

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

RAFAELA PATRICIA INOCENCIO DA SILVA

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

SOUSA-PB

2013

RAFAELA PATRICIA INOCENCIO DA SILVA

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Jailton Macena de Araújo

SOUSA-PB

2013

RAFAELA PATRICIA INOCENCIO DA SILVA

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Jailton Macena de Araújo

Data de aprovação: ____/____/____

Prof. Ms. Jailton Macena de Araújo
Orientador

Prof. Ms. Eduardo Pordeus Silva
Examinador

Prof(a). Esp. Carla Rocha Pordeus
Examinadora

A minha FAMÍLIA, pela confiança
que em mim depositaram.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a ti meu Deus, por ter me dado a vida, a saúde, a determinação de não desistir e de sempre acreditar nos meus sonhos, por me dar sabedoria para lidar com as adversidades, por ter me iluminado a cada passo, me protegendo de todos os perigos. Obrigada Senhor, por derramar uma chuva de bênçãos na minha vida e nos meus estudos, agradeço ainda por ter enviado o Espírito Santo nos momentos em que mais precisei de ti.

Neste momento também não poderia esquecer de Nossa Senhora, que, tantas vezes, ouviu meus pedidos e intercedeu por mim junto ao seu filho, Jesus. É minha mãezinha, só nós duas sabemos quantas vezes clamei aflita por ti, especialmente durante a graduação, sempre alcançando várias graças.

A Mainha e Painho (Rita e Pedro), meus exemplos de perseverança e coragem, agradeço por todo o amor, confiança, mas principalmente por fazerem dos meus sonhos os nossos sonhos, não medindo esforço para concretizá-los.

Aos meus irmãos, Heldêr que com o seu “humor” me arranca muitas gargalhadas. Obrigada por sempre estar comigo, às vezes em conflito, mas sempre ao meu lado, agradeço ainda por seres um irmão maravilhoso e que me respeita acima de tudo, e João Lucas por trazer novamente a alegria as nossas vidas.

Aos meus avôs maternos: Dona Zefinha (Mãe) e Antonio Mané (Pai) e paternos: Vovó Neuza e Vovô Duca (*in memorium*) por acreditarem em mim e me darem forças para continuar neste caminho que por muitas vezes, não foi fácil.

Aos meus tios e tias, especialmente ao quarteto-Tia Neném, Tia Dete (*in memorium*), Teteca e Bebê, pela contribuição que cada uma deu, ao seu modo, para minha formação, não só quanto ao ensino, mas também na minha vida pessoal.

Aos meus primos e primas, principalmente Matheus, Netinho, Julinho, Grazi e Felipinho, que apesar das brigas merecem todo o meu carinho. Obrigada por, a cada retorno, me receberem com abraços e sorrisos, e por me dizerem: “Rafa, quando eu crescer eu quero ser igual a você!”. Vocês não tem dimensão desta frase para mim. Não que eu não tenha falhas, mais sim, por de alguma ser exemplo.

As demais pessoas da minha família, meus mais sinceros apreços.

A Joenilton, meu namorado, amigo, companheiro, por ter me aguentado nos dias de mais irritação, por ouvir meus problemas, por me aconselhar, pelo cuidado, pela atenção e acima de tudo pelo Amor. Obrigada por fazer parte da minha vida,

por não me deixar sozinha nos momentos difíceis, por ter compartilhado comigo os bons e maus momentos, por fazer meus dias serem mais alegres, e por ter me ajudado a acreditar na minha capacidade, quanto eu mesma já não acreditava.

A Jailton Macena, não só no papel de orientador, mas, sobretudo, pela amizade, pois entendo que este sentimento forma-se a partir de junção de outros elementos como: o companheirismo, o carinho, a felicidade ao rever, o cuidado, a paciência, as conversas, e também as reclamações quando se vê que o outro está fazendo algo errado, ou seja, basicamente tudo o que compartilhamos em quase 5 anos. Desta maneira, quando percebi a amizade já estava construída. Hoje, só posso agradecer, profundamente, por tê-lo conhecido, não só pela formação educacional que me proporcionou, mas também pelo exemplo e influência marcantes na minha vida. Obrigada por ter me ajudado a concretizar este e outros tantos trabalhos ao longo do curso e ter se mostrado prestativo e apto a colaborar com muitos que ainda hão de vir.

A Amariles, que não êxito em dizer não é uma amiga, é a irmã que não tive. Obrigada por ter me dado forças para continuar, por todas as palavras de incentivo, por compartilhar os seus segredos e problemas, por ouvir os meus e guardá-los, pela fidelidade, pelos momentos de descontração, por me fazer rir muito e principalmente por me manter informada sobre os mais variados assuntos sociais.

A Livia e Moanna, minhas companheiras de curso, de trabalhos, de provas, de frequência e tantas outras coisas. Obrigada por demonstrarem serem verdadeiras amigas, por me estenderem a mão quando eu mais precisei, por sempre torcerem pelo meu sucesso e por trazerem para os dias tristes uma enxurrada de sorrisos.

Aos amigos que fiz durante a graduação e que não poderia deixar de aqui destacar; Gisele Machado, Cícero Otávio, Diogeano Marcelo, Teresa do Prodi, Remédios Calado, Bernadete Pinheiro, Rhayssa Valadares, aos demais colegas de curso e tantas outras pessoas incríveis que tive o privilégio de conhecer e conviver durante o tempo que morei em Sousa.

A todos os professores e funcionários do CCJS, pelos ensinamentos, apoio, estímulos e demais contribuições durante toda minha graduação.

Aos colaboradores e funcionários tão especiais que conheci ao fazer parte da Renovação Carismática Católica, da Agência do SEBRAE e do Fórum de Sousa.

Enfim, agradeço a todos vocês por terem me ajudado a construir uma das etapas mais importantes da minha vida!

“Na ausência de um controle judicial,
o poder político se expõe mais
facilmente aos riscos de perversão.”

Mauro Capelletti

RESUMO

O direito à saúde deve ser efetivado de forma a garantir à sociedade o verdadeiro Estado Social Democrático de Direito, através da execução fiel dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal. Esta pesquisa tem como foco a análise quanto ao controle judicial de políticas públicas referentes ao direito à saúde, tema de grande importância no atual ordenamento jurídico, mediante o estudo de casos que vem gerando grandes discussões. O objetivo é fomentar uma discussão qualificada a respeito da promoção das políticas públicas de saúde, sobre a Separação dos Poderes e a atuação do judiciário na intervenção frente aos outros poderes estatais. Para isso, faz-se uso da pesquisa bibliográfica, mediante o exame de leis e decisões dos tribunais relacionadas ao tema. No trabalho, ainda, emprega-se o método de abordagem dedutivo, tratando deste assunto de maneira mais geral e, posteriormente, o particularizando. Nesse sentido, a pesquisa é sistematizada em três capítulos. De início, se faz um estudo a respeito do surgimento das políticas públicas, sobre o seu conceito, seu processo de constitucionalização e a sua relação com o Direito. Posteriormente, mostra-se necessária uma abordagem a respeito do direito à saúde, por ser a questão central do debate. Assim, chega-se ao seu significado, regime constitucional e efetivação feita por meio do SUS. O terceiro capítulo versa sobre o controle judicial das políticas de saúde, tendo em vista a legitimidade do Poder Judiciário, relendo a teoria da separação dos poderes e a reserva do possível com meios de se evitar este controle. Por último, apresenta-se a garantia ao mínimo existencial e as soluções propostas pelo CNJ para dá efeitos concretos em relação às demandas que almejam a efetivação do direito à saúde. Como resultado observa-se a possibilidade do controle judiciário realizado para a implementação das políticas de saúde, visando garantir o mínimo existencial.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Direito fundamental à saúde. Mínimo existencial. Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT

The right to health should be effected to ensure the society the true Social Democratic rule of law, through the faithful implementation of the principles established in the Constitution. This research focuses on the analysis regarding judicial review of *policies* regarding the right to health, a topic of great importance in the current legal system, through the case study that has generated much discussion. The goal is to foster a qualified discussion about the promotion of public health *policies*, on the Separation of Powers and the role of the judiciary in the intervention compared to the other state powers. For this, use is made of the literature by examining the laws and court decisions related to the topic. At work also employs the method of deductive approach, treating this matter more generally, and subsequently the particularizing. In this sense, research is systematized in three chapters. Initially, it is a study about the emergence of public *policies* on the concept, the process of constitutionalization and its relation to the law. Subsequently, shows up approach is needed regarding the right to health, to be the central issue. Thus, we arrive at the meaning, constitutional regime and made effective by the SUS. The third chapter deals with the judicial review of health *policies* in view of the legitimacy of the judiciary, rereading the theory of separation of powers and reserve with possible ways to avoid this control. Finally, we present the warranty to the minimum existential and solutions proposed by CNJ to give concrete effects in relation to the demands that aim at ensuring the right to health. As a result we observe the possibility of judicial control performed for the implementation of health *policies* in order to ensure the existential minimum.

Keywords: Judiciary. Fundamental right to health. Existential minimum. National Council of Justice.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	11
2 - ASPECTOS RELEVANTES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PROJETO CONSTITUCIONAL E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	14
2.1 - POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTICA E CONCEITO	15
2.2 - PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ...	22
2.3 - ATUAÇÃO DO ESTADO SOCIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO.....	24
3 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	28
3.1 - GÊNESE E SIGNIFICADO DO DIREITO À SAÚDE	29
3.2 - O REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	33
3.3 - A SAÚDE COMO UM DIREITO E COMO UM DEVER FUNDAMENTAL	38
3.4 - O SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE	44
4 - O CONTROLE JUDICIAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	48
4.1 - O CONTROLE JUDICIAL E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	49
4.2 - A RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE JUDICIAL	55
4.3 - A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE GARANTIA AO MÍNIMO EXISTENCIAL NA SAÚDE PÚBLICA.....	61
4.4 - O PAPEL DO CNJ NA BUSCA DE MELHORIAS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA.....	66
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	72
ANEXO A- ADPF n °45/DF	78
ANEXO B – Recomendação nº 31/2010 do CNJ	86

1 - INTRODUÇÃO

Dentre os temas do Direito que mais estão em voga, destaca-se o Controle Judicial em face das políticas públicas de saúde. Desta forma, discute-se até que ponto o Poder Judiciário pode determinar que o Poder Executivo dê cumprimento as determinações que viabilizem os direitos sociais esculpidos na Constituição, especialmente, as políticas que tratam da efetivação do direito à saúde.

Neste sentido, vale ressaltar que a atual Constituição dá lugar de destaque ao direito à saúde, dispondo sobre este no Título VIII- Da Ordem Social, no Capítulo II- Da Ordem Social, na Seção II- que agrega os artigos 196 ao 200, dentre outros dispositivos constitucionais, que também tratam desta matéria.

No entanto, apesar da saúde, hodiernamente, contar com uma proteção constitucional, na sua trajetória de proteção e efetivação nem sempre foi assim, pois houve épocas em que nem se cogitava à proteção à saúde, muito menos o seu entendimento como um direito fundamental.

No Brasil, as primeiras medidas de proteção à saúde só puderam ser notadas com a vinda da família real para o país, mesmo assim, estas medidas ainda eram precárias, pois não atendia a toda a coletividade e se limitavam a cidade do Rio de Janeiro.

A primeira mudança mais efetiva com relação à garantia à saúde ocorreu com a criação do Ministério da Educação e da Saúde, que representou um avanço na política sanitária, isso porque, com a sua criação alguns serviços básicos de saúde começaram a ser prestados pelo Estado. Todavia, estes serviços não tinham caráter universal e só atendiam aos trabalhadores que de alguma forma contribuía para a manutenção dos institutos de previdência.

Uma maior repercussão da preocupação com a saúde aconteceu com o Movimento da Reforma Sanitária que propunha mudanças de peso para a prestação da saúde no país. Dentre os seus ideais estava à universalização do serviço sanitário brasileiro. O movimento teve como seu ápice a VIII Conferência Nacional de Saúde, que foi capaz de influenciar a Assembleia Constituinte de 88 a prevê a saúde como um direito fundamental.

Outro marco fundamental da saúde pública no Brasil ocorreu o processo de regulamentação SUS realizado por meio da Lei 8.080/90, que definiu as funções e

os objetivos específicos do SUS, bem como pela Lei 8.142/90, que atribuiu ao Sistema Único à característica da gestão democrática da saúde.

