

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JOAQUIM EMANUEL FERNANDES TEIXEIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

SOUSA
2013

JOAQUIM EMANUEL FERNANDES TEIXEIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

SOUSA

2013

JOAQUIM EMANUEL FERNANDES TEIXEIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 18/04/2013

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Examinadora: Prof^a. Iana Melo Solano Dantas

Examinador: Prof. João de Deus Quirino Filho

SOUSA

2013

Aos meus pais, Whosgton e Nerialba,
pela paciência e apoio que me foram
dedicados durante minha jornada
acadêmica. A eles ofereço não apenas
este trabalho, mas todas as minhas
vitórias.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de começar agradecendo a Deus, que por mais “afastado” ou “esquecido” que eu estivesse de sua graça e bondade, foi ele nos momentos difíceis de minha caminhada que não me deixou fraquejar.

Aos meus PAIS, Whosgton e Nerialba, exemplos de vida, perseverança e superação. A eles que dedicaram sua vida a fazer da minha uma vida melhor, que tentaram de todas as formas me proteger e me encorajaram a nunca desistir. Minha mais sincera e profunda gratidão por todo o amor e dedicação que me foram dados.

A minha IRMÃ e ao meu PRIMO/IRMÃO, Anna Ozelita e Bruno Henrique, por sua dedicação, amizade e amor que fizeram parte deste alicerce que me fez mais forte para chegar até o fim.

A minha NAMORADA, Liliane Nogueira, pela compreensão, afeto, amor, carinho e paciência que me fora dedicado. Você é parte importante nisto tudo.

Aos AMIGOS e COLEGAS, que me acompanharam nesta caminhada, foram 5 anos e meio de batalhas, mas chegou ao fim este ciclo que representa a primeira de muitas conquistas que ainda serão nossas.

Ao meu ORIENTADOR, Professor Dr. Francivaldo Gomes, pela sua dedicação, pelos ensinamentos, por sua confiança e apoio, meu mais sincero agradecimento. Da mesma forma agradecer aos PROFESSORES(AS), Alexandre, Monnizia, Jacyara, Padre Paulo, Leonardo, Iana, João de Deus e Idemário.

De forma especial gostaria de agradecer aos que conviveram diariamente comigo, que dividiram suas tristezas e alegrias, aos membros da BATCAVERNA, Júlio César (Burrão), Tiago Araújo (Bocão), Danilo Araújo, Uriel Sátiro, Glauco Lopes (Boquera) e outros tantos que vivenciaram este tempo conosco. Também é de vocês esta vitória. Não poderia deixar de agradecer a Álvaro Agmo, Jarbas Junior, e a todos que formaram o BBS.

A minha gratidão a Cassyo Jorge, Jaime Melo e Cícero Jorge (Ceará) que nestes anos de faculdade se mostraram valorosos amigos e companheiros, minha gratidão por tudo.

Aos meus professores, advogados do NPJ e funcionários da UFCG - CCJS a quem devo o prazer e a satisfação de ter feito parte desta casa.

A todos simplesmente o meu MUITO OBRIGADO!

Tu te tornas eternamente responsável por
aquilo que cativas.

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

O presente trabalho monográfico teve como escopo demonstrar, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais de forma a assegurar à sociedade o verdadeiro Estado Social Democrático, através da execução das normas constitucionalmente tuteladas. Esta pesquisa teve como norte pensar e conhecer o controle judicial de políticas públicas referentes aos direitos sociais, daí ser tema relevante e de grande importância no atual ordenamento jurídico das democracias sociais modernas, através do exame do posicionamento doutrinário, bem como, jurisprudencial da temática. Objetivando estudar a judicialização do direito a saúde, como forma de garantir a efetivação deste direito fundamental social por meio da judicialização, trazendo compreensões acerca de suas consequências e buscando solucionar a problemática que envolve a judicialização excessiva e o impacto do decisionismo judicial na efetivação do direito em comento. Foi utilizado o método histórico-evolutivo para fins de demonstrar o surgimento e desenvolvimento desse direito ao longo dos tempos, o método exegético-jurídico na interpretação de princípios e regras, sempre baseados em fatores jurídicos e o dedutivo, objetivando observar a estrutura e a construção do Estado Democrático de Direito. O primeiro capítulo se incumbiu em conceituar a saúde, trazer um breve histórico, classificação e características dos direitos sociais além de uma abordagem sobre a eficácia dos direitos sociais. No segundo capítulo a temática que foi abordada foi o do direito a saúde em face da Constituição Federal e sua classificação como Direito fundamental. Ademais, seguiu-se a discussão sobre as políticas públicas de saúde e a interferência do Poder Judiciário, que envolve de forma muito satisfatória a dialética entre Reserva do Possível e o Mínimo Existencial na efetivação do direito à saúde. No terceiro capítulo foi discutido o acesso à justiça, através da judicialização dos direitos sociais como tentativa de inclusão social, foi ainda realizada uma caracterização da problemática que se buscou enfrentar, além da análise da desconsideração de alguns aspectos específicos do direito à proteção da saúde no Brasil e as consequências do caráter antidemocrático das decisões concessivas. Ainda que de forma tímida, buscou-se apresentar soluções viáveis para conciliar essa dialética entre os direitos individuais judicialmente tutelados e o direito da coletividade ao atendimento igualitário e universal a saúde, sempre pautado pela dignidade da pessoa humana e em busca de uma efetividade do direito a saúde.

Palavras Chaves: Judicialização. Políticas Públicas. Direito à saúde.

Résumé

Cette monographie a été de démontrer la portée, la recherche de l'application des droits fondamentaux de la société pour assurer la véritable État social-démocrate, en mettant en œuvre les normes de la Constitution protégés. Cette recherche a été pensée au nord et rencontrer le contrôle juridictionnel des politiques publiques en matière de droits sociaux, de sorte qu'il est pertinent et d'une grande importance dans le système juridique actuel des démocraties modernes sociales, en examinant la position doctrinale, ainsi que le thème de la jurisprudence. Visant à étudier la légalisation du droit à la santé comme un moyen d'assurer la réalisation de ce droit social fondamental par la légalisation, à apporter une vision au sujet de ses conséquences et de chercher à résoudre un problème qui implique la judiciarisation excessive et l'impact de décisionnisme judiciaire de la réalisation du droit à commenter. Utilisé à des fins historiques et l'évolution de démontrer l'émergence et le développement de ce droit fil du temps, la méthode exégétique juridico-dans l'interprétation des principes et des règles, toujours basée sur des facteurs juridiques et déductive, regard objectif sur la structure et la construction de l'Etat État de droit démocratique. Le premier chapitre a pour mission de conceptualiser la santé, apportant un bref historique, la classification et les caractéristiques des droits sociaux, ainsi qu'une discussion sur l'effectivité des droits sociaux. Dans le deuxième chapitre du sujet qui a été discuté était celui du droit à la santé dans le visage de la Constitution et de sa classification en tant que droit fondamental. En outre, il a suivi une discussion sur les politiques de santé publique et de l'ingérence du pouvoir judiciaire, ce qui implique tout à fait satisfaisante dialectique entre la réserve et existentielle Minimum possible pour assurer le droit à la santé. Dans le troisième chapitre a été discuté de l'accès à la justice à travers la judiciarisation des droits sociaux comme une tentative d'inclusion, tenait encore une caractérisation du problème qui a été cherché le visage, ainsi que l'analyse de non-respect de certains aspects particuliers du droit à la protection de la santé le Brésil et les conséquences du caractère non démocratique de la concessive décisions. Même si timidement tenté de présenter des solutions viables pour concilier cette dialectique entre les droits individuels et droit juridiquement protégé pour assister à la santé collective égalitaire et universelle, toujours guidé par la dignité de la personne humaine et à la recherche d'une loi efficace pour santé.

Mots clés: la judiciarisation. Des politiques publiques. Droit à la santé.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	13
2.1 - CONCEITO DE SAÚDE	13
2.2 - BREVE PERCURSO HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	14
2.3 CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO À SAÚDE	20
2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	23
3. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	28
3.1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS SEUS DESDOBRAMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	28
3.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	33
3.3 A DIALÉTICA ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE	39
4. DIREITO À SAÚDE E O ACESSO À JUSTIÇA	45
4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	45
4.2 O JUDICIÁRIO E O DIREITO À SAÚDE	50
4.3 DIREITO À SAÚDE: DESCONSIDERAÇÃO DE ALGUNS ASPECTOS DE PROTEÇÃO E CONSEQÜÊNCIAS DO CARÁTER ANTIDEMOCRÁTICO DAS DECISÕES	55
5. CONCLUSÃO	63
6. REFERÊNCIAS	66

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo discutir as dificuldades apontadas para efetivação dos direitos fundamentais e sociais, destacadamente os direitos de saúde inseridos na Constituição Federal Brasileira de 1988, tais direitos fundamentais sociais foram contemplados, logo existem, porém precisam serem efetivados, passarem de direitos a garantias de saúde, havendo liame subjetivo que os une (direitos e garantias) que assomado a outras garantias, como tratamento, universal, igualitário, humano e digno, especialmente no que tange ao valor fundante da ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana.

De fato, os titulares de tais direitos ao demandarem suas garantias ao Estado acarretam gastos públicos com prestações materiais, havendo dessa forma um inegável conteúdo econômico, que acaba por influenciar sua efetividade, daí a busca para encontrar um panorama institucional capaz de tutelar pela via da judicialização os direitos a saúde digna.

Portanto, de posse desses pensamentos e com seus resultados o quê se pretende ou se objetiva é afirmação, após estudo monográfico, da resposta para o seguinte problema: há a possibilidade de o Judiciário intervir na Administração Pública para implementação efetiva aos direitos de Saúde, dentro do limite de sua legalidade, possibilitando aplicação da Constituição Federal de forma a satisfazer o direito público subjetivo do requerente e quais seus impactos.

A análise desenvolvida neste trabalho é de extrema relevância, pois permite contribuir para que haja melhor compreensão acerca da densidade do crescente processo de judicialização para efetivação do direito à saúde, haja vista que tal fenômeno vem, notadamente, ganhando espaço com a impossibilidade cada vez maior do poder Executivo em garantir uma prestação razoável dos serviços da saúde atrelados a este direito, daí surge como saída para a efetivação a judicialização destes direitos.

A metodologia utilizada aborda o método histórico-evolutivo para fins de demonstrar o surgimento e desenvolvimento desse direito ao longo dos tempos, o método exegético-jurídico na interpretação de princípios e regras, sempre baseados em fatores jurídicos e o dedutivo, objetivando observar a estrutura e a construção do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal atribuiu a este direito uma maior relevância e posição hierarquicamente superior em relação aos demais, cabendo ao SUS (Sistema Único de Saúde) segundo o artigo 198, caput da Constituição Federal, e artigo 4º da Lei nº 8.080/90, a gestão e fiscalização dos recursos, a política e fiscalização dos serviços de saúde pública.

Apesar de tantas garantias positivadas é comum encontrar o Ministério Público, notadamente, os advogados contratados por enfermos e suas famílias pleiteando em juízo medicamentos, leitos, cirurgias e mais uma gama enorme de procedimentos que o Estado se “nega” a atender. Deveras, o Estado ainda que tenha o compromisso constitucional, lamentavelmente, em realidade não provém de forma satisfatória, ou seja, há um descompasso entre a norma e a realidade social, desta feita surge o Judiciário que intervém e usa da coerção estabelecendo punições para que este venha a prover e garantir a continuidade na prestação deste serviço essencial.

A eficácia dos direitos sociais é outro ponto norteador deste trabalho monográfico, pois diante de sua complexidade há uma forte discussão doutrinária que geram correntes abordando esta norma constitucional, as de maior notoriedade são as que tratam este direito como de eficácia plena ou programática, de modo que se forem programáticas estão a depender da atuação do legislador e/ou da administração pública para que sejam efetivas, cabendo a estes o poder-dever de concretizá-lo ao seu arbítrio, não gerando assim destinatários do direito subjetivo. Já no caso da eficácia plena haveria o dever do Estado de implementá-las, fazendo assim surgir os destinatários ao direito subjetivo de exigir essa implementação.

Um ponto controverso e passível de aprofundamento nesta pesquisa, diz respeito à Judicialização excessiva, relacionado à legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais. Para parte dos estudiosos, o Poder Judiciário não detém tal legitimidade, pois essa tarefa seria exclusiva do Executivo e Legislativo, a quem a sociedade, através do voto, conferiu poder para definir as políticas públicas e definir prioridades. Por outro lado, há posicionamentos no sentido de ser o Poder Judiciário legítimo para a concretização desses direitos diante da atuação não satisfatória dos demais poderes.

