envolviam demandas relacionadas a saúde e pararam de ligar a ideia de que direito à saúde corresponderia ao fato de ter direito a tudo. Como mostra Balestra Neto (2015, p. 16), a partir desse momento, os tribunais passaram a fazer uma análise mais técnica, possibilitando agora jurisprudências no sentido de negar aos usuários do Sistema Único de Saúde determinadas prestações.

Em análise aos sites de alguns Tribunais de Justiça brasileiros, percebe-se que a maior parte dos processos/demandas relacionados à efetivação do direito à saúde tem ligação com os pedidos de fornecimento de medicamentos. Em julgado do estado de São Paulo temos o seguinte exemplo:

EMENTA: OBRIGAÇÃO DE FAZER FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARATRATAMENTO INDIVIDUAL DE PACIENTE HIPOSSUFICIENTE DEVER DE FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICA (ART. 196, CF/88) Liminar deferida Sentença procedência Ilegitimidade passiva afastada - Em decisão monocrática, nega-se seguimento ao recurso. (TJ-SP – Apelação nº 0007981-18.2011.8.26.0286 Relator: Ponte Neto. Julgado em 09 de set. de 2014)

Exemplo parecido no Tribunal de Justiça de Pernambuco:

EMENTA: RECURSO DE AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO, EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE DA PENALIDADE IMPOSTA - RECURSO DE AGRAVO NÃO PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. 1. A saúde é direito fundamental garantido a todos os cidadãos pela Constituição Federal, desta feita, é dever do Estado garantir o fornecimento de medicações necessárias à manutenção da saúde

dos administrados. 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores proclama ser possível a concessão de tutela específica para determinar o bloqueio de valores em contas públicas a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável ou fornecimento de medicação, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. 3. Recurso de Agravo NÃO PROVIDO. 4. Decisão unânime. (TJ-PE - Agravo nº 3907591 Relator: Fernando Cerqueira. Julgado em 28 de julho de 2015)

Feita a exposição na ceara estadual, cabe chamar atenção para a repercussão da efetivação da saúde por via judicial a nível nacional, com ênfase na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou diversas vezes acerca do tema, e em maio deste ano determinou a suspensão de todos os processos judiciais que estão em andamento no Brasil que possuem como objeto o fornecimento de remédios não listados no Sistema Único de Saúde. Isso porque, tramita no STJ o Recurso Especial Nº 1.657.156 – RJ referente a um conflito entre o estado do Rio de Janeiro e o acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo estado que manteve a decisão monocrática que condena o estado a fornecer os medicamentos pleiteados pela assistida, sob alegação de que a “saúde é direito fundamental assegurado constitucionalmente a todo cidadão, devendo os poderes públicos fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem”. O referido processo trata de uma mulher diagnosticada com glaucoma que alega não ter condições de adquirir os três tipos de colírio prescritos a ela. Em decisão colegiada, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro obrigou o estado a fornecer o medicamento. O estado, em sentido contrário, alega que apenas os medicamentos incluídos na lista do SUS devem ser fornecidos.

O tema também ganhou repercussão no Supremo Tribunal Federal em 2016, quando o STF iniciou um julgamento que pretende decidir acerca da obrigatoriedade do Estado brasileiro fornecer ou não medicamentos de alto custo ou sem registro a Agência Nacional de Vigilância Sanitária aos indivíduos que acionarem o poder judiciário. Para Fábio (2016, p. 01), há quem defenda e quem se oponha a essa ideia. Para os que defendem, é direito constitucional ter acesso a medicamentos de forma gratuita ainda que caros, devendo o Estado atender as decisões judiciais analisadas caso a caso pelos juízes. Para os que se opõem, por sua vez, tem efeito negativo, uma vez que direciona uma parcela desproporcional dos recursos de saúde a casos específicos, tirando dos gestores administrativos a possibilidade de distribuir as verbas da melhor maneira possível. Até agora três dos onze ministros já votaram, Marco Aurélio Mello, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, todos a favor da concessão de remédios de alto custo que estejam na lista no SUS. Os dois últimos, no entanto,

votaram contra a permissão de medicamentos que não possuem registro na Anvisa. O ministro Marco Aurélio enfatizou o binômio da necessidade e adequação para o fornecimento de medicamentos pela via judicial e encerrou seu voto da seguinte forma:

o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso. (AURÉLIO, 2016, p.02)