Embora grandes passos tenham sido dados quanto à proteção à saúde pública, pode-se notar que ela ainda merece ser discutida, pois da forma como atualmente tem sido prestada pelo SUS, certas demandas deixam de ser realizadas e algumas, apesar de realizadas, não são realizadas de maneira eficaz. Assim, diante da ineficácia do Poder Público na prestação das políticas públicas de saúde, cabe ao Poder Judiciário apreciar estes casos, para que a saúde seja prestada da maneira adequada.

Embora grandes passos tenham sido dados quanto à proteção à saúde pública, pode-se notar que ela ainda merece ser muito discutida, pois da forma como atualmente ela tem sido prestada pelo SUS, algumas demandas deixam de ser realizadas e algumas, apesar de realizadas, não são feitas de maneira eficaz. Assim, diante da ineficácia do Poder Público na prestação das políticas públicas de saúde, cabe ao Poder Judiciário apreciar estes casos, para que a saúde seja prestada da maneira adequada.

Portanto, diante do novo panorama formado quanto à saúde pública, o que se objetiva neste estudo é esclarecer: se poderá ou não haver a intervenção judicial determinando a prestação de direitos à saúde e em caso positivo quais serão as hipóteses em que ela poderá acontecer e como esta intervenção deverá ser feita, de forma a satisfazer os interesses da sociedade.

Para isso, entende-se necessário fazer um paralelo entre o Direito e as Políticas Públicas, no intuito de alcançar resultados satisfatórios, os quais o leitor poderá constatar durante a leitura do trabalho.

Para o presente trabalho será adotado o método de abordagem dedutivo mediante uma acepção geral a respeito dos debates sobre a intervenção judicial na prestação de saúde, que parte da formulação geral (legitimidade do controle) para depois adequar o referido assunto a uma formulação particular (como e quando o controle pode acontecer).

O método de procedimento escolhido será o monográfico, pois este auxiliará na investigação e análise do tema, observando-o em aspectos mais específicos, à medida que o mesmo será estudado a partir da análise de casos concretos demonstrados a partir de algumas decisões judiciais.

Para se conseguir uma maior fundamentação teórica a respeito da discussão em comento, será empregada a técnica de pesquisa bibliográfica, pois com esta será efetuada a sistematização e reunião de informações extraídas da doutrina nacional através do conteúdo do direito constitucional, administrativo e financeiro, além de estudos referentes ao controle judicial e a prestação da saúde pública, retirados de teses, dissertações, artigos da internet e de decisões judiciais.

Com o intuito de melhor atender aos objetivos estabelecidos, o presente trabalho está estruturado em três partes. Inicialmente será feita uma abordagem sobre as Políticas Públicas. De início, será elaborada uma análise histórico-evolutiva deste assunto, apontando-se os autores que contribuíram para o nascimento do termo. Logo após, serão feitos alguns comentários sobre o surgimento das políticas no território brasileiro, destacando-se a sua inclusão na Constituição Federal de 1988.

Depois será apresentada a saúde pública propriamente dita, demonstrando-se como ocorreu à evolução da proteção da saúde no território nacional. Em seguida, serão citados alguns conceitos de doutrinadores brasileiros sobre o direito sanitário. Nesse sentido, também será estudado o regime jurídico constitucional dado à saúde pública.

E, por último, será evidenciado o controle que o Poder Judiciário vem realizando para viabilizar o direito à saúde. Desta monta, serão comentados os aspectos da legitimidade deste poder quanto ao controle pretendido, de tal modo explanar-se-á sobre o princípio da separação dos poderes e sobre a teoria da reserva do possível. Ainda será apresentada a ideia do mínimo existencial e ao final se desenvolverá a questão da judicialização da saúde propriamente dita, assim, se ressaltará o papel do CNJ na busca de soluções que atendam, da melhor maneira, aqueles que precisam de resposta do Judiciário.

Assim, diante da problemática que se instalou no Judiciário brasileiro, quando as demandas de saúde, buscará este trabalho apresentar de maneira simples algumas soluções para afastar os entraves que surgem para vedar o controle judicial na implementação das políticas públicas de saúde.

2- ASPECTOS RELEVANTES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PROJETO CONSTITUCIONAL E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Este primeiro capítulo tratará, de maneira geral, sobre as políticas públicas. Assim, inicialmente, há uma análise histórico-evolutiva do tema. Desta forma, indicaram-se os autores que mais contribuíram para a formação das políticas públicas (*policies*). A seguir, tratou-se do surgimento deste assunto no âmbito nacional, bem como as inovações que as políticas ocasionaram no país. Posteriormente, destacou-se a inclusão das políticas na Constituição Federal de 1988.

A segunda parte do primeiro tópico foi destinada para tratar dos conceitos das políticas públicas. Nesse sentido, foi destacado que este é um tema novo para as Ciências Jurídicas, sendo que para se encontrar um conceito jurídico do assunto foi necessário se socorrer de outras áreas. Após estas considerações, apresentou-se o surgimento do conceito de políticas públicas, o qual remonta ao século XX, quando o Estado passou a realizar ações para garantir o bem-estar dos cidadãos. Ainda se comentou que o termo ganhou mais respaldo a partir da efetivação dos direitos de segunda e de terceira gerações. Logo em seguida, foram expostos alguns conceitos doutrinários das políticas públicas.

No segundo tópico, tratou-se do processo de constitucionalização das políticas. Desta maneira, buscou-se demonstrar como o fenômeno da neo (constitucionalização) foi capaz de influenciar as políticas públicas. Esta influencia ocorreu, pois o neo (constitucionalismo) visa, dentre outras coisas, a efetivação de todos os direitos fundamentais, sendo que, alguns destes direitos para serem efetivados necessitam da implementação de políticas públicas, daí surge a relação entre o novo constitucionalismo e as políticas.

Na última seção, analisou-se a atuação do Estado Social nas políticas públicas, bem como a relação destas com o Direito. Desta maneira, destacou-se a forte influência que as políticas receberam da Carta Magna. Ainda abordou-se que durante algum tempo as *policies* não eram discutidas pelo Direito, pois acreditava-se que esta era uma atividade política, a qual não deveria ter interferência do Poder Judiciário.

Posteriormente percebeu-se a ligação que existia entre o Direito e as políticas, de modo que estas foram enquadradas na área de Direito Público, sendo estudadas principalmente na disciplina de direito Administrativo. Ao final, demonstrou-se as políticas públicas e os direitos fundamentais se relacionam e argumentou-se que na elaboração das políticas públicas deve haver a observância ao princípio da legalidade.

2.1 - POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVAS HISTÓRICO-EVOLUTIVA E CONCEITUAL

Para compreender o estudo das políticas públicas é significativa uma investigação sobre o surgimento destas e sobre a forma como são desenvolvidas pelo ente estatal.

A primeira menção a que se conhece das Políticas Públicas coube a Ronald Dworkin citado por Barros (2008, p. 58), atacou o modelo positivista que imperava a sua época. A sua opção de entrar em choque com o modelo positivista ocorreu porque neste o que prevalecia era a 'regra', por meio deste modelo analisava-se se a regra poderia ou não ser empregada. Dworkin, ao contrário, defendia a ideia de que haveria uma diferenciação entre as leis (regras), os princípios e as diretrizes. Desta maneira, seu maior ponto de divergência com o modelo predominante era o fato de este excluir da sua apreciação o exame dos princípios e das diretrizes.

Outro grande nome que contribuiu para o entendimento das Políticas Públicas foi o consagrado constitucionalista português Joaquim Gomes Canotilho. Ele elaborou seus estudos dando prosseguimento no pensamento inicial de Dworkin. Assim ele traçou as diferenças entre os princípios e fins e as tarefas constitucionais, esclarecendo que havia uma dificuldade de se separar os princípios das normas-fim (1994, p. 282). Eis a forma como o referido autor apresenta as diferenças entre os princípios e os fins:

Poder-se-ia considerar que os princípios, não sendo regras (*rules*), constituem medidas ou parâmetros utilizáveis como argumentos na defesa dos direitos individuais, enquanto os fins seriam sempre fins colectivos não directamente intervenientes na definição dos direitos do indivíduo. É

evidente, porém, que a realização de fins coletivos é condição ineliminável da própria garantia do radical subjectivo dos direitos individuais.

As noções iniciais trazidas por estes renomados estudiosos foram de relevante ajuda para a temática em discussão. Foi em decorrências destas contribuições que as *policies* passaram a ser vistas como metas e atividades a ser desenvolvidas pelo Estado através de algumas intervenções em busca de fins coletivos. Neste diapasão, Luiza Frischeisen (2000, p. 58) estabelece que as políticas são ações do Poder Público direcionadas para a ordem social.

Ademais, constata-se que as ações realizadas pelo Poder Público mediante as *policies* tem fundamento constitucional, neste sentido, se manifesta J.J. Canotilho (2004, p.130):

Não há dúvida que a consagração concreta de políticas implica um *mandato constitucional de otimização* dos direitos através de uma política predeterminada com a conseqüente restrição da liberdade de conformação do legislador e entrada do controle das políticas no circuito da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade).

Após serem estabelecidas estas noções mais gerais, há ênfase aos aspectos ligados ao surgimento das políticas no território brasileiro. Logo, remete-se ao primeiro período da história do Brasil, à época da Colônia. Neste período não existia qualquer preocupação social por parte do Reino de Portugal, pois o seu maior interesse neste país estava ligado à exploração das riquezas naturais que aqui existiam.

O primeiro olhar social, com o conseqüente uso de políticas dirigidas às questões de bem-estar social, só veio a ser sentidos no período republicano, mais precisamente a partir da Era Vargas. Sendo que, de acordo com Meksenas (2002 p.110) estas se desenvolveram nas áreas de previdência social, questões atinentes à legislação trabalhista, saúde, educação, saneamento básico e transporte.

Depois de um salto temporal (que não significa necessariamente a inexistência dessas políticas, mas apenas um recorte necessário ao trabalho haja vista os seus objetivos), chega-se a Carta Cidadã e a forma como as políticas foram abordadas no seu texto. O texto constitucional de 88 optou por abordar muitas Políticas Públicas a serem adotadas pelo Estado, prevendo-se em algumas situações até a quantidade de recursos que lhe serão destinados. Tais previsões constitucionais foram fortemente influenciadas pelo período de pós-ditadura militar.

Desta monta, e sob a influência de medidas anteriores, o constituinte originário trouxe a previsão do seguro-desemprego, da previdência social e assistência social, da reforma agrária, das políticas urbanas, ambiental e indígena, a saúde, a educação, a proteção à criança e ao adolescente, dentre outras.

Ainda a respeito da CF/88, não é novidade afirmar que a mesma foi redigida abarcando muitas matérias que poderiam ter ficado a cargo de legislações ordinárias. Nesse sentido, causa algum desconforto pensar que muitas matérias, além das já imagináveis, foram prejudicadas em virtude da prolixidade do texto constitucional. Uma das áreas que foi sobremaneira prejudicado devido à extensão da Carta de 1988 foi o das Políticas Públicas. Nesse sentido Lascala e Freitas (2010, p. 7534-7535) destacam:

Por isso, nossa Constituição Federal é um programa de governo, ou melhor, é um programa de Estado. Em razão da extensa lista de direitos fundamentais assegurados e da previsão das diretrizes de Políticas Públicas que devem ser adotadas pelos governantes para concretizar esses direitos, muitas vezes, o cidadão inassistido busca seu direito via Poder Judiciário.

Ainda sobre a visão constitucional, pode-se afirmar que os preceitos destas políticas não ocorreram somente no momento de elaboração da nova Constituição, conforme elucida Vanice Regina (2009, p. 54):

[...] o processo de inclusão no texto constitucional de preceitos que expressam políticas públicas – *policy* – não se pode dizer [que] tenha se localizado tão-somente no momento constitucional. A análise do conjunto de emendas constitucionais apresentadas ao longo do Governo Fernando Henrique Cardoso revela que boa parte delas destinou-se à incorporação adicional de novos dispositivos de *policy*.