Partindo dessa dialética será possível analisar as questões envolvidas na efetivação deste direito social dada a sua essencialidade para vida humana digna,

dentro das normativas da dignidade da pessoa humana, bem como identificar as principais correntes de pensamento e seus respectivos argumentos.

Quanto ao conteúdo dos direitos sociais sofre questionamentos acerca das limitações orçamentárias para implementá-los, igualmente da legitimidade do Poder Judiciário, com o fim de estimular o debate deste tema, a nosso ver, relevante e complexo, trazendo, ainda que minimamente, luzes para esclarecer determinados conceitos que suscitam dúvidas no meio jurídico.

2. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Aborda-se neste capítulo um enfoque sobre direito a Saúde, conceituando-o, classificando-o, no intuito de demonstrar sua importância para a sociedade ao longo da história, notadamente como direito subjetivo a ser requerido em face do Estado, bem como seus objetivos na seara jurídica atual e sua íntima ligação com os direitos fundamentais do ordenamento jurídico pátrio.

2.1 - CONCEITO DE SAÚDE

Para que haja uma melhor compreensão do direito à Saúde, faz-se necessário uma rápida abordagem com o intuito de conceituar e delimitar o que seja a Saúde. A etimologia da palavra saúde é assunto tratado pelo renomado doutrinador Martins (2008, p. 501) “A palavra saúde vem do adjetivo latino *saluus*, *a*, *um*, que tem o significado de inteiro, intacto ou de *salus*, *utis*, com o significado de estar são, ou salvação.”

Portanto, deste ensinamento que Martins (2008, p. 501) pode-se começar a entender o que seja a saúde, possibilitando que se comece a pensar e conhecer juridicamente o que é a saúde, suas implicações de índole legal e outros os aspectos correlatos. Ademais há ainda um conceito legal de saúde, que fora trazido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1946 no preâmbulo de sua Constituição Federal "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença".

A partir desta definição, dada pela OMS, observa-se uma série de implicações de índole jurídico-legal, política e moral que são levados em conta na formulação do que é ou se entende que seja saúde. Esta definição tem sido alvo de críticas, por trazer uma forte carga utópica, fazendo com que a saúde seja um objetivo inatingível, prejudicando quaisquer metas e esforços no sentido de promover a saúde de forma efetiva.

Leny Pereira da Silva, em sua monografia que tem como tema o “Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível”, traz um apanhado de críticas a este respeito, como demonstrado no seguinte trecho:

Observa-se, então, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels. [...] Uma crítica recente, feita por Dejours (6), termina concluindo que o estado de completo bem-estar não existe, mas que a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado. (SILVA, 2007, p. 11, grifo nosso)

Entretanto, é necessário ressaltar que a definição de saúde com viés idealista adotada pela Organização Mundial de Saúde, é extremamente útil no sentido de que ampliou as áreas de incidência das políticas públicas de saúde, interligando as mesmas com outros fatores relevantes para a qualidade de vida das pessoas tais como saneamento básico, alimentação e proteção ao ambiente, levando-se em conta que para uma correta interpretação do conceito de saúde, inúmeras variáveis devem ser consideradas, a exemplo do ambiente físico e social onde os problemas de saúde ocorrem.

2.2 - BREVE PERCURSO HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Este tópico incube-se de fazer um breve percurso histórico dos direitos fundamentais sociais, bem como do direito a saúde, tema deste trabalho, com a finalidade de mostrar a evolução histórica destes direitos até a atualidade. Os direitos sociais foram conquistados ao longo da história através de lutas sociais que acompanham a humanidade em sua evolução. Os direitos fundamentais desenvolvem-se e são organizados pela doutrina em gerações/dimensões baseada em uma ordem histórica de fatos e direitos conquistados. Há na doutrina uma preferência pelo termo dimensão no que tange aos direitos fundamentais, esta aponta hodiernamente cerca de quatro ou cinco, por vezes, até mais.

O principal documento quando se trata de evolução dos direitos humanos é *Magna charta Libertatum*, datada de 1215, contudo ressalte-se que apesar de ser o

mais importante este não fora o primeiro, nem o único, pois nos séculos XII e XIII haviam as Cartas de Franquia e os Forais portugueses e espanhóis outorgados pelos reis.

Após este marco da Magna Carta, vários foram os documentos que trouxeram em seu arcabouço os direitos fundamentais. No século XVII, houve um dos divisores da história para estes direitos que fora a Revolução Industrial que teve como consequência o surgimento de graves problemas sociais.

O grande crescimento da indústria e o surgimento do proletariado desencadearam um processo de exploração da mão-de-obra com estabelecimento de condições de trabalho que não respeitavam a dignidade humana. As excessivas jornadas de trabalho, os baixos salários, e, por conseguinte, a insegurança quanto ao futuro era uma preocupação latente devido à inexistência de leis que amparassem o trabalhador.

Merece destaque a contribuição doutrinária dada por John Locke, que foi o primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem nas palavras de Sarlet (2010, p. 40) “uma eficácia oponível” até mesmo contra o estado baseando-se no contrato social que irá servir de base para jusnaturalismo iluminista do século XVIII.

De forma bastante didática, Stern traz uma divisão entre as etapas que vão culminar com o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras constituições, senão vejamos:

Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, desta três etapas: a) uma pré-história que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos. (STERN apud SARLET, 2010, P. 37)

A Revolução Francesa e as Revoluções Burguesas, apesar de não terem seus focos nos direitos sociais, pois foram revoluções que traziam em seu arcabouço os direitos políticos, acentuaram o reconhecimento de novas necessidades e de novos direitos os quais clamavam os trabalhadores. Apesar de

não ser o foco, estas revoluções começaram a apresentar indícios de uma nova classe de direitos, os sociais.

Diante destas revoluções se chega à última fase citada acima, da positivação e constitucionalização dos direitos fundamentais. Corroborando com o que Stern afirma e Sarlet traz em sua obra o seguinte posicionamento:

“os direitos fundamentais são filhos dos direitos humanos, os quais foram gerados pelas declarações de direitos do século XVII, sobretudo pela Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e netos dos direitos naturais.”(JORGE NETO, 2008, P. 27)

De forma ainda muito acanhada estes direitos foram alvo de positivação nas constituições Francesas de 1793 e 1848, a Brasileira de 1824 além da Alemã de 1849 e nesta pela primeira vez os ditos direitos sociais são tratados como uma prestação estatal, Constituição Federal esta que apesar de não entrar em vigor serviu de bases para as futuras constituições alemãs por seu pensamento progressista.

O início do século XIX foi marcado pela influência da doutrina socialista, como o comunismo, o socialismo e o pensamento social da igreja católica que fora de extrema importância para o enriquecimento e fortalecimento das discussões acerca dos direitos sociais e econômicos no mundo, tomando como parâmetro a má distribuição de renda e miserabilidade que eram latentes na época.

Assim, os direitos sociais surgiram e se desenvolveram historicamente como criações do movimento socialista, que sempre colocou no topo da hierarquia de seus valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, na tentativa de que todos pudessem viver em igualdade com dignidade.

A partir do fim deste século e início do subsequente, verifica-se que o homem idealizado pelo liberalismo cuja principal necessidade era a de liberdade, sendo esta suficiente para assegurar uma vida digna para sua família, não mais tinha lugar naquela sociedade. Com esta constatação emerge a transição do Estado liberal para o social que tem agora uma preocupação não mais com as liberdades individuais e sim com o bem-estar-coletivo.

Já no século XX e influenciado pelos movimentos sociais da época nasce o chamado constitucionalismo social que pretendia a inclusão dos direitos trabalhistas

e sociais fundamentais nas constituições dos países, pois considerava uma das principais funções do estado à realização da Justiça Social. As precursoras foram a Mexicana de 1917 e a de Weimar na Alemanha.

Esta última, influenciada pela de 1849, tratou da ordem econômica, dos direitos trabalhistas e da seguridade social, elevando-os a categoria de direitos fundamentais.

Ainda sobre os direitos sociais e suas dimensões acertado é o seguinte posicionamento:

Os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões que poderíamos chamar princípios constitucionais fundamentais, impõem um atuar estatal, fixam metas, estabelecem objetivos que o estado deve atingir em prol de uma justiça distributiva e que sejam capazes de assegurar a todos condições materiais de uma vida digna. (JORGE NETO, 2008, p. 52)

Em 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e em suas inúmeras recomendações, tratou dos direitos sociais do trabalho e da seguridade social.

É, contudo, no Pós Segunda Guerra, que estes direitos fundamentais se popularizam nas constituições, além de serem objetos de inúmeros pactos internacionais. Temos como maior expoente nesses tratados a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Com base na lição de Ingo Sarlet, não obstante esta positivação comece a acontecer, faz-se mister destacar que isto é resultado de uma dialética entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento como direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana. (SARLET, 2010, p. 38)

Com o intuito de desenvolver e complementar o referido tratado foi elaborado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) em 1966. Este atribui aos Estados que participam, além de outros, o dever de proteger a família, maternidade, crianças e adolescentes, bem como de proporcionar condições de melhoria de vida à população.

O Brasil a partir da Constituição Federal de 1934 passou a prevê, no texto constitucional, uma ordem econômica e social. Porém, somente em 1988, a

Constituição Federal elevou estes direitos à categoria de direitos fundamentais da pessoa humana.

Diante do exposto, observa-se que os primeiros direitos sociais a surgirem na história foram àqueles ligados ao direito do trabalho. A partir destes, observa-se o desencadeamento dos demais direitos sociais sendo, pois decorrência daquele, podendo ser observado também que tais direitos estão ligados à assistência aos pobres ou muito pobres.

No Brasil o desenvolvimento de uma rede estruturada de ações e programas governamentais para a promoção da saúde pública deu-se de forma lenta e na maior parte de sua trajetória, até mesmo nos dias atuais, de maneira pouco eficaz, tendo em vista que as estruturas sócio-políticas brasileiras são profundamente marcadas por um processo de dominação exercido por segmentos privilegiados na condução do Aparelho de Estado.

Do descobrimento até a instalação da corte de Dom João VI, não dispunha de um sistema de atenção à saúde pública, restando aos habitantes da época na grande maioria das situações recorrerem aos recursos da terra, como plantas e ervas, ou a curandeiros dentre outras pessoas que atuavam no trato com doenças físicas e mentais.

Com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, foi possível a criação de uma estrutura sanitária mínima, com a delegação de atribuições sanitárias as câmaras municipais, controle de navios e saúde nos portos e criação das faculdades de medicina em Salvador e no Rio de Janeiro, entretanto verifica-se que o modelo vigente a partir da chegada da corte portuguesa, mostrou-se ineficaz.

Levando-se em conta o baixo alcance das medidas sanitárias governamentais ao longo território nacional na época, estas praticamente produziam efeito, cujo grau de qualidade deixava muito a desejar, isso mesmo apenas na capital Rio de Janeiro elas eram aplicadas.

Ademais a estrutura sanitária vigente tinha pouca preocupação com o atendimento da saúde da população, fruto de uma mentalidade elitista e pouco ou nada sensível às demandas sociais da coletividade por parte das autoridades de então, algo que ainda tem enorme influência nas políticas públicas de saúde atualmente existentes em nosso país.

O panorama das políticas públicas de saúde no Brasil, não sofreria alterações substanciais até a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública em 1930, durante o governo de Getúlio Vargas.

Durante o Império e até o fim da República Velha, a atuação do Poder Público no campo da saúde resumia-se basicamente a campanhas de combate a doenças, realizadas sob a ótica de uma visão autoritária, onde o uso da força repressiva do Estado era um traço norteador de tais políticas de saúde.

Do ponto de vista geral estas políticas trouxeram poucas melhorias na situação global da saúde no Brasil, gerando inclusive insatisfação por parte da população alvo das campanhas sanitárias, que diante da forma arbitrária como as autoridades conduziam as referidas campanhas, respondiam com medo e não colaboravam, até mesmo revoltavam-se como aconteceu no episódio conhecido como Revolta da Vacina ocorrida na cidade do Rio de Janeiro em 1904.

A partir de 1930, o sistema de seguridade social e saúde no Brasil funcionou através de um modelo inspirado no Sistema Bismarckiano, em que empregadores e empregados contribuía para institutos de previdência restritos ao âmbito das empresas, ficando o Estado desincumbido de custear gastos com seguridade social.

É necessário se registrar que os trabalhadores rurais ficaram totalmente desprovidos de cobertura do sistema de seguridade até a criação do FUNRURAL durante o Regime Militar, que também criou o Instituto Nacional de Previdência Social, que abarcou os outros institutos de previdência, o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência (SAMDU) e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social.