Nesta sociedade de recursos escassos a maneira mais rápida de atender esta parcela da população não é de outra maneira se não alocando recursos, Calabresi e Bobbit (1978; p. 111 81e 113) aludiram, então, que uma decisão alocativa é trágica, pois a negação de um pedido pode resultar em grande sofrimento ou ainda morte. Escassez esta que como bem aduz Amaral (2001; p. 136) é também de órgãos, pessoal especializado e equipamentos.

Gastos excessivos em prol de um beneficiário põem em risco a manutenção de direitos fundamentais da sociedade, desorganizando a atividade administrativa e a alocação racional de recursos públicos, para tal o magistrado deverá utilizar métodos técnicos e racionais a fim de proferir decisões que não venham a garantir efetivação de direitos a alguns indivíduos em detrimento de toda uma coletividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise minuciosa acerca da saúde pública brasileira, enfatizando a ineficiência na prestação dos serviços de saúde de base pela Administração Pública, fato que ocasiona a maior procura do judiciário pelos indivíduos que carecem de prestações básicas. A consequência disso é a avocação do judiciário para tutelar demandas que inicialmente seriam de responsabilidade do legislativo e do executivo, resultando no conflito entre a efetivação do direito à saúde, pressuposto para uma vida digna, e a lesão ao princípio da separação dos poderes, instituído constitucionalmente.

A pesquisa do tema é de extrema relevância na atualidade, posto que a saúde compõe o rol de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988

atingindo a todos os indivíduos, sem distinção. A efetividade do direito à saúde, seja pelas esferas de políticas tradicionais, realizadas pelos poderes legislativo e executivo, seja pela avocação do Poder Judiciário, é matéria relevante para o meio acadêmico que busca por meio de pesquisas e estudos aprofundar as garantias constitucionais inerentes a sociedade.

Percebeu-se até aqui que com a redemocratização ocorrida em 1988, a Carta Magna adquiriu força normativa e efetividade. O Poder Público por meio de políticas públicas busca materializar os direitos sociais dos cidadãos, dentre eles o direito à saúde. Ocorre que a deficiência na prestação dos serviços de saúde, provocada pela má gestão governamental, vem resultando na aplicabilidade direta e imediata, por juízes e tribunais, de determinações que, sem observar o orçamento público, buscam substancializar tal direito. É nesse diapasão que surge o fenômeno denominado judicialização da saúde, onde o judiciário é chamado a intervir frente ao descaso na implementação de políticas públicas.

Ao longo do trabalho, foi possível perceber os óbices encontrados pela Administração Pública, que acabam por limitar a efetivação do direito à saúde. É cada vez mais frequente a utilização do princípio da reserva do possível como forma de obstáculo a concretização de direitos sociais. Não obstante, a realidade brasileira se difere do cenário dos países em que tal princípio foi desenvolvido, o Brasil é considerado um país periférico, aqui, muitas das vezes, o Sistema Público de Saúde é a única via encontrada pelo indivíduo para alcançar sua satisfação, não podendo os direitos sociais ficarem adstritos indiscriminadamente a reserva do possível alegada pela Administração.

Como foi demonstrado, a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurada no artigo 196 da Constituição Federal. No momento em que o Estado, representado pela Administração Pública, deixa de promover políticas voltadas a viabilizar a saúde, há lesão expressa do preceito constitucional, uma vez que a coletividade não verá a efetivação do seu direito. É, então que surge a possibilidade e é dada a legitimidade ao Poder Judiciário de intervir na implementação de políticas públicas, quando acionado em ações individuais ou coletivas, para que se posicione de forma a garantir a eficiência dos serviços de saúde que chegam até ele por meio de casos concretos.