Este cenário mostra que se a Carta Magna foi restrita no tocante a criação e desenvolvimento de políticas, por outro lado as emendas realizadas abriram espaço para novas maneiras de atuação. Como consequência desta abertura para a atuação, outros governos poderão desenvolver suas pretensões quanto as Políticas Públicas, através de sua inclusão constitucional.

Quanto ao conceito, um breve olhar sobre o tema das Políticas Públicas (*public policy*) revela que este fenômeno é particularmente novo, sobretudo para a ciência jurídica que hodiernamente se vê obrigada a esmiuçar o seu conteúdo, devido aos novos “casos” que surgem. Em sendo assim, para delimitar o campo de

atuação desta é necessário socorrer-se dos conceitos estabelecidos por outras áreas de estudo, a exemplo da sociologia, ciências políticas, administração, dentre outras.

Todavia, mesmo utilizando-se de outras áreas de conhecimento, ainda há uma grande dificuldade para se traçar um conceito próprio, capaz de defini-las com total plenitude. Em decorrência desta dificuldade os estudos das ciências jurídicas e principalmente das ciências políticas procuram uma definição mais adequada deste instituto.

Antes de apresentar noções conceituais propriamente ditas, é indispensável saber de onde se originou o termo Políticas Públicas. Concebe-se, portanto, que o surgimento desta expressão ocorreu durante o século XX, pois com o crescimento dos impulsos democráticos o Estado começou a desempenhar a função de promotor do bem-estar social, é neste contexto que se aperfeiçoa a ideia de Estado Social. Este novo modelo de função pública exigia uma atenção estatal dirigida para os problemas corriqueiros da sociedade. Este foi o cenário favorável ao nascimento das Políticas Públicas, como instrumentos direcionados a solucionar as adversidades existentes à época.

Conforme esclarece Fábio Konder Comparato (1997, p. 352), durante o período que antecedeu a Revolução Industrial conceituar políticas públicas era desnecessário, por este motivo havia um grande silêncio quanto ao tema. Ainda de acordo com o autor, com o advento da Revolução Industrial, o Estado começou a desempenhar funções que antes desconhecia e que exigiam dele a elaboração de um conjunto de atividades em prol do bem-estar dos súditos. Foi neste momento que o significado das políticas passou a ser necessário, surgindo então os primeiros conceitos jurídicos deste termo.

Adentrando ao ramo do Direito, percebe-se que a definição destas políticas (*policies*) ganha mais respaldo com a efetivação dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. Isso acontece porque estes direitos só podem ser exercidos diante de uma efetiva prestação estatal, diferentemente dos direitos de primeira geração, visto que estes só necessitam de abstenções do ente estatal para serem exercidos.

No panorama nacional, observa-se que o *boom* das *policies* ocorre após o ano de 1980, período marcado pela transição democrática. Nesse sentido, as políticas podem ser vistas com mais destaque após a promulgação da CF/88, uma

vez que, foi a partir da nova Carta Magna que os direitos fundamentais tiveram mais respaldo. Sendo que, uma das principais faces das políticas está justamente no fato de corroborar para a devida prestação destes direitos.

No entanto, é de se esclarecer que os estudos sobre este tema ainda são recentes, de forma que não é incomum encontrar-se muitos conceitos bem distintos. De acordo com Segundo Secchi, *apud* Lima (2012, p. 50) qualquer definição de política pública é arbitrária, pois não há consenso na literatura especializada sobre questionamentos básicos.

Assim, de modo mais abrangente, a definição de *policies* pode ser dada como o conjunto de escolhas e prestações a cabo do ente público que vise atingir os fins aos quais o Estado se propôs, dentre eles, uma atuação capaz de garantir uma melhor qualidade de vida ao seu povo.

Neste íterim, relevante é a definição trazida por Dworkin *apud* Dias (2007, p.41), que entende políticas como:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).

Do entendimento firmado por Dworkin percebe-se que a definição das Políticas Públicas pode se estruturar em dois elementos principais; sendo um deles o ente governista, que tende a estabelecer os padrões a serem seguidos e o segundo item, por sua vez, seria a escolha dos objetivos e dos meios adequados de efetivá-los.

Com o avanço do tema, mais autores chegam à conceituação das *policies*, que podem ser entendidas como “instrumentos aptos à realização, de modo sistemático e abrangente, das metas, fins e objetivo previstos, em especial, na Constituição” (BARROS, p. 68). Aqui merece salientar-se que, muitos dos sentidos dados pelos estudiosos das políticas foram influenciados de alguma maneira pelos pensamentos de Dworkin e Canotilho.

Quanto à ideia das políticas públicas também se pode ressaltar o posicionamento de Bucci (2002, p. 241), que segue a linha de pensamento de Dworkin, afirmando que:

Políticas Públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são 'metas coletivamente conscientes' e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

Luciana Vargas Netto Oliveira (2008, p. 102) conceitua as políticas públicas de acordo com a relação existente entre estas com a sociedade. Desta forma, esclarece que:

Políticas são atos oriundos de relações de força existentes na sociedade, materializados sob diversas formas. São denominadas de públicas quando essas ações são comandadas por agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes. As políticas públicas são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos em função do interesse público, destinando-se a alterar as relações sociais estabelecidas. (...)
As políticas públicas são um conjunto de medidas agilizadas e sistematizadas pelo governo para atuar, com maior eficiência, nos mecanismos de produção, distribuição e consumo de bens já instituídos ou em constante renovação.

Já para Souza (2006, p. 24), não há um conceito fechado do que são Políticas Públicas, desta maneira a autora ao se manifestar sobre uma definição cita as lições de outros autores (Mead, Lynn, Peter, Dye e Laswell), sendo estas as suas palavras:

Mead (1995) define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como "o que o governo escolhe fazer ou não fazer". A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, porquê e que diferença faz.

Insta destacar, que Souza (2006, p. 26), posiciona-se acerca da definição de Políticas Públicas a partir da reflexão do:

[...] campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, 'colocar o governo em ação' e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente).

Sobre este entendimento, a autora reforça a necessidade de serem realizadas avaliações constantes dos programas ou dos projetos a cargo das políticas, para assim, haver uma maior garantia de que sua finalidade será alcançada.

Existe também a análise do sentido das *policies* que evidencia mais o aspecto da vontade política e conhecimento técnico combinado com a observância aos ditames constitucionais. Um dos autores que segue este raciocínio é Eduardo Appio (2005, p. 143-144), eis o que o mesmo elucida a respeito:

[Políticas públicas] consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.

Também, é importante observar as políticas sobre o viés da complexidade em sua elaboração e controle, um dos autores que reforçam este apanhado é José Reinaldo de Lima Lopes (2002, p. 132-134), sendo deveras notável o seu argumento:

Assim, para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. [...]. Elas [políticas públicas] precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros.

O referido autor avança nos seus estudos sobre o assunto e chega a preceituar que “As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico, como já mencionado. Envolve elaboração de leis pragmáticas, portanto de orçamento de despesas e receitas públicas”, (LOPES, 2002, p. 132-134).

Finalmente, é apropriado esclarecer que apesar das “*public policies*” refletirem um conjunto de decisões políticas em busca de um fim específico, não há como afirmar-se que toda decisão política será uma política pública, consoante aduz Rua (2009, p. 20).

Assim, depois de abordados muitos conceitos a respeito das políticas públicas é oportuno tecer alguns comentários sobre o seu processo de constitucionalização como se verá mais adiante.

2.2 - PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Depois de apresentar o surgimento e evolução das políticas públicas, bem como abordar algumas linhas conceituais sobre este tema, é oportuno agora examinar o assunto sob o prisma constitucional, explicando-se como esta matéria chegou ao patamar constitucional.

Inicialmente, é necessário destacar que as políticas públicas estão no contorno da (neo)constitucionalização. Este pode ser conceituado, grosso modo, como o fato responsável por atribuir às normas bases de uma nação a supremacia em face de outros instrumentos legais, para assim, garantir a valorização e concretização dos direitos, sobretudo os fundamentais, inseridos no seu corpo normativo. Seguindo esta linha de raciocínio Lenio Luiz Streck (2005, p. 161) explica que “o neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição”.

Outrossim, é apropriado citar o pensamento de Ana Paula de Barcellos (2013, p. 8) que aduz:

[...] um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade do sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, as relacionadas com os direitos fundamentais.

Do trecho mencionado acima, percebe-se outra característica do neoconstitucionalismo: que é a ideia de que a Constituição deve também ser o centro do ordenamento jurídico. Porém, além de ser o elemento central, a Lei Maior também tende a se expandir por outras áreas do Direito, especialmente as que lidam com os direitos fundamentais.

Desta maneira, tem-se, pois que da constitucionalização decorre a necessidade de outras áreas serem alcançadas pelo domínio do Direito, sendo estas reanalisadas sob o contexto constitucional, para assim se atingirem os fins e objetivos da *Lex Matter* de 1988, afastando-se do sistema jurídico nacional as normas que lhe ofendem ao texto constitucional.

Não é por acaso que Gustavo Binenbojm (2006, p. 56) ao observar o assunto sob a perspectiva sistema jurídico afirma que:

[...] no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o interprete no equacionamento de qualquer questão jurídica.

Como não poderia deixar de ser, as políticas públicas ainda foram atingidas por este fenômeno para “o fomento de atuações que se confira um especial peso, num processo de valorização empreendido pela própria constituição” (VALLE, 2009, p. 51). Estas também foram abarcadas por esta nova conjectura por serem vinculadas a concretização de muitos dos direito fundamentais esculpidos na CF/88 e que compõe um núcleo que recebe especial atenção do atual texto Constitucional.

Ao tratar da constitucionalização das *policies* Barros (2008, p.49) analisa que:

[...] a centralidade da Constituição no sistema jurídico permite que as normas constitucionais (inclusive as que estabelecem parâmetros normativos para as políticas públicas) se irradiem por todos os domínios alcançados pelo sistema jurídico, de modo até a limitar o cenário político.

Pode-se concluir que a efetivação dos direitos fundamentais se liga diretamente a execução de políticas públicas, que corroboram com as diretrizes e metas constitucionais. Assim, não é demais frisar que, nos novos tempos do neoconstitucionalismo todos os direitos fundamentais tendem a serem implementados, mesmo que precisem fazer o uso de *public policy*.

Do que foi demonstrado evidencia-se o exame das políticas com a influência das proposições do neoconstitucionalismo, principalmente pela força constitucional e pelos objetivos que propõem este novo fenômeno, dentre outras características que também influenciam as políticas.

O primeiro elemento de influência é a supremacia da Carta Magna, que define e traça parâmetros para a realização de políticas públicas, o que acaba dando espaço para o controle das políticas através das fiscalizações feitas pelo Poder Judiciário.

Outro aspecto é o fato do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo ter como base o cumprimento dos fins e objetivos da Carta Política, principalmente o seu núcleo essencial, ou seja, os direitos fundamentais. No entanto, para que esta meta seja atingida é indispensável que sejam elaboradas e postas em práticas algumas políticas públicas, devidamente concatenadas com a área a que se deseja produzir resultados.

Por fim, urge acrescentar que a forma como está estruturado o atual Estado, onde o neoconstitucionalismo garantiu a centralidade da ordem constitucional e a primazia na busca dos direitos fundamentais facilita o entendimento das políticas públicas como matérias constitucionais, de modo a deixar mais clara a necessidade de seu controle jurisdicional.

2.3 - ATUAÇÃO DO ESTADO SOCIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO

Os avanços nos estudos das políticas públicas até aqui alcançados permitem compreender que estas são fortemente influenciadas pela Constituição Federal de 1988. Assim, é necessário um aprofundamento na relação das políticas com o ramo das Ciências Jurídicas, para facilitar o entendimento sobre as mesmas.

Apesar de nos dias de hoje já ter sido superada a discussão sobre a possibilidade da avaliação das políticas públicas no âmbito judicial, nem sempre foi desta forma. Anteriormente, este tema não era debatido no meio jurídico, pois existia a mentalidade de que este assunto não era de competência da área jurídica. Argumentava-se que as *policies* eram somente uma atividade política, e por sua vez, esta questão já estaria bastante esmiuçada nesta área específica. Portanto, sua discussão era de competência do poder político, vedando-se qualquer interferência judicial quanto a elas.