Enquanto isso a maior parte da população brasileira, em virtude das deficiências de ordem técnica, político-administrativa e financeira existentes no sistema de serviços de saúde, não tinha acesso a procedimentos médico-hospitalares de média e alta complexidade, dentre outras necessidades ligadas ao campo da saúde.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pela Lei 8080/90, o direito à saúde adquire especial importância, tendo em vista o claro viés humanista que passa a norteá-lo a partir de então, revestindo a saúde como sendo um direito humano fundamental, consubstanciando-se a mesma como sendo um direito público subjetivo, devendo o Estado atuar no sentido de promover sua eficácia e garantia.

2.3 CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO À SAÚDE

O presente tópico irá abordar de forma sucinta, a classificação e as características do direito à saúde, com o intuito de esclarecer estas importantes questões relacionadas ao direito em comento. O direito à saúde faz parte do rol dos direitos sociais, que são classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão. Para que haja uma melhor compreensão do tema trazem-se à baila quais os direitos que compõe esta dimensão e o que diferencia esta das outras dimensões do direito, além de caracterizar e individualizar o direito à saúde.

O sistema de saúde deve envolver três espécies de categorias quais sejam a prevenção, proteção e recuperação. A prevenção deve buscar meios para evitar doenças, incluindo a vigilância sanitária e epidemiológica. Já a recuperação, pode ser feita pelos serviços sociais e pela reabilitação profissional como forma de reintegração social. Pois a ação do estado deve ser preventiva e curativa, de recuperar a pessoa.

Conforme anteriormente mencionado os direitos fundamentais são divididos por suas gerações, ou, dimensão diante desta dualidade de termos o presente trabalho filia-se ao uso do termo dimensões por entender ser inapropriado o uso do termo gerações. A doutrina nacional mais moderna, dirigem várias críticas ao uso deste termo, senão vejamos:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (SARLET, 2010, p. 45)

Como se vê, a expressão gerações cria uma impressão de sucessão de direitos, o que não é verdade. O que há é uma aglutinação destes direitos que são divididos por uma questão didática e temporal, mas não indicando sucessão.

Talvez o primeiro doutrinador brasileiro que faz alusão a esta imprecisão terminológica é Paulo Bonavides, apesar de em sua obra ainda utilizar a expressão gerações ele afirma:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso esse último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. (BONAVIDES, 2009, 571-572)

Para melhor compreensão, irá se esboçar um breve resumo de cada dimensão e quais direitos abarca. A primeira dimensão é a dos direitos de liberdade, quais sejam os direitos civis e políticos. Estes têm como titulares os indivíduos e são direitos oponíveis ao estado, ostentando uma subjetividade como principal característica.

A dita segunda dimensão dos direitos fundamentais são os direitos sociais, que são pautados na busca pela igualdade e se caracterizam por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais positivas do estado. Não obstante o afirmado não se deve confundir direitos sociais com direitos coletivos/difusos que são direitos de terceira dimensão, nem esquecer que há entre os direitos de segunda dimensão direitos de cunho “negativo” as denominadas “liberdades sociais”.

Sobre o assunto assevera Nagibe Melo de Jorge Neto:

A doutrina, de há muito tempo, tem estabelecido que os direitos de segunda e terceira dimensões são direitos a prestações, enquanto os direitos de primeira dimensão são direitos negativos que envolvem uma não intervenção estatal. (JORGE NETO, 2008, p. 39)

Estes direitos citados como de cunho “negativo”, nada mais são do que abstenções, enquanto estes representam em regra um “não fazer” do Estado, como os de primeira dimensão. Apesar de reconhecer a importância destas liberdades, o grande divisor de águas para a segunda dimensão destes direitos é a sua dimensão positiva, isto é, o cunho prestacional que é tido como principal característica desta tomando agora o corpo de um “fazer”.

Os direitos de terceira dimensão são os direitos da solidariedade e fraternidade, estes conforme acima mencionado tem a sua titularidade coletiva ou

difusa, muitas vezes indefinida e indeterminável, como por exemplo, no direito ao meio ambiente, ou, qualidade de vida. Paulo Bonavides afirma que a doutrina já identificou pelo menos cinco destes direitos:

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito a comunicação. (BONAVIDES, 2009, p. 569)

Os direitos abrangidos por esta dimensão, além de uma dificuldade, ou, impossibilidade de determinar a titularidade, também carecem, muitas vezes, de uma positivação constitucional, mas contando com o respaldo de um grande número de tratados e outros documentos internacionais.

Bonavides (2009, p. 572) defende uma quarta dimensão composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo. Direitos estes que “compendiam o futuro da cidadania e porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com ele será legítima e possível a globalização política.”

Para ilustrar de forma mais clara, com relação aos direitos de segunda dimensão, que são a tema deste trabalho, assevera o professor Sarlet (2010, p. 47) “A nota distintiva destes direitos é sua dimensão positiva [...] Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.”

Desta lição, acima citada, pode-se compreender que estes direitos podem ser alvo de defesa pelo seu detentor, não contra o Estado, mas sim através deste, pois é dele a responsabilidade de garantir estas prestações e é por intermédio dele que se deve buscar esta efetivação.

É possível afirmar que os direitos sociais, como dimensões dos direitos fundamentais, podem ser compreendidos como prestações positivas do Estado, previstas constitucionalmente, com intuito de possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos ou desamparados pela sociedade. Daí por que podem ser chamado de direitos sociais prestacionais. São, portanto, direitos que buscam realizar uma igualdade nas situações sociais desiguais.

No direito à saúde é pujante o caráter prestacional de direito fundamental, sua íntima ligação com o direito à vida, com o princípio da dignidade da pessoa humana

proporciona uma maior eficácia na concretização deste direito. Essa maior eficácia vem exatamente da dimensão objetiva do direito fundamental como mencionado.

Para embasar o que fora aqui dito, temos a lição de J.J. Canotilho em sua obra, vejamos:

[A]s normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais modelam a dimensão objetiva de duas formas: (1) imposições lefigerantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...]; (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais. (CANOTILHO, 2006, p.446)

A Constituição Federal cidadã traz novas perspectivas, para uma efetivação social mais densa baseada na prática dos direitos sociais, portanto também do direito a saúde, que está em seu texto e através das garantias e do exercício da cidadania da margem a concretização da dignidade da pessoa humana pelo instrumento da justiça social.

2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Antes que se inicie este tópico, faz-se mister diferenciar a eficácia da efetividade de uma norma. A eficácia jurídica de uma norma constitucional é a sua capacidade para produzir efeitos jurídicos. Ao passo que a efetividade é o desempenho material da função social do direito, ela nada mais é que a representação da materialidade da norma no mundo dos fatos buscando uma interação entre o dever-ser normativo e a realidade social.

Quanto à eficácia, assunto ao que se destina o tópico, há uma divisão de modalidades de eficácia aplicáveis às normas desenvolvida por Barcelos (2002, apud BOTELHO, 2011, p. 100) que seriam: a) eficácia interpretativa que acompanham os princípios constitucionais exigindo uma interpretação que realize o máximo possível o conteúdo da Constituição Federal; b) a eficácia negativa que age como barreira para impedir que sejam praticados atos ou normas que se oponham

aos propósitos dos princípios norteadores da Constituição Federal; c) a eficácia vedativa ao retrocesso social, impedindo que o legislador reforme a norma prejudicando direitos já alcançados e existentes.

Com esta breve definição, distinção e classificação que inicia o tópico salta aos olhos o primeiro problema desta dita eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais. Pois grande parte da doutrina considera as disposições referentes ao tema como tendo apenas uma eficácia negativa, impedindo o legislador infraconstitucional de contrariá-las.

Sobre os direitos sociais parte da doutrina classifica “Como incapazes de apresentar qualquer outra eficácia jurídica além de vincular negativamente o legislador impedindo-o de agir explicitamente contra o objetivo indicado pela norma.” (BOTELHO, 2011, p. 101)

Apesar dos posicionamentos neste diapasão, não parece haver uma congruência entre eles e a tendência atual dos direitos sociais. Não é razoável que a “totalidade” dos efeitos destes direitos sejam deixados ao arbítrio do legislativo ou executivo, seria um contrassenso ao que já fora exposto não levar em consideração uma eficácia interpretativa.

Hoje no Brasil, o que há não é apenas uma falta de legislação, na verdade o principal problema é a falta de prestação “real” dos serviços, que derivam dos direitos que são escopo deste trabalho, existe a norma, mas falta do poder público sair de uma “inércia” para fazer com que estes serviços sejam satisfatórios para a população.

Complementando a classificação citada anteriormente, Pulido (2008, p. 151-152) diz haver cinco concepções para os direitos sociais, a que: a) considera as normas de direitos sociais como disposições programáticas; b) encara tais normas como uma fonte de normas de fins do estado; c) enquadra os direitos sociais como uma fonte de deveres estatais objetivos; d) os concebe como direitos definitivos; e) a que os classifica como direitos *prima facie*.

Considerando as normas de direitos sociais apenas como disposições programáticas há um esvaziamento do núcleo da norma, pois neste caso retiraria qualquer pretensão de exigibilidade desta pela via jurisdicional.

Com esta perspectiva, tais direitos seriam apenas fonte de inspiração para o legislador infraconstitucional, estabelecendo um fim a ser perseguido pelo Estado

sem haver qualquer referência ao momento, forma ou grau como ele deve ser posto em prática.

Sarlet (2010, p. 280) afirma que a existência de normas programáticas que “se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implantadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa” corresponde a uma exigência do Estado Social de Direito.

De mesmo modo José Afonso da Silva entende que normas programáticas são aquelas:

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 órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades visando a realização dos fins sociais do estado. (SILVA, 2003, p.138)

A concepção que encara tais normas como uma fonte de normas de fins do estado, diz que os direitos sociais são dotados de uma estrutura de normas de programação final que tenta compatibilizar a apreciação e conformação legislativas com uma vinculação das disposições constitucionais dos direitos sociais.

A terceira concepção enquadra os direitos sociais como uma fonte de deveres estatais objetivos, que tem como principal marca a tentativa de preencher a lacuna da concepção anterior qual seja a identificação dos meios ou instrumentos vinculativos ao legislador e ao administrador a partir de uma interpretação da finalidade constitucional da norma.

Não obstante a tentativa de trazer uma maior eficácia as normas, entendendo-as como mandados objetivos esta concepção traz apenas dois elementos quais sejam o legislador e a administração pública como sujeitos passivos e a prestação em si como objeto, mas nada assevera sobre a quem ela se destina, o sujeito ativo, destoando, desta forma, da ordem constitucional vigente no Brasil que trata da saúde afirmando ser direito de todos no art. 196 da Constituição Federal.

A quarta teoria concebe os direitos sociais como definitivos, afirmado que estes se traduzem em situações jurídicas ativas diretamente retiradas da Constituição Federal, determinando o sujeito passivo, ativo e o objeto. Esta não

admite a inatividade do legislativo, pois enquadra os direitos como subjetivos definitivos e tendo como destinatários o legislador e a administração.

Para que se entenda melhor a teoria, faz-se necessário conceituar o que seja direito subjetivo na lição de Jorge Neto (2008, p. 48) sendo “aquele que pode ser reclamado por um indivíduo e a favor do qual o estado põe à disposição um mecanismo de proteção eficiente, organizado essencialmente em torno da função jurisdicional.”

Esta última concepção traz em si intrinsecamente o princípio da vedação ao retrocesso social, que será analisado em momento mais oportuno, porém cabe enfatizar que esta afirmação de direitos subjetivos definitivos deve levar em consideração além de outros a escassez dos recursos e dificuldade em concretizá-los. Daniel Sarmento afirma que:

Esta possibilidade deve ser afastada diante do reconhecimento da escassez de recursos e da existência de diferentes formas de realização dos direitos sociais, bem como da primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito. Tal primazia decorre tanto do princípio democrático como da separação de poderes. Portanto, não basta, por exemplo, que alguém precise de moradia ou de qualquer tratamento de saúde para que se conclua, num singelo silogismo, sobre a existência de um dever incondicional do Estado, judicialmente exigível, de proporcioná-los. (SARMENTO 2012, p. 16)

A quinta concepção prega que os direitos sociais podem ter seus enunciados restringidos em razão de limitações econômicas, ou mesmo, por causa de fatos relacionados a outros direitos fundamentais, bem como bens constitucionalmente tutelados. Apesar de reconhecer a dimensão positiva da Constituição Federal esta concepção impõe ao legislador a obrigação de configurar o direito de forma a garantir sua materialização.

Quanto aos direitos fundamentais sociais, corroborando com o que é entendido por esta concepção, afirma Ingo Sarlet que os limites:

“da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer influência decisiva em sua eficácia” (SARLET, 2010, p. 272)

Diante destas afirmações, é possível vislumbrar a utilização do princípio da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação desta concepção, que parece ser a mais coerente dentre as apresentadas por utilizar-se destes princípios no momento de tornar eficazes os direitos tutelados.