É notório que quando da lesão ou ameaça a direitos, o Judiciário é chamado a garantir as prestações almejadas pela sociedade, buscando de alguma forma solucionar falhas e omissões das políticas públicas de saúde já existentes. O resultado dessa equação não é outro, senão a atuação exacerbada do judiciário em esferas privativas de outros poderes, a consequência é de fato a tomada de decisões baseadas em cunho emocional, sem qualquer critério técnico ou parâmetro que justifiquem e

legitimem a atuação judicial no campo particular das políticas de saúde, como fornecimento de medicamentos, distribuição de próteses, custeio de terapias alternativas, etc.

Os Poderes Legislativo e Executivo criam e implementam normas e políticas públicas de saúde, como por exemplo, o fornecimento obrigatório de determinados medicamentos pelo SUS, a solidariedade entre os entes federativos para maior alcance da saúde, os investimentos em novas tecnologias em serviços de saúde. Posteriormente, após a implementação de tais políticas, o orçamento do Estado é primeiramente reservado na quantidade necessária para provê-las, bem como para melhorar a estrutura física e profissional dos hospitais, postos de saúde, locais de pronto atendimento, etc. A solidificação dos direitos sociais, principalmente no que se refere ao direito à saúde, não perpassa, ou menos não deveria perpassar, por ações irresponsáveis e sem prévio planejamento.

A solução buscada não é fácil, os juízes e tribunais, por maioria das vezes, só possuem acesso aos casos que chegam as suas mesas, tornando-se por eles responsáveis. No entanto, é imperioso ressaltar que os gastos e despesas oriundos das decisões judiciais que garantem a saúde a um único indivíduo, poderiam ser utilizados para melhoramento do sistema de saúde como um todo, atingindo um número maior de pessoas. A utilização da judicialização como única saída garantidora do direito social à saúde tem como resultado a preferência no tratamento de um indivíduo em detrimento de todos os outros. O que se busca é chamar atenção para a verdadeira contraposição encontrada no tema, na verdade a oposição não se baseia pura e simplesmente entre o direito à saúde e os princípios orçamentários calcados na reserva do possível, sustentados no princípio da separação dos poderes, o que verdadeiramente se contrapõe é o direito à vida e à saúde de um ao direito à vida e à saúde de outros (no plural), uma verdadeira afronta ao princípio da equidade.

Obstáculo, então, é determinar a existência de limites para a atuação do judiciário, pois, como se viu até aqui, essa se torna legítima no momento em que consagrada como única alternativa para materialização do direito à saúde, justificando a intervenção sempre que um direito fundamental for descumprido, com juízos de ponderação nos casos concretos. Atente-se que essa legitimidade só subsistirá se a intervenção do judiciário se der em casos esporádicos, concretamente definidos, quando comprovada a indisponibilidade de políticas públicas voltadas a sua efetivação e a ausência de outra maneira administrativa de concretizar as prestações de saúde.

O que se pode pensar, como via a solucionar o problema, é a promoção de uma maior aproximação entre os poderes Executivo e Judiciário, um regime de separação absoluta do poder é inadequado e prejudicial para a sociedade, melhor seria uma funcionalidade de colaboração. Além disso, o cerne da questão consiste num maior

investimento e organização das políticas públicas de saúde, um olhar mais atento do Estado para os serviços de saúde de base. A judicialização é o resultado da disfuncionalidade do sistema, e é essa a crítica do trabalho. Os elevados índices de intervenção judicial nas demandas de saúde demonstram que os órgãos políticos não estão funcionando, e é isso que deve ser observado.