Depois de superada esta primeira ideia, nota-se que atualmente as *policies* ganharam mais atenção jurídica, uma vez que estas lidam diretamente com preceitos de ordem constitucionais, mais especificamente com a efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. Destarte, não há mais como se separar as Políticas Públicas da discussão judicial ou, melhor dizendo, de uma intervenção judicial.

Foi justamente em decorrência deste espaço de atuação, cuja preocupação primordial é o avanço social, que as políticas foram enquadradas no ramo do Direito Público. Podendo ser traduzidas como os princípios, objetivos, regras e diretrizes utilizadas pela a Administração Pública para a superação dos anseios da coletividade.

Quanto às *policies* e seu enquadramento dentro na área de Direito Público, Bucci (2002, p. 250), afirma que este tema deve ser estudado pelo direito administrativo, pois o processo de criação e execução das políticas públicas envolve muitos instrumentos administrativos, em razão do que se torna fundamental conhecer os princípios jurídicos e regras que regem a Administração Pública. Sendo também necessário conhecer os mecanismos pelos quais são feitas as contratações de funcionários e serviços, as formas de organização administrativa, em Administração direta e indireta, dentre outras matérias administrativas. Assim, de acordo com a referida autora, não se trata de simples "ato político", concluindo-se que "o direito administrativo interessa às políticas públicas, assim como as políticas públicas interessam ao direito administrativo".

Ainda em consequência de sua vinculação com os direitos fundamentais o conceito de *policies* passou a ter conotação judicial, pois sua realização exige medidas legais, que se consubstanciam através de leis ordinárias, complementares e de outras formas, o que demanda a participação do Direito. Em que pese não haver um padrão normativo pré-estabelecido para a sua formação.

Neste ponto, cumpre alertar que, apesar realização das *Public Policy* ficarem a cargo dos governantes, isso não implica dizer que haverá um afastamento do princípio da legalidade, logo e corroborando com Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 253-254), a feitura das Políticas tem de respeitar os padrões legais e também os constitucionais.

Não há como se dissociar a ideia de *Policies* do poder de fiscalizar promovido pelo Poder Judiciário. A fiscalização judicial é indispensável, não

obstante, se restrinja aos ditames constitucionais e legais, no intuito de proteger o Estado Democrático de Direito e também a eficácia das Políticas Públicas em sentido amplo.

Quanto à fiscalização judicial das políticas públicas no que se refere ao cumprimento das normas constitucionais, assim se manifesta Ana Paula Barcellos (2013, p. 13):

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata de absorção do político pelo judiciário, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.

Ademais, deve o Poder Judiciário ter determinados cuidados ao lidar com esta matéria. Isso porque a depender da forma como se delinea o objeto, poderá o judiciário extrapolar a sua função. Logo, ao se deparar com situações que envolvam objetos desta natureza, deverão os operadores do direito atuar estritamente no aspecto constitucional em discussão. Igualmente, não cabe a este poder se abster de intervir quando imprescindível, para não se correr o risco de se tratar a Carta Magna tão somente na perspectiva política.

Cláudio Ari Mello (2004, p. 264-265) os traz uma excelente visão sobre o que foi acima explanado, ao assinalar que:

[...] qualquer atuação dos poderes políticos (incluindo o governo) vinculada pelo Direito, tanto se tem um conteúdo político ou não, é fiscalizável pelos juízes e tribunais ordinários, se bem que, isso sim, na medida estrita de sua vinculação jurídica. Vinculação que - se não a lei, ao menos a constituição e ao Direito – existiria sempre, ainda que somente seja através dos direitos fundamentais (o qual não é pouco) ou dos princípios constitucionais e princípios gerais do direito que regem a atuação de todos os poderes públicos.

Mello (2004, p. 264-265) continua expondo o seu pensamento, porém agora, dando um enfoque neoconstitucionalista a afirmação anterior. Ele aduz da seguinte maneira:

[...] o constitucionalismo moderno aceita corretamente uma ampliação horizontal e vertical do controle judicial para o interior das questões políticas, sobretudo quando se tratar de atos governamentais que afetem de alguma forma direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Tem-se, portanto, que as políticas estão de certa maneira ligadas ao Direito, seja pelas normas constitucionais comuns a ambos, seja pelos padrões legais encontrados em seus programas de concretização.

Além disso, é insustentável defender que as Políticas Públicas são estranhas à atuação jurídica. O que deve existir é o limite do agir judicial atrelado ao limite constitucional, de maneira a se evitar invasões desnecessárias e arriscadas do Direito na esfera Política e vice-versa.

3 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Neste capítulo o foco será a Saúde Pública, contemplando-se inicialmente a maneira como a saúde e posteriormente o seu direito eram visto em diferentes épocas da história. Logo em seguida, analisa-se como ocorreu a evolução da proteção da saúde no território nacional, abordando desde a vinda da família real, passando pela criação do Ministério da Saúde até chegar as suas previsões constitucionais. Depois são trazidos alguns conceitos de doutrinadores brasileiros sobre o direito sanitário.

No tópico seguinte, o ponto central será o regime jurídico constitucional sobre o direito à saúde. Sendo que, os primeiros instrumentos normativos invocados para apresentar o assunto serão a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH-ONU), e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Após isto, adentrar-se-á no texto da Constituição de 1988, assim, serão citados o art. 6º por prevê a saúde como um direito social, o Preâmbulo por assegurar o exercício dos direitos sociais, serão também citados determinados artigos do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais que fazer alusão ao direito à saúde. Ainda serão feitas menções aos artigos 196 e 198, este, por ser o principal a tratar do tema em debate e, aquele por trazer algumas regras sobre o sistema de saúde. Por fim, alguns comentários são feitos quanto aos artigos 170, 227 e 230.

Na próxima seção, a discussão gravitará em torno da saúde com um direito mais também como um dever fundamental. Logo em seguida, será explicado porque a saúde é assim entendida. Mais adiante, se utilizará do art. 196 para demonstrar que o direito à saúde pode comportar essas duas características, de ser um direito e de, além disso, ser um dever.

Nesse íterim, serão feitos comentários sobre as demissões, defensiva e protetiva que a saúde tem quando é descrita como um dever. Por último, far-se-á referência a Lei 8.080/90, por esta definir taxativamente a saúde como um direito fundamental da pessoa humana.

O tópico final disporá sobre o sistema de saúde brasileiro, apresentando-se os movimentos que influenciaram na formação do Sistema Único de Saúde. A seguir, breves comentários são feitos sobre a sua previsão constitucional. Logo

após, serão estudadas as Leis 8.080/90 e 8.142/90 que servirão para a implementação e operacionalização do SUS. Na Lei 8.080/90 serão estudados os objetivos e atribuições do sistema, já na Lei 8.142/90 se analisará a gestão social do sistema de saúde. Ao final, se descreverão os princípios que regem o SUS.

3.1 - GÊNESE E SIGNIFICADO DO DIREITO À SAÚDE

Para uma perfeita compreensão de acontecimentos atuais, em que o direito a saúde é diuturnamente violado, é indispensável uma leitura e visualização do passado onde os fatos se formaram, bem como da maneira com se iniciaram. Assim, constitui fator determinante um aprofundamento histórico do direito à saúde antes de tecer mais considerações sobre este tema para, desta maneira, entender claramente o objeto deste estudo.

De início, a saúde não era vista com um direito propriamente dito, sendo este entendimento recente, apesar das reivindicações para o seu reconhecimento como direito básico já serem bastante antigas.

Durante a Idade Média, não havia um disciplinamento da saúde, isso porque, a doença era taxada como um castigo ao descumprimento de preceitos divinos. De acordo com Scliar (2002, p.10) as doenças eram “espíritos malignos, mobilizados talvez por um inimigo”. Deste feita, mesmo que os cuidados básicos da saúde fossem reivindicados, não havia muito a ser feito, pois a mentalidade das pessoas da época atribuía aos Deuses à escolha dos que seriam saudáveis ou não, de acordo com as faltas que cada um cometesse. Logo, não se poderia disciplinar cuidados tendentes a evitar surtos de doenças, pois se isso ocorresse estar-se-ia contrariando a vontade divina.

Evoluindo nos fatos históricos chega-se ao período que antecedeu a Revolução Industrial. Nesta época, as pessoas doentes eram isoladas da comunidade para afastar o risco de transmissão. Existiam alguns hospitais, no entanto, os mesmos deixavam a desejar em relação às noções mínimas de saúde, vez que eram mantidos e geridos somente pela própria comunidade sem a intervenção e/ou auxílio financeiros do Estado.

Após a Revolução Industrial, esse quadro foi alterado, sendo realizadas as primeiras medidas voltadas a saúde dos trabalhadores. De tal sorte, alguns avanços foram alcançados graças às cobranças dos operários por melhorias. Estes avanços acabaram repercutindo nas condições de saúde dos trabalhadores em seu ambiente de trabalho. Sobre este assunto merecem ser transcritas as sábias palavras de Farias (2008, p.20-21) que afirma:

A Revolução Industrial acarretou um grande movimento de urbanização, com a migração da população do campo para as cidades que, pela proximidade espacial e absoluta falta de higiene, permitiram a rápida proliferação de doenças entre operários, patrões e familiares. Tais fatos foram decisivos à reivindicação por melhores condições sanitárias, dada a necessidade de resguardo à saúde dos operários e de seus respectivos entes. Como o Poder Público nada mais era do que instrumento do empresariado mostrou-se relativamente simples a transferência dessas reivindicações, assumindo o Estado a função de garante da saúde pública.

A invocação da saúde pública como direito ocorreu logo após a Segunda Guerra Mundial, quando os assuntos sanitários passaram a receber maior atenção por parte das políticas governamentais. Nesse período de pós-guerra a questão sanitária tinha proteção graças às repercussões econômicas que ela ocasionava. Isso porque, para que a economia funcionasse era necessário que os trabalhadores estivessem saudáveis, do contrário, poderia haver entraves no crescimento econômico.

Com este quadro estabelecido, países europeus começaram a alocar a saúde pública como espécie do gênero "seguridade social", que incluíam, além da saúde, a previdência social e os sistemas de assistência social, conforme assinala Dallari (2009, p. 87-89).

No Brasil, a promoção da saúde pública se deu de forma vagarosa, tão é verdade que da época do descobrimento do país até vinda da Família Real para estas terras não existia sistema voltado à saúde pública. Como inexistia prestação de saúde dirigida à população, os habitantes que aqui moravam se socorriam de outros meios, como por exemplo, as práticas rudimentares com a utilização de ervas e da realização de atos de curandeirismo.

Em 1808, com a chegada da família real ao Brasil, foi criada uma estrutura de atenção à saúde pública. A estrutura era modesta e não foi capaz de suprir as muitas necessidades aqui existentes, some-se a isso o fato desta rede sanitária não contar com uma qualidade mínima. Além disso, este sistema concentrava-se no Rio

de Janeiro e ao mesmo tempo, não focava o atendimento a população de maneira ampla, conforme demonstra Lucimara Marques (2013):

A vinda da Família Real Portuguesa para o Brasil em 1808 determinou mudanças na administração pública colonial, inclusive na área da saúde. A cidade do Rio de Janeiro apresentava o principal porto do país e com isso se tornou o centro das ações sanitárias, devido a sua importância econômica, sendo assim ocorreram grandes modificações nesse setor com o intuito de preservar a característica de polo exportador de mercadorias.

Uma mudança mais robusta na forma de lidar com a saúde aconteceu com a implantação do Ministério da Educação e da Saúde Pública na década de 30. Este Ministério representou uma avanço na política sanitária nacional, vez que, determinados serviços de saúde passaram a ser ofertados pelo Estado brasileiro, apesar de não ser de maneira universalizada. Os serviços da rede pública de saúde só eram destinados aos trabalhadores que contribuíssem de alguma maneira para os institutos de previdência.

Após 1930, o Brasil passou a adotar um sistema onde apenas os trabalhadores eram atendidos pela saúde pública, desde que tivessem carteira assinada. Neste modelo, o Poder Público não contribuía com recursos para prover a política sanitária, sendo ela custeada pelos empregados e empregadores.

No ano de 1953 foi criado o Ministério da Saúde através da Lei 1.920/53, que apesar de ser encarregado da questão sanitária nacional, regulou apenas ações técnicas, porquanto as funções deste ministério estavam espalhadas por outros setores da Administração.