Dito isto, depreende-se que falta uma melhor formulação das políticas públicas que cuidam da implementação destes serviços para que haja tanto uma eficácia da norma quanto uma efetividade. A pergunta que fica para ser respondida adiante será se o Judiciário tem esta condição de produzir, ou, alterar de forma satisfatória estas políticas dando a elas a esperada eficácia e efetividade.

3. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Neste capítulo tratar-se-á do ordenamento jurídico brasileiro em face do direito fundamental social à saúde e as implicações para a efetivação e aplicabilidade deste direito.

Abordar-se-á também a questão das políticas públicas e da possibilidade de controle judicial destas, bem como sua conexão com o princípio da Reserva do Possível, não podendo deixar de trazer à baila seu contraponto qual seja o princípio do Mínimo Existencial.

3.1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS SEUS DESDOBRAMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O presente tópico destina-se ao estudo do Direito fundamental social à saúde no ordenamento jurídico pátrio como forma de embasar e facilitar a compreensão do tema em análise no trabalho.

Os direitos sociais estão elencados na Constituição Federal em vigor, no art. 6º, prevêm os direitos sociais, de acordo com a Emenda Constitucional nº 26/2000, como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A Constituição Federal em seu Preâmbulo e no Título referente aos Princípios Fundamentais ainda dispõe que o Estado Democrático instituído pela norma constitucional é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, entre outros valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O artigo 1º, por sua vez, inaugura o texto constitucional, colocando, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que constitui a República Federativa do Brasil, a qual tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, na forma do inciso I do artigo 3º. Em

suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil, a teor do artigo 4º, II, da Constituição Federal, também se compromete com a preferência dos direitos humanos.

Ao inaugurar o Título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, o artigo 5º, caput, assegura expressamente a inviolabilidade do direito à vida, que tem, ainda, sua proteção reforçada por se tornar cláusula pétrea, consoante o disposto no artigo 60, § 4º, IV.

Do direito à vida e a proteção à dignidade humana certamente decorre, entre outros, o direito à saúde, caracterizado no artigo 6º como direito social, inserido, no Capítulo da Ordem Social e com previsão central no artigo 196 que será abordado de melhor forma em momento oportuno.

A Ordem Social, conforme previsão do artigo 193 tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça social. A ordem social, portanto, visa diretamente o bem-estar social e a justiça social.

Verifica-se, portanto, que o direito à saúde é requisito indispensável no tocante ao respeito pelo direito à vida e a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que para estes serem devidamente efetivados, o ser humano tem que ter acesso aos mecanismos capazes, que lhe permitam desenvolver plenamente todas as suas potencialidades, dentre estes mecanismos está a necessidades de se desfrutar de condições de saúde dignas.

A Constituição Federal assevera em seu art. 5º, §1º que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, para parte da doutrina o objetivo deste dispositivo é ressaltar que as normas definem direitos fundamentais como de caráter preceptivo, e não meramente programático, ou seja, têm o objetivo de maximizar o conteúdo a ser extraído dos preceitos relativos a todos os direitos fundamentais.

Parte da doutrina entende haver a possibilidade de uma interpretação literal que iria restringir, dentre os direitos sociais, aqueles em que há aplicação do mínimo existencial, pois para que fossem além deste “mínimo” necessitariam de uma efetiva intervenção do legislador não sendo assim oponível contra o Estado.

Observando o ordenamento jurídico brasileiro, no que concernem as questões de saúde, essencialmente na Constituição Federal e a Lei 8080/90 que regulamenta o SUS, é possível identificar um abismo entre a previsão legal e a realidade da Saúde em nosso país.

No tocante à legislação pertinente a área de saúde, é possível identificar uma legislação avançada que tem como um dos princípios norteadores a universalização do direito à saúde, ademais faz uma interligação entre diversos fatores na promoção de políticas públicas de saúde buscando propiciar uma melhor qualidade na saúde. Senão vejamos o que preconiza a Constituição Federal:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

O núcleo do direito à saúde, artigo 196 da Constituição Federal, dispõe que à saúde é direito de todos, o que define seus titulares, e dever do Estado, o que indica o responsável por suas prestações, sem prejuízo do disposto no artigo 199 que torna a saúde livre a iniciativa privada. Este dispositivo, contudo, também refere que a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas, uma finalidade que releva a preocupação com a prevenção, e ao acesso universal igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, uma finalidade que especifica ainda mais a forma como será garantido o direito social em estudo.

O artigo 198 da Constituição Federal esboça em linhas gerais a forma de organização do sistema de saúde no Brasil, determinando que as ações e serviços de saúde integrem uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único, organizado com observância das seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo o que impõe responsabilidade à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, o que reforça a necessidade de ações de caráter preventivo; participação da comunidade o que é essencial para se entender o direito à saúde como relação e não como poder individual.

Este mesmo dispositivo, em seus parágrafos, define algumas regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo (Artigo 1º, artigo 18 e artigo 60, § 4º, I, todos da Constituição Federal).

Ademais, como forma de ilustrar o notável grau de avanço da legislação brasileira acerca da saúde, merece destaque alguns trechos da Lei 8080/90, que regulamentou o SUS, *in verbis*:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

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. (BRASIL, 1990)

José Afonso da Silva corrobora com este entendimento de que o Brasil tem uma moderna legislação e uma organização complexa no que tange ao sistema de saúde pátrio, pois há competências diferenciadas entre os entes. Afirmando que o SUS:

[...]constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro. (SILVA, 2009, p. 831)

Os direitos sociais listados no art. 6º da Constituição Federal, destacando-se particularmente o direito à saúde, são justamente aqueles que buscam uma melhoria das condições de existência do indivíduo, mediante ações positivas do Estado. O direito à saúde significa, então, o acesso universal e equânime a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Acerca do assunto tratado neste subtópico merece destaque o posicionamento de Luis Roberto Barroso:

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. (BARROSO, 2009, p.7)

Verifica-se, portanto que a Constituição Federal de 1988, procurou dotar a regra insculpida no Artigo 196 da mesma, de um caráter nitidamente programático, ensejando por parte do Estado brasileiro um comportamento ativo na implementação do que prescreve o dispositivo constitucional supramencionado, sob pena de transformar o mesmo em uma mera utopia constitucional.

Em relação à força normativa adquirida pelas normas constitucionais, há um movimento conhecido como doutrina da efetividade que buscou dar uma determinação política para que haja um cumprimento destas normas, quanto ao tema, assevera Barroso (2009, p.8) “A essência da doutrina da efetividade é dotar as normas constitucionais de aplicabilidade direta e imediata, na extensão de sua densidade normativa.”

Constata-se, pois, que o legislador constitucional ao tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, possibilita que em caso de negativa por parte do Estado ou de um agente privado no sentido de implementar o direito à saúde, seja possível recorrer ao Poder Judiciário para que este ampare seu direito, como forma de obrigar aqueles que se negam a efetivar a promessa constitucional que trata a saúde como sendo um direito que deve ser acessível a todos.

Esta, portanto, é a primeira leitura que se pode fazer das normas constitucionais que são referentes ao direito à saúde, extremamente necessárias para delimitar com maior precisão, os fins propostos e o estado de coisas a ser buscado.

3.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Antes de adentrar ao foco do presente tópico, se faz necessária estabelecer algumas premissas e conceitos. Por política pública entende-se as ações devidas pela Administração Pública no sentido de conferir efetividade aos direitos consagrados pela Constituição Federal e, não um controle das ações do Legislador, que detém margem considerável de atuação dentro de um sistema democrático.

Como já discutido anteriormente, o problema não está somente na formalização desses direitos, mas também na sua efetivação pelo poder Executivo através de políticas públicas eficientes e gerenciamento consciente de recursos públicos.

De um modo geral, a expressão políticas públicas pode ser conceituada segundo a concepção de Freire Júnior (2005 p. 47) como “um conjunto, ou medidas isoladas, praticadas pelo Estado com a finalidade de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado democrático de Direito”.

As políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco valeria apenas o reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los.

De outro lado, existe o direito do cidadão a que o Estado exercite as políticas públicas. Disso tudo se extrai a importância vital que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento de direitos e que pretende normatizar adequadamente as relações sociais.

Nessa esteira segue o seguinte conceito:

Mirando-se exclusivamente na esfera da atividade, as políticas públicas podem ser definidas, de modo bastante amplo, como qualquer fazer, qualquer atuação ou atividade estatal que tenham por escopo implementar os fins do Estado, oferecer aos cidadãos os bens da vida e os serviços que cumpre ao estado fornecer. (JORGE NETO 2008, p. 53)

Tendo em vista que a prestação dos direitos sociais pelo Estado à sociedade muitas vezes requer prestações positivas por parte deste, necessitando desta forma dispêndio material, ou seja, orçamental, é importante que se façam comentários acerca do princípio da Reserva do Possível, que será abordado no próximo tópico,

para uma melhor compreensão do que as pessoas podem e devem exigir do Estado de forma imediata e o que elas deverão esperar do Estado em forma de prestações através de políticas públicas, ou seja, de forma mediata.

Normalmente as políticas públicas são estabelecidas por meio de atos dos Poderes Legislativo e Executivo, seja por meio de leis, atos normativos infralegais ou por intermédio de outros atos administrativos. Estes estabelecem um programa governamental para uma área específica de atuação estatal, mas as ações que formam uma política pública podem também ser adotadas sem qualquer planejamento prévio.

Para Bucci (2006, p. 249) as políticas públicas devem ser elaboradas por meio de um “processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição de interesses públicos reconhecidos pelo direito”.

Este trabalho não adentrará tal seara, limitando-se a restringir política pública como todo e qualquer ato que tenha como finalidade efetivar direitos fundamentais qual sejam os de segunda dimensão e de forma mais profícua no que remete ao direito à saúde. Apesar do que afirma-se, por vezes precisa-se adentrar, embora que de forma sucinta, o ato normativo, os programas, metas dentre outros, mas apenas para que sirva de parâmetro ao objeto do presente estudo.

O controle das políticas públicas é, de forma didática, dividido em três elementos distintos:

a) o controle da atuação ou omissão estatal em si, que nos interessará mais de perto; b) o controle dos objetivos ou metas fixadas, na lei ou em outros atos normativos para a efetivação dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões; c) o controle do programa ou planejamento para o alcance dos fins, caso tenham sido previamente fixados. (JORGE NETO, 2008, p.57)

Agora que já fora feita uma introdução e conceituação do que seja políticas públicas, chega-se ao ponto culminante deste tópico qual seja a possibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, um dos aspectos fundamentais que é necessário mencionar são as ações estatais, que exigem prestações positivas por parte deste, ou seja,

capaz de realizar os direitos fundamentais, pressupõe decisões acerca do dispêndio de recursos públicos.

O fato é que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Dessa forma, como não há recursos ilimitados, será preciso do poder público priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido.

Essas escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política, ao contrário essa discussão recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional. A Constituição Federal não aponta de forma específica que políticas públicas devem ser implementadas em cada caso, assim a questão acaba sendo remetida para a interpretação constitucional pelos agentes públicos em geral.

Uma postura mais ativa do Judiciário tem implicado em zonas de tensão com as demais funções do poder e possíveis questionamentos a respeito da legalidade dessa atividade exercida pelo Poder Judiciário. Não se defende, todavia, uma supremacia de qualquer das funções, mas a supremacia da Constituição Federal, conforme pontificou com precisão Daniel Sarmento:

As Constituições são compostas por princípios e regras jurídicas. Uma Constituição Federal que só contivesse princípios não emprestaria a segurança jurídica e previsibilidade necessária, ao ordenamento, mas uma Constituição Federal, fundada exclusivamente em regras, não possuiria a plasticidade necessária à acomodação dos conflitos que eclodem na sociedade. (SARMENTO, 2000, p. 195)

Quando se trata desta possibilidade de atuação do Poder Judiciário temos três correntes que se destacam; a) a que diz ser negativa à legitimidade de o Poder Judiciário exercer controle de políticas públicas; b) a que diz haver legitimidade do Judiciário no controle de políticas públicas: na ausência de políticas públicas; e a c) que afirma que há legitimidade do Judiciário no controle de políticas públicas: quando há políticas públicas insuficientes.

Para a primeira corrente, nem o jurista, nem o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar o impacto de suas decisões, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo.

Preocupado com a solução dos casos concretos, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas, ou seja, ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia de capacitação técnica ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sentido de políticas públicas globalmente considerada.