Diante o exposto, conclui-se que o ideal é a efetivação da saúde por meio de políticas públicas bem planejadas pela Administração Pública, devendo o judiciário, em casos isolados e necessários, quando da negativa de tal direito, intervir utilizando-se de critérios técnicos e parâmetros que justifiquem a sua interferência naquele caso concreto. É coerente que o judiciário não seja omissivo, no entanto é prudente que não extrapole a sua investidura, buscando ser mais do que lhe é proposto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Dayse Santos; et. al. **Informação para Tomadores de Decisão em Saúde Pública**, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/M/2004/Lucchese_Politicass_publicas.pdf> Acessado em 30 de setembro de 2017.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Reexame Necessário REEX 00772251920108020001. Segunda Câmara Cível. Relator: Paulo Barros da Silva Lima. Julgado em 06 de nov. de 2014. Disponível em: <<https://tjal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150948520/reexame-necessario-reex-772251920108020001-al-0077225-1920108020001>> Acessado em 01 de novembro de 2017.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Elizabeth Nogueira de; ANDRADE, Edson de Oliveira. O SUS e o direito à saúde do brasileiro: leitura de seus princípios, com ênfase na universalidade da cobertura. **Revista Bioética**, 2010, v. 18, n. 1, p.61-74. Disponível em: <revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/536/522> Acessado em 29 de setembro de 2017.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

AURÉLIO, Marco. **Suspensão julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por decisão judicial**. 2016. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>>
Acessado em 06 de novembro de 2017.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, 2015, v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. Disponível em:
<<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>> Acessado em 31 de outubro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>> Acessado em 05 de maio de 2017.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**. 2012, v.5, n.1, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acessado em: 24 de outubro de 2017.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 13 de outubro de 2017.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. texto constitucional promulgado em 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em 11 de novembro de 2017.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. texto constitucional promulgado em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acessado em 11 de novembro de 2017.

_____. Legislação. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acessado em 11 de novembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1657156

– Proc. 0015099-09.2014.8.19.0036. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DJ 22 nov. 1999. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156> Acessado em 01 de novembro de 2017.

CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. **Tragicchoices**. New York: W.W. Norton & Company, 1978, p. 11; 81e 113.

CASTRO, Fernanda Barroso de; MAIA, Christinny Diógenes. **A efetividade dos direitos sociais e o ativismo judicial**. Encontro Anual da ANDEPH. 2009, Belém. Disponível em:
<<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt4/gt04p02.pdf>> Acessado em 29 de outubro de 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**. Busca Legis. 2005. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>> Acessado em 20 de outubro de 2017.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DALARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DALLARI, Suely Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DESCARTES, R. **Discurso sobre o método**. Tradução de Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. 2ª ed. São Paulo: Difel – Difusão Européia do Livro, 1973.

DIAS, Hélio Pereira. Saúde como direito de todos e dever do estado. **8ª Conferência Nacional de Saúde**: Anais Ministério da Saúde. 1986. Disponível em:

<<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0219VIIIcns.pdf>> Acessado em 08 de novembro de 2017.

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1998.

FÁBIO, André Cabette. **Como os tribunais superiores lidam com a judicialização da saúde**, 2016. Disponível em:

<<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/05/26/Como-os-tribunais-superiores-lidam-com-a-judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde>> Acessado em 31 de outubro de 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FERREIRA, Sibebe Maria Gonçalves. **Sistema de Informação em Saúde: conceitos fundamentais e organização**. Minas Gerais, 1999. Disponível em:

<<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2249.pdf>> Acessado em 16 de outubro de 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GERSCHMAN, Silvia; VIANA, Ana Luiza D'Ávila. Descentralização e Desigualdades Regionais em Tempos de Hegemonia Liberal. In LIMA, Nísia Trindade, et al (Orgs.). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 307-352.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**, 2009, ano 13, n. 2164, Teresina. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>> Acessado em 29 de outubro de 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

HÜNING, Agnes Carolina; COSTA, José Ricardo Caetano. Entre a medicalização da vida e a judicialização da saúde: uma participação popular necessária. **Revista de Políticas Públicas e Segurança Social**, 2017, v.1, n.1, p. 127-14. Disponível em:

<<https://www.nepppss.com/revista/index.php/revistappss/article/view/2017010106/38>> Acessado em: 25 de outubro de 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas**

de Minas Gerais, 2009, v. 71, n.2, p. 92-101, Minas Gerais. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwi42pzKoLXXAhWkkZAKHXkSCLgQFgguMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.pas.seidireto.com%2Farquivo%2F19129806%2Fdireito20constitucional&usg=AOvVaw1C3mOQxAG7nLwxn6V0X3-k>> Acessado em: 15 de outubro de 2017.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do Direito à saúde**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: 11ª ed. Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho. Governança democrática para o desenvolvimento sustentável. **Cadernos UNDB**. 2014, v.4, p.01-29. Disponível em: <http://www.undb.edu.br/publicacoes/arquivos/10_governanca_democratica_para_o_desenvolvimento_sustentavel.pdf> Acessado em 15 de outubro de 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de, **Direito constitucional**. – 13ª ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MORETTO, Marcos Aurélio. **A política e a prática de saúde: suas consonâncias e dissonâncias**. Erechim: EDIFAPES, 2002.

NORONHA, José Carvalho; PEREIRA, Telma Ruth. **Princípios do sistema de saúde brasileiro**. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde, 2013, v. 3, p. 19-32, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/98kpw/pdf/noronha-9788581100173-03.pdf>> Acessado em 30 de agosto de 2017.

NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo (Orgs.). **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014, p. 365-394.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** 2006. Monografia. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Curso de Pós Graduação oem Direito do Setor de Ciências Jurídicas) Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** 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-omswwho.html>> Acessado em 11 de novembro de 2017.

ORDACGY, André da Silva. O Direito Humano Fundamental á Saúde Pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, 2009, v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-ublica.pdf>> Acessado em 30 de outubro de 2017.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland; SIMA, Luciana; Ventura Miriam. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis: **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010, p. 77-100.

PEREIRA, José Matias. **Governança no setor público.** São Paulo: Atlas, 2010

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento 3907591. Primeira Câmara de Direito Público. Relator: Fernando Cerqueira. Julgado em: 28 de jul. de 2015. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/216345999/agravo-agv-3907591-pe> Acessado em 01de novembro de 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988.** 2008. 120p. Monografia. Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior. Programa de Pós Graduação em Direito - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Efetivação de políticas públicas e a escassez de recursos financeiros.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10522> Acessado em 24de outubro de 2017.

RIBEIRO, Weslley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, 2010, v. 15, n. 3, p.

447-460. Disponível em:

<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768>> Acesso em: 20 de agosto de 2017.

ROSENAU, James N. Governança, **Ordem e Transformação na Política Mundial**. Brasília: Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

SABADELL, Ana Lucia. Manual **de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SALES, Juliana Maria Araújo de; PACHÚ, Clésia Oliveira. Direitos sociais e as políticas públicas como mecanismo de efetivação. In PACHÚ, Clésia Oliveira (Org.) **Direitos Sociais: o artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade**. 21ª ed. Campina Grande: EDUEPB, 2015.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Ativismo judicial e concretização dos direitos sociais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, 2013, a.17, n.25, 2013. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjX0_Gh4bbXAhXSI5AKHTZeCzEQFggsMAE&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4816060.pdf&usg=AOvVaw3AN2Bz8W6tCqh dchMFJ2Nn> Acessado em 25 de outubro de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. 00079811820118260286. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Ponte Neto. Julgado em 09 de set. de 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/138708177/apelacao-apl-79811820118260286-sp-0007981-1820118260286>> Acessado em 01 de novembro de 2017.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Revista de Saúde Coletiva: Physis**, Rio de Janeiro, v. 17, n.1, 2007, p. 29-41.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 2007, v. 2, n. 2, Santa Maria. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6793>> Acessado em 29 de outubro de 2017.

SILVA, José Afonso da **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. **Direito Constitucional Positivo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Leny Pereira da **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2007. Monografia. (Curso de Pós Graduação Latu Sensu) Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Distrito Federal.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: Uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre. 2006, n.16, pp.20-45. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf> >. Acesso em 30 de setembro de 2017.

TOLEDO, Cláudia. MÍNIMO EXISTENCIAL – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. **PIDCC**. 2017, v. 11, n. 01, p. 102-119. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>> Acessado em 20 de outubro de 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.