Em meados dos anos 80, ganhou espaço o Movimento da Reforma Sanitária, por meio deste se propunha alterações na maneira pela qual a saúde era prestada no país. Dentre os ideais defendidos se destacava a universalidade do serviço sanitário brasileiro. O movimento teve seu ápice na VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986 e que influenciou o constituinte de 88.

Quanto à proteção constitucional do direito à saúde observa-se que os Textos Magnos de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 tratavam este direito apenas na esfera de competência legislativa. No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a criação do SUS (Sistema Único de Saúde) e posterior complementação por meio da Lei 8080/90 o direito sanitário passa a ter uma maior

proteção, sendo considerado um direito fundamental social. Desta monta, nasce para o Estado o dever de promover e garantir o direito à saúde.

Já no que se refere ao conceito da saúde, é também necessário percorrer um pouco mais os fatos históricos que influenciaram o entendimento do que vem a ser tratado por saúde atualmente.

Primeiramente, analisa-se o conceito do período industrial, nesta época existiam duas correntes que divergiam sobre o que seria saúde, conforme esclarece Dallari (1995, p. 18):

[...] de um lado, grupos marginais ao processo de produção, que viviam em condições miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças.

Foi após as guerras mundiais que Organização das Nações Unidas, elevou a “saúde” ao *status* de “direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica”. A saúde passava a ser incumbência da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Pois bem, depois de ter feito este apanhado mais geral do conceito de saúde, o direcionamento agora é no intuito de definir o Direito à Saúde. Nesse sentido, é oportuno citar o pensamento de alguns doutrinadores. No caso de Schwartz (2001, p. 98-99), ele indica um ponto de encontro entre a saúde e os aspectos curativo, preventivo e promocional desta.

Por sua vez, Morais (2003, p.23-24) entende que:

[o direito à saúde] seria, então, um direito de cidadania, que projeta a pretensão difusa e legítima de não apenas curar e evitar a doença, mas de ter uma vida saudável, expressando uma aspiração de toda(s) a(s) sociedade(s) como direito a um conjunto de benefícios que fazem parte da vida urbana.

Já Sarlet (2003, p. 8-9), defende a ideia de que o direito a saúde e sua materialização são condições para atingir o princípio da dignidade da pessoa humana. N esse sentido, assim se manifesta o autor:

O completo bem estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e,

de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade. Esse entendimento respalda a afirmação da justiciabilidade do direito à saúde, inclusive quanto a prestações materiais originárias e ao mesmo tempo naquilo que pertine à proteção da dimensão de dignidade humana que integre o conteúdo do direito à saúde.

Em sendo assim, percebe-se que, depois de todo o seu desenvolvimento, a saúde e, posteriormente, o seu direito foram galgando espaço e se constituindo como objetivos do Estado, até que o direito à saúde foi elevado à categoria de direito fundamental, figurando no ordenamento jurídico pátrio sob o manto da proteção constitucional, como se verá no decorrer do trabalho.

3.2 - O REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Em nível internacional o instrumento mais importante que trata do direito à saúde é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH-ONU), elaborada no ano de 1948. A Declaração tem um papel muito relevante para o direito à saúde, pois coube a ela atribuir à saúde a condição de direito humano. Em suas disposições o direito à saúde é apresentado por meio do Artigo XXV, da seguinte maneira:

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

Ainda na perspectiva internacional, em 1996, foi elaborado o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) que também, tratou sobre a saúde em sua composição. No pacto a disposição sobre o aludido direito foi exposto através do artigo 12, que afirma: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

Os dois textos internacionais apresentados tem grande valor, não apenas pela proteção dada ao tema saúde, mais também porque servem de modelo na

elaboração das legislações dos países que os subscreveram e se comprometeram com estes instrumentos, assegurando, desta maneira, mais proteção e previsão legal ao direito à saúde.

Como há uma previsão internacional do direito à saúde, não restam dúvidas quanto a sua proteção e institucionalização como um direito humano fundamental, a ser efetivado pelos países que se comprometeram com estes documentos. Todavia, mesmo que o direito a saúde não estivesse taxativamente presente dentre o rol dos direitos assegurados pelos instrumentos normativos, ele ainda poderia ser classificado no rol dos direitos humanos fundamentais.

O enquadramento pretendido seria viável devido ao seguinte raciocínio. Os direitos humanos que visam à proteção à vida, à alimentação, e a integridade física e corporal, dentre outros, decorrem da ideia de que os seus detentores devem de alguma forma ter sua saúde garantida e protegida. Logo a classificação da saúde como direito fundamental aconteceria de forma implícita.

Esse é também o pensamento de Bengoa, citado por Figueiredo (2007, p.85), ao idealizar o direito a saúde como um pressuposto do direito à vida. Para o autor o direito a vida “se decompõe em quatro elementos essenciais, a saber: a) o direito à alimentação adequada, b) o direito a contar com água potável, c) o direito à moradia, e d) o direito à saúde”.

Feito o primeiro esboço no que se refere à previsão internacional do tema da saúde, parte-se para a abordagem do direito à saúde no âmbito nacional. Com a abordagem pretendida será focada no território pátrio é indispensável estabelecer logo nas primeiras linhas, que a Constituição Federal de 1988 é considerada o nascedouro das normas de maior valor regulatório para a saúde pública brasileira. Em seu corpo, o direito da saúde é assegurado como um direito de todos, sendo um dever do Estado garanti-lo através da adoção das políticas públicas pertinentes a cada caso.

Especificadamente no corpo constitucional, o direito à saúde localiza-se no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II- Da Ordem Social, na Seção II- que agrega os artigos 196 a 200. Sendo interessante mencionar que o art. 196 da CF/88, é o que tem mais respaldo ao tratar desta questão, o que faz dele um dos mais estudados e debatidos doutrinariamente.

De início, para versar sobre o assunto vale-se do art. 6º, *caput* da Constituição de 1988, esta opção é realizada, pois o mesmo coloca a saúde de

maneira cristalina no quadro dos direitos sociais. O artigo em comento assim preceitua:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Mesmo sendo de muito relevo as normas sobre a questão sanitária até então esboçadas, ainda é considerável apresentar sua menção no Preâmbulo, bem como em algumas outras disposições presentes no título Dos Princípios Fundamentais. Quanto ao dispositivo preambular, é estabelecido que o Estado Democrático de Direito deve “assegurar o exercício dos direitos sociais”, e como o ente público tem de velar pelos direitos sociais, automaticamente também terá de resguardar a saúde.

No título dos Princípios Fundamentais é preciosa a indicação trazida pelo art. 1º, III que elenca como um dos fundamentos do Estado Democrático a “dignidade da pessoa humana”. Sendo que, o Poder Público, igualmente, deverá atuar para conseguir “construir uma sociedade livre, justa e fraterna (art. 3º, I) e que nas relações internacionais guia-se pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II).

Outrossim, terá atenção o art. 5º, *caput*, que ao iniciar o Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais assegura a “inviolabilidade do direito à vida”, e por consequência, a garantia dos meios de vida. Frise-se que, este direito juntamente com os outros direitos e garantias individuais não poderão se abolidos por emendas a Constituição, afinal são direitos fundamentais, assegurados por cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV).

Nesse ponto, cumpre reforçar o entendimento no sentido de que, ao se assegurar “o exercício dos direitos sociais”, a “dignidade da pessoa humana”, “prevalência dos direitos humanos” e a “inviolabilidade do direito à vida” indiretamente estar-se-á garantindo o direito à saúde, pois não há como ocorrer o cumprimento destas normas constitucionais sem se resguardar a saúde, valendo também a regra inversa, de que ao se cuidar da saúde da mesma forma se estará zelando pela vida, pela a dignidade humana, contribuindo para a construção social,

dentre outros direitos constitucionais e previsões legais em que a preocupação com a saúde acaba respingando.

A afirmação quanto à influência do direito à saúde na construção de outros direitos é confirmada pelo pensamento de Ricardo Seibel de F. Lima (2010, p. 239) que faz a seguinte ponderação: “Do direito à vida, e da proteção à dignidade humana certamente decorre, entre outros, o direito à saúde, caracterizado no art. 6º como direito social, inserido no Capítulo da Ordem Social e com previsão central no art. 196”.

O enquadramento das normas garantidoras de uma vida salutar também se encontram presentes no campo da seguridade social. A previsão é estabelecida no art. 194 da Lei Suprema, que preceitua:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Desta maneira, a saúde, a previdência e a assistência social por integrarem o conjunto da seguridade social formularão atividades e serviços que cumpram com os objetivos propostos para a seguridade e que encontram sua descrição no parágrafo único do artigo acima contemplado.

As normas legais até aqui citadas são sem sombra de dúvidas um base considerável ao direito em foco. No entanto, é bastante considerável adentrar, ainda mais no campo constitucional, para esmiuçar dispositivos mais correlacionados com o tema.

Como foi dito anteriormente o direito à saúde foi inserido na Carta Superior no rol dos direitos sociais. No entanto, o direito à saúde não só é considerado um direito social em virtude de sua localização, no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais sim por sua relevância na vida de cada cidadão. Assim, concebe-se que foi conferida a saúde um patamar superior, um patamar de direito fundamental.

Quanto ao direito fundamental à saúde, assim se manifesta o art. 196 da CF/88:

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 igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Este artigo do Texto Legal de 1988 é considerado o centro do direito a saúde. Assim, diante do estudo mais apurado desta norma faz-se oportuno a divisão que Lima (2010, p. 239) realiza no artigo 196:

É sempre ressaltado que este artigo [196] dispõe que a saúde é (i) direito de todos – o que define os seus titulares; e (ii) dever do Estado – o que indica o responsável por suas prestações, sem prejuízo do art. 199 que torna a saúde livre à iniciativa privada. Este dispositivo, contudo, também refere que a saúde (iii) é garantida mediante políticas sociais e econômicas – seu meio de atuação genérico; sendo que estas (iv) devem visar à redução dos riscos de doenças – uma finalidade que revela a preocupação com a prevenção – e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação – uma finalidade que especifica ainda mais a forma como será garantido o direito social em exame.

Com suas palavras Lima esquematiza o artigo anterior, destacando nele os titulares do direito à saúde, o responsável por sua realização, sua forma de atuação, estabelecendo sua finalidade mais geral e outra mais específica.

Há também o art. 198 da Magna Carta, sendo que este trata da organização do sistema único, determinando quais ações e serviços integram sua rede, que é regionalizada e hierarquizada. Os seus parágrafos trazem regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, sendo este financiamento obrigação de todos os entes federativos, em consonância com o princípio federativo.

Outro dispositivo que deve ser ressaltado no estudo constitucional da saúde é o artigo 170, que apesar de ser do título da ordem econômica e financeira traz em

seu *caput* a menção “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Merece destaque ainda os artigos 227 e 230, sendo que o art. 227 esculpe ser dever da família, da sociedade e do Estado zelar com prioridade e saúde das crianças, adolescentes e jovens, enquanto o art. 230 fala da dignidade e do bem-estar como garantia do direito à vida da pessoa idosa, tendo também como agentes promovedores os anteriormente citados.

Os artigos que tratam da saúde não são apenas estes, existem muitos outros, que ao serem analisados devem abarcar uma leitura conjunta para que assim, se possa compreender da forma mais ampla o abrigo constitucional do direito à saúde.

Portanto, este é o panorama constitucional sobre as regras de direito sanitário. Assim sendo, este o cenário que foi traçado para ajudar a guiar o presente estudo na busca dos objetivos propostos.

3.3 - A SAÚDE COMO UM DIREITO E COMO UM DEVER FUNDAMENTAL

É importante mencionar que o direito a saúde comporta dois aspectos ligados a fundamentalidade, que são o aspecto formal e o material. Nesse sentido cita-se Sarlet (2001, p. 93-94), que assim arazoou sobre estas características:

[...] a fundamentalidade formal do direito à saúde resulta (a) da superior hierarquia axiológico-normativa de que goza, enquanto norma constitucional; (b) da previsão entre os limites materiais e formais à reforma constitucional; e (c) da aplicabilidade imediata e vinculatividade imposta aos Poderes Públicos pela norma contida no artigo 5º, § 1º, do texto constitucional.