Os argumentos contrários à tese da aplicabilidade imediata e conseqüente efetivação judicial dos direitos sociais, incluído neste rol esta o da saúde, senão vejamos:

o Judiciário estaria: a) se imiscuindo na esfera de competência do Legislativo e Executivo, rompendo o equilíbrio que deve haver entre os poderes; b) que apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos e que a decisão sobre onde investir e quais bens materiais fornecer é eminentemente política, vez que os recursos são limitados e o espaço do Judiciário é o jurídico e não, político. (BOTELHO 2011, p. 95)

Além do mais, os indivíduos que procuram o Judiciário para postular bens ou serviços em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representantes das classes menos favorecidas da sociedade. Estes na maioria não chegam aos Tribunais e nem são ouvidos pelos juízes.

Nesse contexto, o que se pode verificar é um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais (que em tese deveriam beneficiar os mais necessitados de forma direta) para as demandas específicas daqueles que detêm informação e capacidade de informação.

Para entender aqueles que dizem haver legitimidade do Judiciário no controle de políticas públicas: na ausência de políticas públicas, deve-se inicialmente analisar a vinculação do juiz à lei. Numa concepção positivista, haverá uma plena identificação do direito com a lei, onde a legitimação da decisão judicial é a lei. Por essa concepção, o juiz ao julgar além da lei estaria adentrando em uma seara que não lhe pertence, violando a separação de poderes e decidindo, portanto, sem legitimidade.

É importante lembrar que a Constituição Federal confere ao Supremo a sua guarda e que no Brasil, qualquer juiz pelo controle difuso de constitucionalidade,

deve fazer valer a Constituição Federal. Acontece que essa Constituição Federal é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. Logo, seria impossível continuar com o dogma do positivismo e da completude da legislação.

É claro que existe legitimidade do juiz para atuar além da lei, mas tal situação depende uma fundamentação adequada. Nesse sentido Aury Lopes Júnior:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição Federal, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e se a fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial. (LOPES JR., 2004, P. 73)

A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição Federal e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder.

Quando um direito fundamental não está expresso em uma norma constitucional, o seu descumprimento gera apenas uma omissão simples; todavia, quando existe a norma constitucional, a sua não-efetivação passa a configurar uma omissão qualificada que implicaria a possibilidade de existir controle dessa decisão.

Importante analisarmos o entendimento de Paulo Henriques da Fonseca:

Interessante observar que os direitos e garantias mais clássicos referentes à liberdade, à segurança e à propriedade, que se convencionou coligar como direitos civis e políticos, convergem para a formação de codificações (penais, civis, processuais). Há a tendência de torná-los mais orgânicos, mais sistêmicos e assim jurídica e judicialmente mais aptos à tutela e proteção. Já com os direitos sociais ocorre uma tendência oposta de pulverização de leis veiculadoras de “direitos anões” e ligados a programas sociais não emancipatórios, direitos que inclusive têm pouca ou nenhuma exigibilidade judicial, pois se inscrevem nas disponibilidades e discricionariedades da administração. (FONSECA, 2007, p. 65)

É exatamente o que acontece com o direito à saúde sujeito a políticas públicas ineficientes e mal planejadas, portarias regulamentadoras e leis esparsas

que acabam por dificultar sua exigibilidade quando conflitam com direitos objetivos já fortificados nas doutrinas e leis nacionais e portanto bem menos questionados.

Em nenhum momento pretende-se colocar o Judiciário acima dos demais poderes. Ao contrário, em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição Federal; contudo, quando tal tarefa não for cumprida, pode o juiz estar legitimado para fazer cumpri-la.

O fato é que não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição Federal. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida. Kreef (apud NOVELINO, 2009, p. 483) afirma que “em geral está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais”

Quanto aos que afirmam haver legitimidade do Judiciário no controle de políticas públicas: quando há políticas públicas insuficientes estabelecem uma relação à omissão parcial de políticas públicas, onde existem políticas públicas, mas ou elas são insuficientes para atender a demanda ou o critério adotado pela política pública exclui determinados grupos ou cidadãos de sua abrangência.

A omissão parcial está diretamente ligada ao princípio constitucional da igualdade, onde a igualdade é um dos pontos centrais do constitucionalismo. Nesse diapasão Paulo Bonavides afirma:

O centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado contemporâneo.(BONAVIDES, 2009, p. 301)

O princípio da igualdade se refletirá nas políticas públicas, uma vez que permitirá a todos os indivíduos o direito de concorrer, em igualdade de condições, às políticas públicas. Não pode o Estado escolher quem serão os destinatários de políticas públicas, uma vez que elas devem ter uma abrangência global.

As diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição Federal rígida são vinculantes e obrigatórios e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador. Nesse quadro, a impossibilidade de adjudicação judicial de direitos

sociais constitucionalmente consagrados revela-se incompatível com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional (NOVELINO, 2009, p. 483).

O Judiciário vem adotando, conforme o exposto neste trabalho, uma postura mais ativa, diante deste fato há uma zona de tensão com os demais poderes. Contudo, não há que se falar em supremacia de qualquer das funções do poder, mas deverá haver sim, uma supremacia da Constituição Federal, permitindo uma melhor e mais adequada efetivação constitucional.

3.3 A DIALÉTICA ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Neste tópico pretende-se esclarecer a tensão que há entre a reserva do possível e o mínimo existencial quando do controle judicial das políticas públicas e sua interferência direta na efetivação do direito a saúde.

A reserva do possível representa a adaptação de um instituto criado pela jurisprudência constitucional alemã, esta entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado fica sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao passo que essa disponibilidade seria uma decisão discricionária do Legislativo e do Executivo por intermédio da composição dos recursos públicos.

O mínimo existencial pode ser conceituado como um conjunto de situações materiais que são indispensáveis ao ser humano para ter uma vida digna, pois sem o mínimo necessário à existência, cerra a possibilidade de sobrevivência do homem. A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nenhum ser humano poderá ser privado. Assim as parcelas ligadas ao mínimo podendo ser diretamente exigidas ao Estado. Desta forma dispõe Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

Neste contexto, há que se enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável, tem sentido identificado – por alguns como constituindo o núcleo fundamental dos direitos fundamentais sociais (...). (FIGUEIREDO, SARLET, 2008, p. 25)

Na doutrina há quem afirme que como todo instituto importado, a reserva do possível e o mínimo existencial, é preciso certa cautela para fazer à adaptação desta a realidade local. No caso em tela ambos são derivados de ordem jurídica europeia que tem realidade diversa da brasileira, que tem como principal questão a possibilidade e a legitimidade para implementar as políticas públicas.

A reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público especialmente quando o pedido e a decisão visarem beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. Porém não poderá ser facilmente aceitável quando o que estiver em litígio sejam o orçamento ou o programa.

Nesses casos, apesar de não ser fácil o julgamento, a questão se converte em avaliação concreta e empírica de certas circunstâncias, cujo resultado final será a procedência ou não da defesa arguida pelo estado. Em julgamento no STF (Supremo Tribunal Federal) o Ministro Celso de Mello afirmou sobre esta defesa do estado:

“Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade”.

(BRASIL, 2004)

O Ministro como fiel defensor da corrente que visa a implementação do direito à saúde pela via judicial, apresenta posicionamento que contraria o princípio da proporcionalidade, ignora o orçamento e as políticas públicas, tentando de certa forma firmar o judiciário como o herói que defende os necessitados. Mas conforme posicionamento já mencionado, diante da escassez de recursos as escolhas que tem de ser feitas pelo administrador público, buscam minimizar os prejuízos, melhorando e aumentando o quantitativo de pessoas atendidas pelas políticas públicas.

A doutrina afirma haverem duas possíveis reservas, quais sejam a fática e a jurídica. Sobre a fática Sarmiento (2012, p. 22) afirma que “reserva do possível fática

deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.”

Existem outras correntes de entendimentos diferenciados, que asseveram só haver possibilidade de reserva do possível quando os cofres do Estado estiverem vazios. Há outra corrente que afirma só haver esta reserva, quando comparado o montante individual da condenação ao orçamento do ente federativo este o comprometesse gravemente.

As duas correntes pecam por não vislumbrarem os desdobramentos causados com o realocamento de verbas para satisfazer as decisões judiciais, é necessária uma análise criteriosa do caso *sub judice* pelo magistrado respeitando a singularidade de cada caso, mas avaliando, em razão do princípio da isonomia e da razoabilidade se há como esperar do Estado àquela mesma condição a todos os portadores daquela patologia.

Quanto à reserva do possível jurídica a doutrina conceitua como:

A reserva do possível jurídica identifica-se com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. A questão nodal, aqui, diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa. (SARMENTO, 2012, p. 23)

Como afirmado por Daniel Sarmiento, esta reserva do possível jurídica é a existência de possibilidade legal para que o ente federativo efetue este gasto. Este debate torna-se complexo e trás a baila a princípio da separação dos poderes e a possibilidade do Judiciário intervir em uma função precípua do poder Executivo e Legislativo.

A Constituição Federal traz em seu Art. 165 e 167, diversos institutos norteadores das despesas do Estado, Planos Plurianuais (PPA), Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO), Leis Orçamentárias Anuais (LOA), Decretos de programação orçamentária e financeira, que são utilizados para definir as prioridades, os gastos públicos, além de uma gama de outras coisas que não são objetos deste trabalho. Mas deve-se ressaltar que há uma obrigatoriedade de vinculação a estas leis e decretos, que não tem sido levada em conta na hora das decisões.

É necessário ressaltar, que há uma vinculação entre o Executivo e as normas orçamentárias, que tipifica como crime a ordenação de despesas sem previsão legal, disposto no art. 359 – D da lei 10.028. Outro ponto é o crime de responsabilidade, que é cometido por quem infringir um dispositivo de natureza orçamentária, que, por exemplo, pode ser o caso de quem realiza despesa sem previsão, ou, em montante superior ao previsto na lei orçamentária.

Nesse diapasão, as decisões de tutelas de urgência, por vezes, sem o contraditório, poderão complicar a vida do administrador público que se vê em uma situação de descumprir uma decisão do Judiciário, ou, cometer um crime.

A legitimidade para a formulação e implementação de políticas públicas são, em primeiro lugar do Legislativo e Executivo, diante de demandas igualmente legítimas cabe ao administrador a opção pelo que avalia ser mais importante naquele momento. Mas apesar de dependerem da opção política, as liberdades de amoldamento de políticas públicas por estes poderes não são absolutas.

Pois, como já visto anteriormente, se o Legislativo ou Executivo agirem de modo a contrariarem a razoabilidade ou com intenção de esvaziar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, há possibilidade de controle jurisdicional para viabilizar e devolver a eficácia destes direitos.

Para melhor esclarecer e embasar o uso do princípio da proporcionalidade, importante é a explicação de Robert Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2009, p. 118)

Diante deste conceito, torna-se imprescindível que se esclareça a forma correta de utilização deste princípio, pois ele vem sendo utilizado para justificar as decisões concessivas. Os princípios exigem uma realização, quanto mais ampla possível tanto nas realidades fáticas ou jurídicas, mas no caso em tela há dois princípios em rota de colisão o que significa a necessidade de aferição na aplicabilidade destes.

O Princípio da proporcionalidade é a chave para uma adequação e otimização de princípios em choque, pois é com a sua aplicação que deverá ser feita a mediação dos direitos envolvidos. Alexy aponta uma melhor forma de utilização deste princípio, a qual chama de lei do sopesamento:

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio. (ALEXY, 2009, p. 594)

A fiel aplicação do princípio da proporcionalidade, colocando de um lado a tutela individual, ou o mínimo existencial, de outro a coletividade, analisando a macrojustiça e os bens jurídicos que poderão ser afetados com o realocamento de verbas por meio de decisão judicial e a impossibilidade fática, a reserva do possível, de atender a todos os pleitos da população deve formar a equação que o juiz deverá responder antes da concessão da tutela judicial.

O mínimo existencial é resultante da conjunção da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do estado social, esta expressão surgiu em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo alemão proferida em 1953, sendo posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional (NOVELINO, 2009, p. 487).

O mínimo existencial é constituído em um seletivo grupo de direitos sociais formados pelos bens e utilidades básicas indispensáveis a uma vida digna. Na formulação e execução das políticas públicas, este deve ser o princípio norteador para o estabelecimento de prioridades e metas no orçamento. Parte da doutrina sustenta que apenas após a alocação dos recursos necessários a estas áreas é que se deve discutir o remanescente para as demais.

Na doutrina encontram-se posicionamentos que dão um caráter absoluto a este princípio, excluindo assim a apreciação da reserva do possível, não obstante tornaria inviável a efetivação de outros direitos fundamentais. Pois, como se sabe as demandas são ilimitadas, mas o orçamento e a possibilidade de efetivação de todas as demandas são limitados.