Com apoio das palavras antecedentes de Ingo Sarlet chega-se a determinadas compreensões. Primeiro, de que a utilização do direito à saúde é separada da ideia de criação de outra regulamentação infraconstitucional para sua total consolidação, porquanto o seu teor é hierarquicamente superior, é um teor constitucional. Além disso, compete enfatizar que a “fundamentalidade” descrita pelo doutrinador deriva da força normativa da saúde com um direito amparado na Lei das

Leis, bem como em decorrência deste direito ter estreitas ligações com outros igualmente relevantes a exemplo do direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Com base nestas mesmas palavras deste autor, outro ponto pode ser destacado, sendo este adendo a respeito do momento da aplicabilidade das normas de saúde. Isso porque, como o direito à saúde é abarcado pelo poder da fundamentalidade e pela disposição do art. 5º, §1º da CRFB/88, que atribui as normas de direitos e garantias fundamentais à força de terem a sua aplicação imediata, logo, esta colocação é perfeitamente aplicável à saúde.

Continuando, concebe-se que o direito à saúde como o próprio termo denota é uma garantia, todavia, este não diz respeito apenas à ideia de uma prerrogativa de seus titulares frente ao Poder Público. Apesar da ideia da saúde como um direito está totalmente correta, ela não deve suprimir a saúde como um dever fundamental do Estado para com o seu povo.

Este entendimento é encontrado na leitura do art. 196 da CF/88, por meio do qual se preceitua que a saúde além de ser considerada como um direito de todos, é também entendida como uma obrigação do Estado, que deve usar de todos meios possíveis para promovê-la. A seguir apresenta-se o disposto no artigo supracitado:

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 igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

É nesse ponto – cuja percepção da saúde é reconhecida com dever – que existem grandes discussões. Estas discussões, na maioria das vezes, gravitam em torno das chamadas “dimensões dos deveres da saúde”. Dimensões estas são atribuídas ao dever estatal de promover a saúde pública.

Quanto à compreensão da saúde como um dever, feliz é reflexão de Figueiredo (2007, p. 78), que assinala:

[...] temos, enfim, os deveres que constituem o *apport* do estado social, ou seja, os deveres econômicos, sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar ensino básico.

Para ela, na medida em que se criam os direitos sociais para a coletividade, também são criadas obrigações para o Estado e para os indivíduos detentores destes direitos.

Note-se que, relacionar os deveres inerentes ao direito à saúde tende a ser um pouco complicado, assim, para facilitar o exame destes deveres delimitar-se-á separadamente cada uma das dimensões das obrigações inerentes à questão sanitária.

Sobre as considerações atinentes as dimensões do dever da saúde, são esclarecedoras as ideias propostas por Sarlet (2000, p. 105), que declara:

O direito à saúde é direito social que apresenta, simultaneamente, uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Enquanto direito de defesa, o direito à saúde determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la. Na dimensão prestacional, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento a efetivação da saúde da população, circunstância que, neste último caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.

Pois bem, a saúde quando é encarada como um dever social apresenta duas dimensões, a dimensão defensiva e a prestacional. Na dimensão defensiva impõe-se o dever de respeitar o direito à saúde, significando “um não fazer” de determinados atos de entes estatais ou de particulares que possam de alguma maneira, prejudicar ou ameaçar o exercício de direito à saúde de outrem.

Avaliando ainda a esfera de defesa dos direitos fundamentais sociais e por consequência da saúde, é de muita valia a colocação feita por Sarlet (2010, p. 450). Ele alerta que uma das maneiras de se executar a dimensão defensiva, ou seja, de se respeitar e proteger os direitos sociais é mediante a utilização do princípio da proibição do retrocesso, princípio este que ele define como:

[...] garantia de manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Ingo Sarlet (2010, p. 438-439) levanta esta bandeira porque atualmente a demanda por prestações sociais tem sido cada vez maior e paralelo a isso há uma diminuição da capacidade do Estado de prestá-las, o que gera um risco a sua continuidade, a este respeito ele assim se manifesta:

Ainda que o entendimento dominante pareça ser mesmo de que uma supressão pura e simples dos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não é, em princípio, admissível, não tendo sequer sido seriamente defendida (pelo menos não abertamente e salvo exceções), a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social permanece no centro das atenções. Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em que medida os direitos fundamentais sociais e de modo geral, os sistemas de proteção social no âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio fundamental da justiça social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições.

Este doutrinador continua sua argumentação favorável à defesa dos direitos fundamentais sociais, o que inclui o direito à saúde, por meio do princípio da proibição do retrocesso afirmando que:

[...] as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas [pelo] Estado democrático (e social) de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro, torna a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável.

Em um teor de mais fácil compreensão, o princípio pode ser descrito como a vedação dirigida aos legisladores infraconstitucionais de alterarem o patamar de concretização que os direitos sociais têm no campo constitucional. Esta proibição é ainda mais aguda quando existem legislações infraconstitucionais, (que não afastam a aplicação imediata de acordo com a Carta Legal) que dão mais eficiência ao direito, como por exemplo, as legislações que tratam da saúde pública.

Já a dimensão prestacional da saúde engloba 2 (duas) espécies, sendo elas: o Direito a prestação em sentido amplo e o Direito a prestação em sentido estrito, sendo que o Direito a prestação em sentido amplo comporta 2 (duas) subespécies, que são o Direito à proteção e o Direito a participação na organização e no procedimento. Para facilitar a visualização Sarlet (2010, p. 167) fez o esquema a seguir:

- Direitos fundamentais como direitos de defesa
- Direitos fundamentais como direitos a prestações
 - ⇒ Direito a prestação em sentido amplo
 - ❖ Direito à proteção
 - ❖ Direito à participação na organização e no procedimento.
 - ⇒ Direito a prestação em sentido estrito

A dimensão prestacional em sentido global cuida do “agir” do Estado, que tem por foco a distribuição de bens matérias cogentes na realização da saúde, na prestação de serviços de forma direta, como também na efetivação de programas que busquem garantir a saúde da coletividade.

Nessa acepção, as dimensões do direito à saúde e a conexão destas com os deveres do Poder Público, são examinadas de forma singela por Milanez (2004, p. 198 -199), ao comentar que “o direito a saúde compreenderia as obrigações de respeitar, proteger e implementar”.

Para Daniela Milanez, quando se analisa as divisões da dimensão prestacional deve-se entender que, quanto ao direito à proteção, as ações estatais não poderá haver limitações na vida do cidadão que diminuam do seu direito à saúde.

Tomando por base ainda o Direito a prestação em sentido amplo tem-se o Direito à proteção, que Alexy citado por Sarlet (2010, p. 190) conceitua como posições jurídicas básicas que concedem aos indivíduos o direito de exigir do Poder Público que os proteja contra interferências de outras pessoas,

Já o Direito a participação na organização e no procedimento, torna o Estado competente no fornecimento direto serviços e produtos que supram as necessidades da saúde básica, sendo o ente estatal também competente para elaborar uma política pública de saúde eficiente.

Por fim há, em sentido estrito o direito a prestação impõe ao Poder Público a obrigação de preservar os direitos sociais de ameaças de outros agentes.

Permanecendo com o foco na dimensão prestacional do direito sanitário, é imperioso realçar que os direitos prestacionais primários previstos no art. 6º da CRFB de 1988 dispensam outras normatização por mecanismos não constitucionais para serem plenamente exercidos.

No entanto, apesar de não ser indispensável, esta dimensão sanitária ainda é integrada de forma infraconstitucional pela Lei Orgânica da Saúde sob o nº 8.080/90, que veio para descrever melhor os contornos constitucionais. Coube a esta lei confirmar o direito à saúde com um direito humano fundamental e um dever do Estado a sua garantia, conforme está transcrito no seu art. 2º, que dispõe:

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.

A Lei nº 8.080/90 também descreve, de modo mais extenso, um rol exemplificativo com a relação da dimensão prestacional do direito à saúde e outras garantias. Esta asseveração poder ser confirmada pela leitura do art. 3º da lei em explanação, que aponta:

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.

Neste momento, depois de se entender do que trata a saúde como dever de proteção- executado por intermédio pelo Estado, e como um dever defesa- que são aqueles exercidos contra o Estado, abre-se espaço a discussão sobre as suas distinções, apesar de em ambos haver a dimensão prestacional a ser fundamentalmente concretizada pelo Poder Público.

Os direitos à proteção constituem-se em normas jurídica capazes de garantir aos titulares de direitos à prerrogativa de demandarem do Poder Público a realização de ações que garantam o exercício do seu direito sanitário.

Por sua vez, os direitos de defesa cominam que o Estado não interfira na vida particular, protegendo-os diante de intimidações de outros, evitando assim, violações ao seu direito à saúde.

Logo, observa-se que nestes dois casos ao Estado são impostos deveres, quanto aos direitos à proteção jurídica, o dever imposto é de estruturar a proteção dos indivíduos, já para os direitos de defesa, o que se impõe é o dever de não atacar vida particular dos indivíduos.

Portanto, depois de marcar os principais pontos da saúde em sua matriz de direito e de dever fundamental, a seguir será enfrentado o tema do sistema nacional de saúde, notadamente quanto a sua formação, ao seu significado e previsão no âmbito jurídico constitucional e infralegal, bem como a maneira como estão estabelecidos os seus objetivos, atribuições, a forma de participação social e os princípio que regem o seu funcionamento.

3.4 - O SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE

Depois de serem apresentadas as distinções dos deveres que o Estado tem por ser responsável pela saúde, parte-se neste instante para o entendimento de um dos mecanismos criados para garantir a efetivação do direito à saúde. Este instrumento de proteção é o Sistema Único de Saúde – SUS, sendo que a este foi atribuída à tarefa de efetivar a dimensão prestacional em sentido geral, mediante a organização e realização de procedimento de saúde.

Todo o processo de construção do Sistema Único de Saúde começou com o Movimento de Reforma Sanitária (MRS), na década de 1970. Este movimento propunha alterações na maneira pela qual a saúde era prestada no país e contou com o apoio de várias parcelas da sociedade. Sendo que, um dos seus ideais defendidos era a universalidade do serviço sanitário brasileiro.

Outro marco que antecedeu ao SUS na reforma do sistema de saúde foi VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986 e que tinha por lema: “Saúde, Direito de Todos, Dever do Estado”. A conferência tinha como principal meta propiciar a interação do Governo Federal com os estados, para alcançar informações capazes de auxiliar na formulação de políticas, para a concessão de subsídios financeiros (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2008, p. 447). Nesta também ocorreu uma expressiva participação popular, mediante entidades da sociedade civil organizada que representavam regiões de todo o país, por meio de seus delegados eleitos, ainda havia as representações sindicais, a presenças das associações de profissionais de saúde, além da participação popular propriamente dita através da organização de manifestações sobre saúde, dentre outros.

Neste período ao participante do evento tinha consciência de que para a saúde pública não bastava apenas uma reforma administrativa, era inadiável um reforma jurídica. Desta maneira, os relatórios da conferência foram encaminhados ao constituinte de 88. Assim, temas discutidos na conferência acabaram influenciaram a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 ao elaborar da Carta Magna. Nesse sentido, a novel Constituição acabou prevendo a saúde no título da Ordem Social, na seção destinada a Saúde Pública dos artigos 196 a 200.

O apoio dos movimentos sociais e as propostas do MRS, além de contribuir para a previsão constitucional da saúde também acabaram influenciando na criação do Sistema Único de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/75.

Sobre a criação do SUS assim dispõe Figueiredo (2007, p. 96):

Diante dessa realidade, pode-se compreender a grande evolução representada pela criação do Sistema Único de Saúde – SUS – entre as políticas sociais instituídas pela Constituição Federal de 1988, cuja regulação, em nível infraconstitucional, encontra-se precipuamente a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e na Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. A conformação em sistema impõe que o SUS subsista como um conjunto de unidades, serviços e ações que interagem para um fim comum, em que o adjetivo único determina que as diretrizes e princípios estabelecidos constitucionalmente devam ser seguidos de forma unívoca nos três níveis da federação.

Posteriormente as disposições constitucionais passaram por um processo de regulamentação regido pela Lei de nº 8.080, de 19 de dezembro de 1990 - Lei Orgânica da Saúde. Nesta lei foram definidos os objetivos e as funções específicas do SUS. Coube ao art. 5º elencar os seus objetivos, sendo eles: a identificação e a divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de políticas de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social 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 e ainda a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Já o art. 6º estabelece as atribuições do SUS, que são grosso modo: atuar na promoção de saúde com ações específicas, a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico, dentre outras funções.

Sobre a Lei 8.080/90 é oportuna o seguinte comentário:

A Lei 8.080/90 dispôs sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Esse diploma normativo prescreve normas sobre organização, direção e gestão do SUS, competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas, funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde, política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS, recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento desses. (FARIAS, 2008, p. 53)

Outra regulamentação da saúde pública no Brasil ocorreu por meio da Lei nº 8.142/90, sendo esta marcada pela característica da gestão democrática da saúde. Esta norma trata dentre outras questões da participação comunitária na gerência do

SUS, o que dá suporte para a criação da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde, instâncias colegiadas que são encontradas nos três níveis da Federação. Sendo que, a diferença entre elas reside no fato de que, as Conferências são órgãos consultivos que realizam o controle social do SUS, enquanto o Conselho de Saúde é um órgão de cúpula, encarregado do planejamento, controle, articulação com a sociedade e quanto à forma de financiamento do sistema.

Logo, compreende-se que as duas legislações acima comentadas foram muito relevantes para a implementação do SUS, pois serviram para dá mais operacionalização ao sistema de saúde, visto que a Lei 8.080/90 delimitou os objetivos e atribuições do SUS, enquanto a Lei 8.142/90 definiu a forma da participação popular, bem como o financiamento deste sistema de saúde.

Ainda sobre este sistema é oportuno mencionar os seus princípios fundamentais que são: da universalidade, vez que todos os cidadãos sem qualquer preconceito, devem ter acesso aos serviços de saúde do SUS, sejam eles do serviço público, sejam prestadas por instituições privadas conveniadas ao SUS; da equidade, pois todos têm direito a um atendimento igualitário de acordo com cada caso, afastando-se a discriminação; da integralidade da atenção à saúde, isso porque a todos é garantido um tratamento preventivo e também curativo; da descentralização, pois o atendimento e tratamento de doenças são de competência dos três níveis federativos; da participação popular visando ao controle social: pois esta é uma garantia constitucional da população participar por meio de suas entidades representativas no processo de elaboração das políticas de saúde, bem como do seu controle na execução e por fim o princípio da hierarquização, através do qual se garante a organização das ações de saúde em diferentes níveis governamentais para, desta forma, os atendimentos serem realizados de acordo com sua complexidade e incidência.

Deve ser advertida, ainda, a gratuidade das ações e serviços que são prestadas pelo SUS. Não sendo demais lembrar que, este sistema está estruturado por meio de diversas leis, portarias, regulamentos e dentre outros instrumentos reguladores.

Quanto a sua implementação (que ocorre em níveis e localidades diferentes), é indispensável à participação do Poder Público. Note-se também que, o SUS poderá contar com a colaboração de particulares, com preferência para as

intuições sem fins lucrativos ou filantrópicas, que atuam de maneira complementar ao Sistema Único de Saúde na prestação dos seus serviços.

O SUS, portanto, representa uma extensão do corpo constitucional no cumprimento de seu dever de efetivar a saúde pública, visto que, com o auxílio de outras legislações ele elenca mais medidas e ações para se programar as políticas sanitárias, além de dá mais margem para a participação popular.

4 - O CONTROLE JUDICIAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O presente capítulo versará sobre o controle que o Poder Judiciário vem realizando para viabilizar o direito à saúde. Nesse sentido, abordará-se a Teoria da Separação dos Poderes, pois esta teoria foi por muito tempo utilizada como argumento para vedar a intervenção do Poder Judiciário, quanto a sua atuação para evitar violações aos direitos fundamentais.

Desta forma, sustentar-se-á que atualmente a separação estanque e desarrazoada dos poderes não pode mais prosperar, pois a maneira com esta teoria foi estruturada não mais se coaduna com o Estado Democrático, além do que, a sua adoção gera um efeito paralisante na luta pelos direitos sociais, assim se destacará como é premente que seja dada uma nova leitura para esta teoria.

No segundo tópico será estudada a Teoria da Reserva do Possível, pois ela também tem sido utilizada como argumento para tentar barrar a intervenção do Poder Judiciário nas questões que dizem respeito à saúde. Nesse ínterim, buscar-se-á extrair-se a ideia proposta pela reserva do possível, no que se refere às prestações materiais dos direitos sociais e a sua relação com a limitação da capacidade financeira do Estado. Ainda, de acordo com a teoria, almeja-se confirmar que os direitos sociais só podem ser garantidos se possíveis e adequados perante o restante da sociedade. Também se pontuará que, para o exercício dos direitos sociais seria imprescindível se observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A seguir, se apresentará a reserva do possível como fundamento que o Estado tem utilizado para não cumprir com os seus deveres, mediante a alegação de falta de recursos e de dotação orçamentária. Todavia, será demonstrado que a jurisprudência, nestes casos, tem exigido a devida comprovação de falta de recursos financeiros, bem como de previsão no orçamento para assim, denegar um pedido de prestação de saúde.

Na terceira parte será abordado o mínimo existencial, onde o mínimo será apreciado como uma proteção para uma vida digna e não somente como uma garantia de sobrevivência. Posteriormente, se esclarecerá que coube a doutrina conceituar o mínimo essencial, do que resultou em seu enquadrando como um direito fundamental. Logo após, serão apresentados conceitos doutrinários do tema.

Depois, se chamará a atenção para a apreciação do mínimo essencial, pois para esta análise deverá se levar em consideração aspectos como o lugar, o tempo, a cultura e valores históricos da sociedade. E finalmente apresentar-se-á que a jurisprudência nacional tem concedido decisões em que se garante o mínimo existencial quando se trata de questões de saúde.

No último ponto será desenvolvida a questão da judicialização da saúde propriamente dita, tratando-se do surgimento nacional deste fenômeno, bem como da forma como ele vem sendo abordado. Assim, será ressaltado o papel do CNJ na busca de soluções que atendam, da melhor maneira, aqueles que precisam de resposta do Judiciário. Ao final, apresentar-se-á a Recomendação nº 31/2010 do CNJ mencionando-se seus aspectos mais significativos.

4.1 - O CONTROLE JUDICIAL E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Inicialmente deve-se esclarecer que o Princípio da Separação dos Poderes, não trata da divisão dos poderes propriamente dita, mais sim da repartição das funções atribuídas a cada ente estatal, visto que, o Poder é um só, não comportando divisões.

De antemão, é necessário se fazer uma pequena explicação sobre a Teoria da Separação dos Poderes, teoria esta que nasceu durante o Estado Liberal de Direito, em meados do século XVIII e que desde então vem sendo agregada a vários ordenamentos jurídicos. A sua previsão também é encontrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que através do artigo 16 afirmou que uma Constituição somente teria um peso verdadeiramente constitucional se fosse previsto em seu texto a separação dos poderes.

A Separação dos Poderes foi idealizada pelo francês Montesquieu, em que pese alguns doutrinadores atribuírem sua criação a John Locke. Pois bem, deixando de lado a discussão sobre sua autoria, chega-se ao entendimento de que este novo preceito jurídico destinava-se a barrar o despotismo dos governantes, defendendo a ideia de que o monarca deveria ter o seu poder controlado mediante as leis elaboradas pelo parlamento. Desta monta, a separação vislumbrava

precipuamente a especificação das funções de cada Poder, no intuito de evitar o exercício arbitrário das funções públicas. Assim, diante de um equilíbrio no exercício entre os poderes criava-se um ambiente propício para a proteção das liberdades individuais, tão almejada neste período.

Continuando a análise deste princípio, cumpre alertar que mesmo este tendo surgido durante o século XVIII, ele ainda tem sido largamente utilizado para, de certa forma, tentar perpetuar uma estrutura conservadora. Estrutura esta, que tenta vedar qualquer atividade judicial que fiscalize as práticas abusivas realizadas dentro do âmbito das funções dos Poderes Executivo e Legislativo, sobretudo quando estas práticas atingem os direitos fundamentais da pessoa humana.

Ocorre que, na atual conjuntura alcançada pelo Estado Democrático o respeito à divisão dos poderes é um ponto que notoriamente não pode ser entendido como obstáculo à intervenção jurisdicional, especialmente quando esta interferência tem por objetivo garantir a execução dos direitos sociais prestacionais.

Hodiernamente, não há mais como se sustentar a visão inicial atribuída a separação dos poderes, pois esta separação da forma como está estruturada servia tão somente para os parâmetros do liberalismo, não podendo mais se sobreviver diante das novas exigências do Estado Democrático de Direito. Nagibe de Melo J. Neto (2009, p. 61) assinala que “[...] os tempos pós-modernos precisam de proteção não mais contra o arbítrio do monarca, mais agora contra os abusos da lei, [...] contra a inefetividade dos comandos constitucionais”.

Andreas Joachim Krell (2002, p. 88) também discorda do formato conservador que ainda se atribui a interpretação da separação dos poderes ao afirma que, é cada vez mais evidente que o vetusto Princípio da Separação dos Poderes idealizado por Montesquieu no século XVIII, está servindo para produzir um “efeito paralisante” às reivindicações sociais e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também a omissão estatal.

Krell continua discorrendo sobre sua insatisfação e aponta que é indispensável à revisão deste princípio, sendo que esta revisão deve ocasionar a sua adequação ao atual Estado Social, bem como se ajustar as exigências quanto à efetividade dos direitos fundamentais. Cabendo neste momento citar a sua seguinte colocação:

[...] torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juizes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas 'lições' às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e reinterpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico (KRELL, 2002, p. 91).

Assim, percebe-se que é necessário que a teoria da separação dos poderes seja atualizada, levando-se em consideração o texto constitucional de 1988, onde há a supremacia dos direitos fundamentais, a proteção às garantias sociais e da defesa da democracia.

A atualização também é imprescindível frente ao crescimento do desempenho do Poder Judiciário quanto ao controle das atividades públicas. Isso porque, este poder não tem mais se limitado a uma atuação negativa, através da simples anulação de atos ilegais, como foi por muito tempo, quando o Judiciário exercia sua função apenas de maneira tímida (DIAS, 2007, p. 164). Quanto a este controle, ele incide sobre as omissões da Administração Públicas referente à efetivação dos direitos fundamentais. Sendo que um dos fatores que contribuiu para a ampliação da atuação do Judiciário foi crescente demanda social e, conseqüentemente as exigências para que o Poder Público as realize. Sobre este último aspecto, valioso é o comentário de Jozélia Broliani (2005, p. 128):

O poder judiciário vive, desde o século XX, uma fase de constante aumento nas demandas, quantitativo e qualitativo, provocado pela litigiosidade resultante das transformações ocorridas na sociedade, no Estado e no Direito. Instalou-se uma crise no poder judiciário, tendo de um lado os "conservadores" que pregam a limitação da função jurisdicional, na tese defendida desde o século XIX, e os "progressistas" que defendem a ideia de que o Poder Judiciário tem o mesmo peso, importância e competência dos demais poderes, devendo controlar tanto o legislador quanto o administrador em igualdade de condições e de funções.

Foi justamente em decorrência dessa necessidade de se repensar o Princípio da Separação dos Poderes, que juristas renomados passaram a defender o argumento de que, diante da inércia dos Poderes Executivo e também Legislativo, o Judiciário será o poder competente para suprir eventuais lacunas, uma vez que, não havendo o preenchimento delas, violar-se-á ainda mais a atual Carta Republicana.

Corroborando com esta visão Ana Paula Barcellos (2002, p. 217) ao afirmar que a separação dos poderes não mais é um empecilho ao controle realizado pelo Poder

Judiciário quando se tratar de ações, bem como de omissões do Poder Público que contrariem o texto constitucional, mesmo que estas ocorram no campo destinado às prestações estatais.

Quanto a esta nova medida, tendenciosa a ampliação da função do Poder Judiciário, é oportuno apresentar o pensamento de Lênio Streck (1998, p. 323), que apresenta uma inovação no ordenamento jurídico proporcionado graças a Constituição Federal de 1988. É o que se colhe da sua seguinte lição:

Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser suprimidas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais/constitucionais podem ser expungidos do Texto Magno.