Daniel Sarmiento afirma que o direito ao mínimo existencial possui duas dimensões:

Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraiam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. (SARMENTO, 2012, p. 27)

Assim conclui-se que só o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais pode considerar-se, em regra, constitucionalmente determinado, em termos de ser judicialmente exigível, sendo neste caso o núcleo da dignidade humana como conteúdo mínimo.

Quanto a este mínimo para a sobrevivência, deverá incluir sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de nível fundamental e à garantia de uma moradia. No que tange ao conteúdo concreto a sociedade deverá ser capaz de reconhecer a partir de que ponto uma situação torna-se indigna.

Se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tamanha proporção que o princípio da dignidade humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, “um signo sem significado correspondente” (BARCELOS, 2008, p. 141).

4. DIREITO À SAÚDE E O ACESSO À JUSTIÇA

O objetivo desse capítulo é analisar o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, discutindo acerca do acesso à justiça como forma de inclusão, ou, exclusão social caracterizando o problema da judicialização excessiva e analisando a concessão indiscriminada de tutelas relacionadas à matéria, sempre com o objetivo de definir qual o alcance concreto da garantia fundamental em pauta e procurando o melhor posicionamento adotado pela doutrina e tribunais na perspectiva de solução da problemática apresentada.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Para compreender melhor os problemas que vem dificultando o acesso igualitário e universal a esse direito social é importante entender o porquê ele deixou de ser apenas do Executivo e se tornou um problema também do Judiciário, sendo entendido como a judicialização dos direitos sociais.

A questão da saúde tem sido questão de preocupação e discussão nos diversos órgãos do Poder Judiciário devido à constante busca pela população ao acesso a esse direito fundamental.

Quando se fala em judicialização do Direito à Saúde, rapidamente remete-se às ações ajuizadas em face do Estado a fim de vê-lo prestar um determinado serviço, custear um tratamento, medicamento ou exame. A judicialização, em linhas gerais, corresponde ao ato de se transferir para o Poder Judiciário decisões que a rigor deveriam ser tomadas pelos demais poderes da República. Implica em colocar sob a análise do Poder Judiciário questões que envolvem o reconhecimento e concretização de direito.

Para que haja uma melhor compreensão, deve-se diferenciar o ativismo judicial da judicialização. O ativismo judicial pode ser conceituado como postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, fazendo a diferenciação entre a judicialização e o ativismo judicial. Luis Roberto Barroso, de forma *sui generis* faz esta distinção. Senão vejamos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam 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. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição Federal, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 26)

As demandas que versam sobre o reconhecimento e concretização de um direito de natureza social envolvem questões de grande repercussão social e política, o que só faz aumentar a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais quando da resolução desses casos.

A natureza desses direitos pressupõe uma prestação positiva do Estado, que é cumprida por meio de políticas públicas. É importante frisar que a implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois deverá ser realizada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, na necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência.

Além disso, é preciso entender que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza a criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. Compete ao Judiciário analisar, à luz do caso concreto, se o litigante faz *jus* ao bem pleiteado, uma vez que este ter o direito à saúde, necessariamente não implica que ele faça *jus* ao bem especificamente tutelado.

Nesses casos, invocam-se, frequentemente, as deficiências do SUS, tais como: a falta de atualização das listas de medicamentos dispensados gratuitamente;

a demora do processo de registro de medicamentos no órgão de fiscalização nacional; a deficiência na definição dos destinatários do serviço público de saúde e da interpretação atribuída pelo administrador ao princípio da integralidade ditado pela Constituição Federal; a dificuldade de interpretação do emaranhado que regulamenta o sistema; a dificuldade de identificação do ente federado responsável pela prestação integral de assistência médica, dentre outros.

Quanto judicialização, temos o posicionamento do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que traz de forma muito clara à importância que adquiriu o Judiciário com a Constituição Federal de 88, abordando a politização da justiça:

Seguramente em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos, e particularmente desde 1993. Hoje em dia, é ele flagrantemente hostilizado e não raro vilipendiado. Esse fato não deriva meramente de motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspectos constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal.

Reflete, na verdade, fenômeno que é mundial, mas com peculiaridades decorrentes da Carta de 1988: a judicialização da política que tende a trazer a politização da justiça. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 189)

Como já mencionado este trabalho filia-se a corrente que defende uma análise Macro, dos impactos gerados com a decisão judicial, defendendo o princípio da isonomia e a análise de se aquele tratamento, de forma genérica, poderia ser fornecido a todos que estejam em situação semelhante.

Assim é que se mostra legítima a atuação do Poder Judiciário enquanto órgão responsável por dirimir modelos normativos que desprezem as imposições constitucionais aplicáveis ao caso concreto. Não se trata, de defender o desvencilhamento do Poder Judiciário do controle das políticas públicas de saúde, mas de procurar delimitar a sua legitimidade de atuação nesse tema, como explica Virgílio Afonso da Silva:

Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto como o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito a saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas. Nesses termos – ou seja,

como controlador da execução das políticas públicas já existentes -, o Judiciário conseguiria ao mesmo tempo pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência dos direitos sociais. (SILVA, 2008, p. 598)

Deveras, o número cada vez maior de decisões judiciais interferindo em políticas públicas tem obrigado os administradores a dedicarem esforços ao atendimento de demandas particularizadas, ao invés de se preocuparem com a formulação, a execução e a avaliação das políticas públicas elaboradas para atender a grande parcela da sociedade.

O prejuízo para a execução da política pública de saúde é ainda mais acentuado quando o Poder Judiciário determina que sejam fornecidos medicamentos que não constam nas listas de medicamentos dispensados gratuitamente pelo SUS ou determina a manutenção de procedimentos não acobertados por essas políticas.

O professor Luis Roberto Barroso, traz em seu artigo sobre a judicialização, o ativismo judicial e a legitimidade democrática, uma análise interessante sobre o papel exercido pelo Judiciário e como as decisões por ele emanadas afetam as políticas públicas:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média. (BARROSO, 2009, p. 26)

Como se não bastasse o problema da exclusão social fortificada ao longo do tempo, a injustiça social que a maioria da população brasileira sofre constantemente, o acesso ao Judiciário na busca desse direito também é uma dificuldade latente na atual conjuntura sócio-política.

Nesse sentido Paulo Henrique da Fonseca, ilustra de forma muito clara o posicionamento ora adotado:

A exclusão social gera uma subespécie, a exclusão jurídica. No contexto atual em que se pode falar de um consenso cada vez mais forte em torno do Estado democrático de direito, da democracia como forma de gestão política e social, a dimensão jurídica da exclusão ganha relevo. Trata-se de uma privação específica, mas relevante, de obstáculos à efetivação da cidadania e ao uso e gozo dos direitos pelos indivíduos e grupos sociais. (FONSECA, 2007, p. 14-15)

A verdade é que devido à exclusão social, que de acordo com o autor, gera outra subespécie que é a exclusão jurídica, podemos observar que a população pobre além de ser privada durante a vida de seus direitos fundamentais, dificilmente terá acesso ao Judiciário. Constatamos isso, quando comparamos a porcentagem da população brasileira que vive em situação de pobreza absoluta e a demanda judicial de ações que buscam, ou pelo menos questionam direitos fundamentais sociais.

Outro ponto que se mostra controverso é a concessão destes medicamentos ou procedimentos por concessão de medidas liminares ou antecipatórias, pois segundo os críticos, mesmo após a instrução processual os magistrados não estão a par da carga informacional que marca os processos de elaboração de políticas públicas, imagine a ingerência na execução das ações públicas em saúde que ocorrem por meio destas decisões que partem de um entendimento superficial.

Em relação aos efeitos nocivos que as decisões judiciais podem provocar nas políticas públicas de saúde, principalmente em caráter liminar, merece destaque a decisão judicial que segue abaixo:

O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/64, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a

fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição Federal da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836- AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31- 35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. (BRASIL, 2007)

A Ministra Ellen Gracie, em seu douto julgamento, das provas de que para garantir o direito à saúde deverá haver uma visão macro para que se analise o caso concreto.

Confirmando o que já fora exposto durante o trabalho, garantir a eficácia do direito à saúde não é conceder de forma indistinta liminares, ou, antecipar tutelas. É muito mais que isso. Não se deve olvidar, que por mais contraditório que pareça negar o provimento a ações de forma fundamentada e pensando na coletividade é uma forma de garantir o direito universal e igualitário de ter acesso à saúde.

4.2 O JUDICIÁRIO E O DIREITO À SAÚDE

Para que se entenda melhor a questão proposta neste trabalho, é necessário que se analise a relação entre o Poder Judiciário e o Direito a Saúde. Ademais, trata-se de uma discussão e crítica ao posicionamento adotado por boa parte da

doutrina pátria, que entende ser função social do Judiciário prover todos os pedidos correlatos ao tema sob pena de estar desrespeitando o direito à vida.

Talvez de forma até um pouco simplista, parte da doutrina não vislumbra limites para a efetivação deste direito. Contudo, cabe ressaltar uma dimensão esquecida por estes teóricos, que tem defensores muitas das vezes mal vistos por defender uma limitação a atuação do Judiciário a este direito.

Como já mencionado, entende-se que haja sim a possibilidade da interferência do Judiciário, mas que haja uma valoração entre os bens tutelados e mais ainda que se ponha em pauta a possibilidade de que com a concessão de determinadas demandas individuais haja uma diminuição de verbas para as políticas pensadas para o coletivo, um verdadeiro aprofundamento da desigualação social.

Analisando o que fora discutido ao longo do trabalho, torna-se evidente que a Constituição Federal, ao expressar que os direitos fundamentais devem ter aplicação imediata, trata apenas de uma eficácia jurídica. Por mais que haja parte da doutrina defendendo que a atuação jurídica é o instrumento adequado para moldar a área econômica, social e/ou ética, esta é uma eficácia social ou uma efetividade que está além das possibilidades da Constituição Federal.

Como fiéis defensores do posicionamento acima demonstrado, temos a Teoria da Máxima Efetividade da Constituição Federal, que advogam a tese de que por meio de uma interpretação constitucional, é possível obter a realização, do que entendem seja o objetivo constitucional previsto nas normas de direito fundamental, de forma especial dos direitos sociais.

Como outrora afirmado, para a efetivação dos direitos sociais há uma repartição de meios escassos que o Estado dispõe para atender os interesses ilimitados da população, estabelecendo assim ser necessário que de um lado haja responsabilidade no uso das verbas e, doutro, uma compreensão da impossibilidade de atendimento pleno das necessidades individuais.

A primeira crítica que se deve fazer as teorias que entendem ser absoluto o direito à saúde, principalmente por meio do Judiciário, é a desigualdade no acesso à informação, principalmente da parcela mais carente da população que esta relacionada à precisão do diagnóstico, a existência dos medicamentos que não se encontram na lista do SUS que teriam em tese uma eficácia terapêutica maior. Não seria injusto afirmar que tais condições são mais favoráveis aos que podem procurar

o setor privado da saúde brasileira, tornando essa informação de certa forma restrita.

Da mesma forma, apesar de o acesso à justiça ser garantido a todos, através da assistência judiciária, isenção de custas, não se pode negar a discrepância na atuação das Defensorias, dos Núcleos de Prática Jurídica das universidades, do Ministério Público e a da advocacia privada que é feitas por especialistas na área que podem dedicar mais tempo, possibilitando assim uma maior atenção ao caso. Além desta há a própria percepção quanto à possibilidade de procurar o Judiciário para obter a prestação estatal.

O Ministro Gilmar Mendes traz em sua obra sobre Direito Constitucional, dado que corrobora com o que fora aqui exposto, que 74% dessas demandas eram patrocinadas por advogados particulares, destoando da suposta justiça social a que propões alguns doutrinadores, senão vejamos:

[...] geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema. Essa constatação foi feita levando-se em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de **ações propostas por advogados particulares – 74% dos casos analisados.** (MENDES; BRANCO, 2012, p. 717, grifo nosso)

Ainda baseado no mesmo estudo, ele apresenta outro dado que demonstra e ratifica o que fora aqui exposto, afirmando que 77% dos medicamentos requeridos em juízo não estão na lista do SUS, e faz uma análise muito lúcida da real situação que se apresenta diante deste quadro, senão vejamos:

As hipóteses em que o procedimento ou fármaco solicitado não estejam incluídos no rol de medicamentos fornecidos pelo SUS geram uma individualização da demanda e tornam-se um crescente problema à política de saúde pública. Estudo realizado no Estado de São Paulo constatou que **77% dos remédios solicitados em um determinado período não integravam os programas de assistência farmacêutica.** Esse quadro indica o desenvolvimento de situação completamente contraditória ao projeto constitucional, quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse a existência de qualquer benefício ou privilégio de alguns usuários. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 717, grifo nosso)

Nos processos judiciais individuais, que tratam da temática aqui exposta normalmente há uma dialética que se restringe a de um lado a afirmação de uma necessidade individual e, do outro, a negativa por parte do Estado dessa pretensão, motivada em razões que muitas vezes são tidas como meramente formais ofuscando o verdadeiro problema.

É necessário que haja a busca pelo verdadeiro sentido originário dos direitos sociais, qual seja a redução das desigualdades sociais, pois da forma indiferenciada com a qual se vem procurando o Judiciário e adjudicando estes direitos, termina por favorecer as classes mais abastardas “ágeis e aguerridas ou com mais capacidade de lobbying em detrimento dos mais desfavorecidos” (NABAIS apud CAÚLA, 2010, P. 107)

Na realidade, o que está em discussão é a possibilidade da decisão judicial destinar recursos públicos para atender a esta necessidade social. Quando o Judiciário determina que o Estado cumpra aquela decisão, que custa uma soma qualquer e cuja efetivação não estava estabelecida de forma prévia no planejamento estatal, na verdade o que está havendo é um realocamento de verba que será subtraído de outra necessidade social e principalmente da própria verba de custeio da saúde.

Daniel Sarmiento, busca explicar de forma bastante didática essa celeuma que se forma:

Neste contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, as decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como uma espécie de “Robin Wood às avessas”, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média. (SARMENTO, 2012, p. 35)

Nesses processos o que há, na verdade, é por parte do magistrado a ignorância para as possíveis necessidades de outros que iriam ser atendidos com aqueles recursos, ou seja, ele simplesmente e solenemente ignora a existência daqueles terceiros e suas necessidades. Mas, isso não é considerado nestas decisões, de uma forma simplória resumisse o processo à dialética entre um direito individual e uma resistência “infundada” de um ente “malvado” que não deseje fornecer o tratamento por mera comodidade.

Essa ingerência, por parte do Judiciário, torna-se uma afronta aos princípios constitucionais e ao objetivo da norma que é a igualdade. Ademais, cabe ressaltar que esta situação se torna uma verdadeira violação da dignidade da pessoa humana nas palavras de Cesar Caúla:

É que o direito de participação na vontade política do Estado é irremediavelmente vilipendiado. Em um regime democrático, a escolha das ordens de prioridades apenas ser atribuída à vontade popular manifestada em eleições livres. [...] Não é demais lembrar que a participação nas escolhas políticas, mediante regras prévias e por variados meios, é uma das manifestações da dignidade da pessoa humana. (CAÚLA, 2010, p. 110)

Em um processo onde só são ouvidos os litigantes e os argumentos de defesa do Estado, na busca pelo interesse público e prezando pelas decisões de alocação de verbas públicas de forma democrática, fora ignorado pelo magistrado e reduzido a meros argumentos de cunho formal, não parece ser o fórum adequado para que sejam debatidas de forma pragmática a destinação e aplicação do dinheiro público, naquela necessidade ali pleiteada, ou, em outra que não se faz presente na lide.

Além das premissas aqui abordadas, há que se discutir ainda dois princípios norteadores do direito a saúde no Brasil, o princípio da igualdade e da universalização do atendimento. Diante destes dois princípios deve estar pautada toda decisão do Judiciário acerca do tema, pois como já afirmado, quando há a concessão de qualquer tratamento este deverá condizer com tratamento que possa ser adotado para todos os que estão acometidos daquela enfermidade. Daniel Sarmiento expõe sua opinião dizendo:

Na minha opinião, o ponto a que pode chegar o Judiciário depende de uma ponderação de interesses a ser feita em cada caso, na qual, de um lado, figure o direito social em questão, e, do outro, os princípios concorrentes, como a democracia, a separação de poderes e os direitos de terceiros que seriam atingidos ou economicamente inviabilizados caso fosse universalizada a prestação demandada. (SARMENTO, 2012, p. 30)

Fica o convite a refletir, qual a verdadeira importância das votações, discussões, definições de gastos públicos, que por vezes tem a participação popular,

se o Judiciário diariamente por meio de decisões alteram de forma substancial o uso da verbas do Estado.

O entendimento formado por boa parte da doutrina e jurisprudência pode tornar-se perigoso. Pois, na busca por um Estado social que venha diminuir a desigualdade social e tenta suprir todas as necessidades da sociedade, essa concessão de forma desenfreada poderá ter o efeito contrário ao desejado e acentuar cada vez mais a desigualdade.

4.3 DIREITO À SAÚDE: DESCONSIDERAÇÃO DE ALGUNS ASPECTOS DE PROTEÇÃO E CONSEQÜÊNCIAS DO CARÁTER ANTIDEMOCRÁTICO DAS DECISÕES

O presente tópico pretende mostrar a necessidade de uma análise mais profícua, afim de que se possa atender o real objetivo do direito à saúde e cumprir os seus preceitos norteadores. Ademais, será apresentada a posição adotada pelo trabalho quanto à resolução da problemática discutida.

A necessidade de racionalização e racionamento dos serviços relacionados ao direito social à saúde obriga o Estado a estabelecer normas gerais de tratamento, instituindo um gerenciamento de recursos financeiros, impondo limitações de gastos, que não estão submetidos às preferências dos particulares beneficiários destes serviços.

O Poder Judiciário, quando atende as demandas individuais, determinando o fornecimento de tratamento que gere altos custos, apesar de não haver uma decisão de políticas públicas nessa direção, é bem provável que o Estado não possa garantir este mesmo tratamento a todos que estejam em situação idêntica atentando assim contra o objetivo das normas de direitos sociais, qual seja a diminuição da desigualdade social.

Faz-se mister, trazer a baila um trecho do julgado do Tribunal Constitucional Alemão que deu origem ao princípio da reserva do possível e afirma sobre o tema:

Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria

justamente o mandamento da justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. (SCHWABE, 2005, p. 669)

Neste julgado, o tribunal terminou por estabelecer que haja uma natural limitação do cunho prestacional dos direitos sociais, pois não se poderia admitir que essa liberdade pessoal de pretensões subjetivas ilimitadas, fosse financiada às custas da coletividade e viesse a tornar-se incompatível com o ideal do Estado social.

Apesar da doutrina não afirmar de forma expressa que o direito à saúde é ilimitado, o fato é que, ao fim, esse é o resultado que se constata na prática. As decisões e os autores até tentam disfarçar, camuflar, mas se chega sempre ao mesmo resultado, a concessão de forma indistinta aos pedidos individuais relacionados a prestações do direito à saúde.

De forma reiterada é invocado o método ponderativo que acaba por permitir um decisionismo evidente, com subversão da separação dos poderes e grandes dificuldades de controle adequado de seus resultados. A doutrina majoritária no Brasil justifica-se com a ponderação e proporcionalidade para defender esse decisionismo criando distorções e ignorando o real conflito de interesses na lide.

É possível avaliar, com o que já fora debatido e uma leitura mais apurada sobre o assunto, que os resultados dos processos, caso fossem levados em consideração os interesses globais na discussão, seriam outros. Tanto é assim que há uma significativa rejeição das ações coletivas. Diante da complexidade do sistema de proteção à saúde, dos mecanismos de participação social, das políticas públicas existentes, qualquer decisão judicial concessiva teria de apontar alguma inconsistência nos parâmetros políticos e técnicos adotados, o que não se observa na prática.

As decisões aqui referidas não levam em conta, de forma real, os verdadeiros interesses que são contrários, que não são os do Estado contra um interesse individual, nem muito menos à tensão entre o Judiciário e o legislativo no âmbito formal da separação de poderes.

Na realidade a essência do conflito é, conforme assevera Cesar Caúla:

[...] o conflito entre os interesses de todos na realização de políticas/projetos/orçamentos/serviços e as necessidades do autor da demanda. Mas, o modo como são estruturadas as discussões e

mesmo o procedimento judicial disponível obscurecem o embate verdadeiro. (Caúla, 2010, p. 153)

O debate entre separação de poderes, reserva do possível ou mesmo aplicabilidade direta dos direitos fundamentais é necessário, mas é da mesma forma necessária que se tenha em mente que esta ponderação já pode ter sido feita na elaboração da política pública ou lei que condiciona a prestação que originou a lide.

Na maioria dos casos a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas sim tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

De forma reiterada a jurisprudência, que defende a concessão indistinta das prestações relacionadas ao direito à saúde recorrem a decisão emanada no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Celso de Melo no julgamento do recurso extraordinário 273.834/RS quando afirmou:

A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes. (BRASIL, 2000)

Diante da complexidade da atuação estatal, estes termos devem ser alvo de uma forte reserva, pois há que serem levadas em conta as regras democráticas, as responsabilidades inerentes às diversas funções públicas, os interesses da população verdadeiramente necessitada e, principalmente, as graves carências nacionais que não serão resolvidos com esse voluntarismo, por mais bem intencionados que estejam.

A manifestação acima transcrita é o melhor exemplo de como estão sendo decididas as lides no Brasil, denotando pouquíssimo, ou, até mesmo nenhum apreço aos mecanismos que estabelecem, de forma democrática, as normas orçamentárias, demonstrando assim a deturpação que está havendo no princípio da ponderação quando utilizado para fundamentar as decisões concessivas.

Uma das conseqüências graves das concessões judiciais aqui estudadas são o antidemocrático afastamento do debate público e uma preferência por prestações em sua maioria caras em benefícios de poucos. A sociedade deixa de poder debater

a razoabilidade ou adequação da destinação de recursos públicos para o tratamento ilimitado de uma determinada doença em detrimento de outras necessidades.

A conveniência, por exemplo, de que se gaste uma determinada quantia na aquisição de medicamentos de última geração para o tratamento de soropositivos, pacientes com câncer, para o combate de doenças endêmicas ou para a melhoria das condições de atendimento médico nos hospitais públicos que deveriam ser objeto de discussão pela sociedade de forma mais profícua do que de veras é verificado.

Não se está aqui defendendo que não se atendam àquelas enfermidades anteriormente citadas de forma exemplificativa ou que se estabeleça qualquer tipo de prioridade específica, mas sim ponderando que todas as decisões devem ser tomadas levando, de forma efetiva, em consideração as verdadeiras opções feitas.

Ademais, ao atender ditas pretensões, o Poder Judiciário, como observa Ricardo Lobo Torres:

Termina por predar, em nome de direitos sociais, as rendas públicas em benefício de parcelas da população melhor posicionadas socialmente, sem que tais pretensões tenham de ser submetidas ao debate público e às vicissitudes próprias do processo político de tomada de decisões. (TORRES, 2008, p. 82-83)

Essas determinações judiciais terminam, por exemplo, habilitando empresas a venderem medicamentos ao Poder Público não pela qualidade do produto, ou, pelo preço mais baixo, mas sim por uma indução de uma demanda de medicamentos que nem sempre correspondem a realidade.

E o pior, na maioria das vezes os medicamentos, internações em hospitais da rede privada, dentre outras prestações decorrentes de imposição judicial contam com um sobrepreço decorrente da urgência no cumprimento em sede de liminar com prazos diminutos, que terminam por forçar/autorizar a compra em sede emergência e sem a devida licitação.

A concessão da tutela antecipada é caracterizada, nesses casos, pela irreversibilidade das decisões, pois, uma vez alocados os recursos, não haveria possibilidade de devolução desses aos cofres públicos, considerando que o medicamento consumido não pode ser devolvido, o custo dele dificilmente será

ressarcido e, por fim, a impossibilidade de interrupção do fornecimento diante do risco à saúde do paciente.

Note-se, ademais, que o deslocamento da decisão política para a seara judicial implica, ainda, uma verdadeira desoneração da função dos agentes políticos, que ficam dispensados da adoção das decisões que lhe caberiam de forma originária.

Essas decisões difíceis são imponíveis ao Poder Público, ainda mais quando se trata de repartição de recursos escassos. A imposição judicial de atendimento a prestações sociais, contudo, termina por ter, também o efeito danoso de retirar do governo a sua responsabilidade política.

Tudo isso demonstra que na verdade, segundo Amaral (2001, p. 38), o Poder Judiciário apenas “está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto.”

A visão deturpada de que o Judiciário é o salvador da pátria, que pode e tem o dever de agir para efetivar um direito individual, caso o responsável primeiro se omita não pode ser encampada na realidade do Estado Contemporâneo.

Assim, ressalvados os casos pontuais, o exagero experimentado no fenômeno de judicialização dos direitos sociais que se vê hodiernamente, implicará uma mudança no local em que as filas de cidadãos se formam em busca de atendimento as suas necessidades ou vontades. É preciso entender que o Poder Judiciário, por si só, não conseguirá alterar a realidade social que fatos geradores das demandas, em consequência, receberão da sociedade um julgamento por haver falhado naquilo aqui se dispôs fazer.

Diante da grandeza do Estado, de sua complexidade cada vez mais o poder Executivo é obrigado a descentralizar a cadeia de serviços, de obrigações, criando autarquias, órgãos dentre outras medidas para tentar redistribuir a sua competência originária e fazer com que a máquina estatal funcione. Por mais investimento que receba o Poder Judiciário, este não terá condições de assumir, além de suas competências, as funções administrativas e legislativas que parte da doutrina explicita ou implicitamente, quer lhe atribuir. Antonio Ribeiro adverte:

a canalização irrefletida de todas as frustrações para a justiça pode implicar uma pretensão de maior controle do judicial conduzindo à politização da justiça e, com ela, muito provavelmente, a um retrocesso na autonomia dos tribunais e na independência dos

juízes, ambas essenciais à confiança dos cidadãos e à cabal defesa dos seus direitos. (RIBEIRO apud CAÚLA, 2010, p. 161)

A concessão judicial de tratamentos de alto custo, em uma tentativa, ainda que disfarçada, de caridade, terminar por ser perversa, porque toma o viés contrário ao corolário dos direitos sociais reduzindo os recursos que poderiam contribuir para combater a desigualdade e beneficiar os que nem mesmo sabem que têm direitos.

O tratamento individualizado é incapaz de compreender e se ajustar a uma realidade que necessita de ações estatais que busquem a satisfação social. Entretanto, as implicações coletivas desses direitos sociais requerem, por sua vez, que se reconheçam os problemas na operacionalização e concretização dos mesmos. O que não significa a concessão indistinta de medidas judiciais, pois conforme já mencionado anteriormente, a não concessão é uma forma de garantir a eficácia do direito social.

Desta forma, em uma realidade déficit público, um mínimo de racionalidade no modo como os recursos serão alocados é condição necessária à eficiência dos programas sociais. Nesse sentido, ao ser atribuído ao Poder Judiciário a função de controle de políticas sociais, é extremamente necessária a utilização de critérios econômicos em sua decisão, além da necessária autocontenção.

É necessária e salutar a lição de José Carlos Vieira de Andrade que diz ser indispensável:

Considerar os limites materiais e jurídicos da actividade estadual, incluindo, além das possibilidades financeira, a garantia da liberdade geral e a ponderação dos direitos de outras pessoas, bem como a divisão de poderes que assegure uma certa liberdade constitutiva – sob pena de, afinal, estarmos a metamorfosear o Estado-protetor num Estado totalitário ou a transformar os tribunais, em especial o Tribunal constitucional, num “Guardião da Constituição Federal”, no mau sentido de proporcionar a consolidação de um desequilibrado “Estado Judicial”. (ANDRADE apud BOTELHO, 2011, P.166)

Como bem ressaltou o autor supracitado e insistentemente fora dito no presente trabalho, não há que se falar em impossibilidade de recorrer ao Judiciário para garantir o acesso ao direito à saúde, mas é no Judiciário que deve haver uma mudança no pensamento que vem sendo formado pela Jurisprudência dominante conforme aqui demonstrado.

Mas para que se possa continuar recorrendo ao Judiciário é preciso, que os juízes passem a realizar uma análise da “macrojustiça”, levando em consideração os direitos envolvidos, o impacto orçamentário de suas decisões, universalização do atendimento, o princípio da igualdade e teriam de apontar alguma inconsistência nos parâmetros políticos e técnicos adotados, o julgamento de demandas individuais termina por causar e agravar ainda mais desigualdades sociais.

Apontam-se como critérios racionalizadores da judicialização, que devem pautar os juízos de ponderação sobre as dimensões do direito à saúde e ao mínimo existencial: a valorização das demandas coletivas e não só atendimento individual; a necessidade de considerá-los direitos relativos, pois são direitos subjetivos *prima facie*; a universalização do acesso à saúde – que visa alcançar o maior número de pessoas; a integralidade da assistência – já que a princípio nenhuma medida pode ser excluída; a demonstração da incapacidade financeira do requerente da medida judicial e, no caso do Estado, comprovação da escassez de recursos;

Igualmente, é necessário que se observe as políticas instituídas pelos poderes públicos e as soluções técnicas por eles apresentadas, a comprovação de que os bens ou serviços pleiteados são cientificamente eficazes e registrados nos órgãos públicos – como o caso dos medicamentos, não se afastando a possibilidade de, por razões especiais, se conceder medida excepcional; o desenvolvimento de mecanismos eficientes de gestão para o Judiciário acompanhar aspectos de macrojustiça, bem como para que a Administração Pública aplique melhor os recursos; enfim, e talvez o mais importante, aponta-se para a necessidade de compatibilização do mínimo existencial com o custo dos direitos.

Diante do estudo apresentado as soluções não se tornam fáceis, mas em consonância com a melhor alternativa encontrada temos o posicionamento de Virgílio Afonso da Silva que diz:

Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for. (SILVA, 2008, p. 598)

A falta de informação, a dificuldade no acesso á justiça, a falta de atendimento qualificado nos próprios serviços de saúde pública terminam por deixar as classes menos favorecidas a margem de todo esse processo, caindo por terra assim a base de sustentação, o argumento de que dessa forma o Judiciário estaria sendo protagonista em uma revolução social. Tendo ele apenas o papel coadjuvante, com essas decisões indiscriminadamente concessivas, de agravador das desigualdades sociais.

5. CONCLUSÃO

A dialética entre a efetividade do direito fundamental social a saúde por intermédio do Poder Judiciário, indubitavelmente fora o eixo norteador deste trabalho, a eficácia, efetividade, controle judicial das políticas públicas e elas próprias, as políticas públicas, formaram o conjunto de discussões e análises que fora desenvolvido a fim de tentar ainda que de forma mínima resolver a problemática estabelecida quando da propositura deste.

A judicialização excessiva conforme visto durante este estudo vem aprofundando as desigualdades, travestida de salvação por analisar o caso concreto e conceder de forma indistinta uma efetivação individual do direito sob análise, ela conforme restou demonstrado vem minando o orçamento e a possibilidade de implementação das políticas públicas. Apesar, de haver uma suposta ponderação pelos magistrados esta não passaria por uma análise mais rigorosa, a análise do impacto da decisão judicial no orçamento e na posterior efetivação da política pública planejada.

O tratamento individualizado é incapaz de compreender e se ajustar a uma realidade que necessita de ações estatais que busquem a satisfação do social. Entretanto, as implicações coletivas desses direitos sociais requerem, por sua vez, que se reconheçam os problemas na operacionalização e concretização dos mesmos.

Assim, num panorama de recursos públicos escassos e necessidades individuais cada vez maiores, um mínimo de racionalidade no modo como os recursos serão realocados, com uma decisão judicial, é condição necessária a eficiência dos programas sociais, que recebem diretamente o impacto das inúmeras decisões concessivas. Nesse sentido ao ser atribuído ao Poder Judiciário a função de controle de políticas sociais, torna-se necessária a utilização de critérios econômicos em sua fundamentação para decidir, além da necessária autocontenção.

Constatou-se também que a tutela jurisdicional referente às políticas públicas de saúde não respeita sua natureza coletiva, tratando o conflito de maneira fragmentada, ainda nos moldes liberais clássicos. Em outros termos a uma

contradição entre interesses individualmente postulados, a política pública e o papel desempenhado pelo Judiciário.

No contexto de um Estado que se quer afirmar social, o princípio da dignidade da pessoa humana exige a preservação permanente e incondicionada do “mínimo existencial”, compreendido como o núcleo básico e intangível de direitos de cada pessoa. Não se pretendeu aqui dizer que o Executivo não estava sendo incompetente na efetivação do direito a saúde, mas sim que a intervenção cada vez maior do Poder Judiciário, sem a devida ponderação, ao invés de propiciar uma qualidade superior de efetividade deste direito tem na realidade se perdido em sua tarefa.

A postura mais ativa que vem sendo tomada pelo Judiciário implica na formação de zonas de tensões com as demais funções do poder. Não se defendeu, contudo, uma supremacia de qualquer das funções, mas sim a supremacia da Constituição Federal, entendendo que o Judiciário poderá ser essencial a efetivação das políticas, onde o dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador não estiver sendo suficiente, mas o que se observa é que o juiz tomou o centro da questão como intérprete constitucional, mesmo que qualificado, permitindo uma suposta efetivação constitucional. Tal postura se torna perigosa ao nosso tempo de globalização e falta de autocontenção.

Na crescente judicialização do direito à saúde, uma solução intermédia, que preserve ao mesmo tempo o equilíbrio entre os poderes e os direitos dos indivíduos, não é fácil de obter. Mas é necessário que os juízes entendam cada vez mais o seu papel e de suas decisões, quais os impactos gerados, ousando discordar assim do Ministro Celso de Mello em um trecho do voto, colacionado neste trabalho, onde ele afirma não ser papel do juiz preocupar-se com previsão orçamentária e sim do administrador.

Por fim, ressalta-se que o direito social à saúde, tal como previsto no texto constitucional – não pode ser considerado um direito subjetivo individual. Ao contrário, deve ser interpretado como um direito da coletividade ao acesso às prestações básicas nesta área.

O controle judicial das políticas públicas de saúde não pode se tornar sinônimo de demandas individuais, que pretendem acesso a tratamento não incluído nas políticas de saúde definidas pelo Estado. Tal controle, deve sempre visar a

efetivação das políticas públicas para a coletividade, que não pode ser confundida com a massificação que apenas aglutina indivíduos no pólo das ações.

Não se deve deixar de vislumbrar que o judiciário, é apenas um dos poderes, portanto é necessário pensar em uma criação de critérios para estas intervenções tanto no que concerne a justificação ou a fundamentação, conforme o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Quanto a esses critérios apontam-se alguns que devem influenciar as decisões judiciais sobre o direito a saúde, ponderando e racionalizando sobre estes será possível uma intervenção mais qualificada do judiciário.

O judiciário deve atuar de forma conjunta principalmente com os órgãos executivos, para que juntos efetivem o direito à saúde, na forma como prevêem as políticas instituídas por eles próprios, com a participação do judiciário na discussão e constituição das políticas públicas, muitos dos casos sequer precisariam chegar a ele, restando para implementar o direito à saúde e garantir o mínimo existencial somente nos casos mais complexos e, aí, adotando-se a racionalidade já exposta.

Portanto, para solucionar parte do problema em sua origem, há que se valorizar os instrumentos de democracia participativa, pois assim as escolhas políticas passam pelo crivo popular, adequando-se mais à realidade social, encontrando-se à disposição dos indivíduos aquelas prestações de saúde que são por eles identificadas, em momento anterior, como mais essenciais, e caso seja necessária a adoção de medidas judiciais que se incentive em âmbito coletivo e que o sistema orçamentário e os mecanismos de gestão sejam mais eficientes.

É desta forma que se encerram as considerações, esperando de alguma forma ter contribuído para o entendimento e posterior solução do problema da eficácia do direito fundamental social à saúde, e, na busca de estabelecer os limites para a intervenção judicial no controle das políticas públicas para a efetivação deste direito, que é essencial e intimamente ligado ao direito à vida e a princípio norteador do Estado Democrático de Direito qual se já a dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2º Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

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.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político – social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. No prelo. [p.]

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Rio de Janeiro 2009. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0132009.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2012

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 maio de 2012

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição Federal/Constituição Federal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição%20Federal/Constituição%20Federal.htm). Acesso em 03 de dezembro. 2012.

_____. **LEI Nº. 8.080/90**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em 10 de out. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n° 45/DF. Rel. Min Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. DJ: 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 273.834/RS. Rel. Min Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. DJ: 24/11/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+273834%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+273834%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajjqa4c>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. SS n.º 3.073/RN. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: 09/12/2006. DJ: 14/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2013.

BUCCI DALLARI, Maria Paula. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "**Direito Constitucional e Teoria da Constituição Federal**". 7º Ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CAÚLA, Cesar. **Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA, P. H. **Exclusão Sociojurídica e Direitos Humanos: um caso do acesso à justiça em Sousa, Paraíba**. João Pessoa, 2007. Disponível em http://www.josuelima.net/ppgcj/?p=biblioteca_ver&id=8. Acesso em 24 de maio. 2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social: Custeio da seguridade social, benefícios, acidente de trabalho, assistência social, saúde**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. No prelo. [p. 11-53]

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a "Existem direitos sociais" de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. No prelo. [p. 137–175]

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. 2012.< Disponível em

<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2013

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf >. Acesso em: 03 de dezembro de 2012

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. No prelo. [p. 587–599]

SCWABE, Jürgen (organizador da coletânea original); MARTINS, Leonardo (tradutor; organizador da versão em português, ampliada). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Fundação Konrad Adenauer. Montevideo, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. No prelo. [p. 69 – 86]