Já Andreas Krell (2000, p. 29) ao tratar deste tema faz a seguinte ponderação:

Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Nesse sentido, observa-se a preocupação com a formação de um novo contorno para as atividades do Poder Judiciário no que se refere mais especificadamente à efetivação dos direitos fundamentais, provocando-se uma postura mais ativa para este poder. Apesar disso, cumpre destacar que, esta postura mais ativa não significa a ideia de supremacia do Judiciário sobre os outros poderes, pois uma ação como esta poderia gerar uma invasão na esfera de atuação dos outros poderes. E não é isso que se almeja com a revisão do papel do Poder Judiciário, a revisão visa garantir a plena eficácia das normas constitucionais, zelando sempre pela supremacia da Carta Magna.

Concordando com a postura mais atuante do Poder Judiciário, a maioria dos tribunais brasileiros vem se posicionando no sentido de impor majoritariamente ao Poder Executivos que cumpra com os seus deveres constitucionais, como por exemplo, o dever de promover ações que impliquem na efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Neste diapasão, é conveniente apresentar-se a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Esta ADPF (que pode ser encontrada no ANEXO A deste trabalho) tinha por objetivo impugnar o veto presidencial ao art. 55 § 2º da Lei 10.707/03, a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Conforme a parte promovente, a arguição teria por objetivo derrubar o veto presidencial, que a seu ver chocava-se o preceito fundamental estabelecido na Emenda Constitucional nº 29 de 2000, que dispõe sobre o piso constitucional aplicado na saúde.

No entanto, o julgamento desta ADPF não ocorreu, visto que este foi prejudicado em decorrência da edição da nº Lei 10.777/03, que restaurou a antiga regra que havia sido vetada na LDO.

Mesmo não havendo o julgamento da arguição, a questão da intervenção do Judiciário na efetivação das políticas públicas ante a inércia estatal foi analisada pelo Ministro-relator, Celso de Mello. De modo geral, ele se posicionou pela possibilidade de intervenção, sendo que esta deveria se operar em caráter excepcional.

Esta ADPF foi de muito valor, pois ela levantou a discussão sobre os limites da atuação judicial diante dos outros poderes estatais, quando se trata da prestação dos direitos sociais, através da concretização de políticas públicas. Além do que, ela também confirmou a possibilidade de intervenção judicial nestes casos.

Assim, depois da apreciação do Ministro-relator sobre esta ADPF torna-se mais fácil concordar o argumento quanto a excepcional intervenção judicial na formulação e implementação de políticas públicas, pois os direitos consagrados na Constituição devem ser efetivados, primeiramente pelo Poder Público, porém, diante de sua omissão a tarefa caberá ao Judiciário.

Aceita a possibilidade de intervenção, surgem outras questões igualmente complicadas, quais sejam, saber quando e como deverá acontecer a interferência sem que esta seja desproporcional a matéria em apreciação.

A resposta a esse questionamento ainda está longe de ser dada, mais até agora o que está certo é que, ao se realizar o controle os representantes jurídicos da sociedade deveram usar de uma grande dose de cautela para não correr o risco de transformar a administração pública em uma plena extensão dos poderes dos magistrados. Esse maior cuidado também é necessário para não afetar a

discricionariedade do administrador, quando esta diz respeito à escolha das soluções que melhor atendem ao interesse social.

Ademais, convém pontuar que, o controle da atividade administrativa que ocasiona a sustação de violações a direitos fundamentais, é um direito fundamental do cidadão conforme se assegura no art. 5º, XXXV, que afirma “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, cabe ao Judiciário se posicionar diante destes casos.

No entanto, mesmo existindo esta garantia de acesso contra estas violações, é imperioso que a solução jurídica nestas hipóteses seja eficiente, tanto quanto ao tempo para a resposta, daí a relevância dos procedimentos cautelares, como também quanto ao meio de resposta escolhido, sendo nestes casos, expressivo o número de decisões em todo o país que determinam a realização de transplantes, cirurgias, fornecimento de medicamento de elevado custo, de prótese, órtese, dentre outras determinações.

Quanto a este raciocínio exhibe-se um trecho de uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a sua posição no referente à prestação do direito à saúde:

Com todo respeito aos que entendem que as normas constitucionais são de natureza meramente programáticas e de proteção do interesse geral, não conferindo aos seus beneficiários o direito de exigir o atendimento de assistência e proteção vitais à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos, sem os quais os que deles necessitam fatalmente hão de perecer. Felizmente, este egrégio Tribunal e em momento oportuno, atento à realidade dos fatos, passou a dar interpretação menos restritiva ao texto constitucional. (STJ. ROMS. 13.452/MG. REL. MIN. GARCIA VIEIRA. Diário de Justiça 7 out. 2002)

Assim, depois de se fixar alguns pontos sobre a separação dos poderes e sobre a possibilidade do controle judicial de políticas públicas, evidenciou-se que nos dias atuais predomina o entendimento de que as funções exercidas pelo Poder Judiciário vão muito além das atribuições que o modelo tradicional de Separação dos Poderes estabelecia. Hoje sua atuação é decorrência da necessidade de se efetivar as normas constitucionais fundamentais, bem como do próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito.

4.2 A RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE JUDICIAL

Anteriormente apresentou-se a nova roupagem que tem o Princípio da Separação dos Poderes, roupagem onde este princípio não mais é aceito como um entrave capaz de afastar a legitimidade que o Poder Judiciário tem no controle das Políticas Públicas.

Mesmo tendo sido ultrapassada a ideia em que Princípio da Separação era um óbice ao controle, ainda é cabível se debater outro ponto em que se questiona a legitimidade do Poder Judiciário quanto a sua intervenção na atividade dos outros poderes. Assim, é relevante desenvolver algumas contendas em torno da Teoria Reserva do Possível, visto que esta é um argumento reiteradamente utilizado quando se discute a viabilidade do controle das políticas públicas em face da omissão estatal.

A Teoria da Reserva do Possível é uma criação do direito germânico, que nasceu quanto a Corte Constitucional Federal da Alemanha em 18 de julho de 1972 julgou o caso Numerus Clausus. Sendo que, o Numerus Clausus representava uma política que aquele país adotava para restringir o número de alunos que ingressavam anualmente em determinados cursos superiores, em virtude da sua grande procura. Desta forma, alguns alunos que não conseguiram uma das vagas pretendidas nos curso de Medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique contestaram judicialmente a restrição frente ao disposto na constituição alemã que em seu art. 12 garantia a liberdade na escolha profissional, quanto ao local de trabalho e também acerca do centro de formação.

Naquela ocasião a Corte decidiu que os direitos constitucionais individuais deveriam ser limitados frente aos direitos da coletividade. Segundo o Tribunal Constitucional:

[m]esmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. (JORGE NETO, 2009, p. 148)

No julgado chegou-se a conclusão de que a reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) exprimia a ideia de que as prestações materiais dos direitos sociais teriam como limite a capacidade financeira do Estado. Também por meio desta decisão, conseguiu-se reforçar o pensamento de que os direitos subjetivos individuais só poderiam ser garantidos se possíveis e adequados perante o restante da coletividade. Este também é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 272) ao estabelecer que:

[...] o Tribunal Alemão entendeu que (...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Assim, de acordo com a origem apresentada, à teoria da reserva do possível não diz respeito tão somente à existência de recursos financeiros capazes de materializar os direitos sociais, ela também se refere ao critério da razoabilidade do direito apresentado e o qual se objetiva a efetivação.

Nesse sentido, também se pontuou que a disponibilidade dos recursos além de representar a possibilidade de prestações matérias dos direitos sociais era uma atuação discricionária dos administradores públicos e dos parlamentares. Ainda entendeu-se que ao se definir as prestações que seriam fundamentais era indispensável sopesar além do princípio da razoabilidade o princípio da proporcionalidade.

Nesse particular, é oportuno mencionar como a teoria surgiu no cenário nacional. No direito brasileiro a teoria foi recepcionada recentemente, surgindo nos tribunais em meados da década de 90, período que coincidiu com a desregulamentação da economia pátria, bem como com o crescimento do pensamento neoliberal.

Depois de se apresentar o surgimento da reserva do possível e também a sua incorporação no direito pátrio, convém conceituá-la enfatizando que ela trata de uma restrição ou um limite iminente aos Direitos Sociais. Ademais, ela ainda pode ser concebida como sendo uma teoria que “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por elas supridas” (BARCELLOS, 2002, p. 236), sobretudo no campo das prestações sociais.

Daniel Wei Liang Wang (2010, p. 350) também define a reserva do possível estabelecendo que esta seria:

[...] aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. [...] isto não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mais expressa a necessidade de ponderar este direito. Significa que os direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável para todos os casos de modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

A teoria em comento é frequentemente usada como argumento do Estado quando este se encontra no polo passivo de demandas em que os cidadãos cobram prestações relacionadas à efetivação dos Direitos Sociais. Nestas ações, o Estado sustenta a reserva do possível para justificar, muitas vezes, a sua omissão no cumprimento dos direitos sociais. A reserva do possível, além disso, funciona como uma tentativa de se adequar às pretensões sociais aos limites orçamentários estabelecidos, assim como a disponibilidade de recursos dos cofres públicos para a efetivação das despesas.

Ana Paula Barcellos (2002, p. 237) faz uma brilhante exposição sobre a perspectiva da reserva do possível como um argumento estatal para justificar a sua omissão no trato com os direitos sociais, afirmando que:

[a teoria da reserva do possível] passou a ocupar o lugar que antes era ocupado pela teoria das normas programáticas, pela separação de poderes e pela discricionariedade administrativa, no sentido de que, se antes se entendia pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, agora se entende pela ausência de previsão orçamentária.

E complementa a autora carioca (2002, p. 238) assinalando sobre os males que a falta de entendimento da teoria causou para a efetivação dos direitos sociais. Nesse sentido ela defende que:

[...] na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais.

Adentrando mais especificadamente no exame prático das questões da reserva do possível, destaca-se a alegação de falta de recursos para a

implementação dos direitos sociais exigidos através de demandas judiciais. Juridicamente falando, inúmeras vezes a falta de dotação orçamentária prévia é levantada como um empecilho ao cumprimento das determinações judiciais que visam o cumprimento das políticas públicas. Neste ponto, devem os operadores do direito, especialmente os magistrados, ter muita cautela ao apreciar cada demanda, pois muitas vezes estes argumentos não vêm acompanhados do acervo probatório necessário. Sendo assim, na falta de comprovação de que os recursos são escassos o argumento da reserva do possível não deve prosperar, pois os limites financeiros (falta material de recursos) e judiciais (a falta de previsão orçamentária) precisam está devidamente comprovados, para poderem afastar a efetivação dos direitos sociais, em especial as ações que digam respeito ao direito à saúde.

Quanto a esta necessidade de comprovação, sábio é o ensinamento de Gustavo Amaral (2001, p. 116), que aduz:

Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, objetivamente, judicialmente que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e faticidade dessas razões, mais sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade.

Atualmente, a teoria da reserva do possível, especialmente por conta de posicionamento forte da jurisprudência, tem cada vez mais sido afastada, e descartada, pois este não é um instituto capaz de impedir a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado.

Os posicionamentos recentes da jurisprudência nacional têm exigido mais do que uma mera alegação de inexistência de recursos públicos, impõe uma real comprovação da inexistência de recursos, ou seja, uma verdadeira exaustão do orçamento apresentado. Consubstancia-se nesse sentido o julgamento no Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 45/DF, que no trecho a seguir corrobora com a necessidade da devida comprovação de falta de recursos públicos. Nesse sentido, apresentam-se as palavras do ministro Celso de Mello:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a

limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre 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 de essencial fundamentalidade. [...]. (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04).

Desta maneira, e diante deste argumento que é constantemente suscitado pela Administração Pública para justificar a sua falta de cumprimento com os deveres sociais protegidos constitucionalmente, assim se posiciona Sarlet (2010, p. 32):

O que tem sido, de fato, falaciosa é forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada de entre nós como argumento impeditivo de intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a "reserva do possível" [...] significa também, especialmente em face do sentido no disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que **cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos à prestação**, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. (grifos nossos).

Por outro lado, a reserva do possível também tem sido utilizada para limitar a efetividade dos direitos fundamentais levando-se em consideração a incapacidade jurídica do Poder Público em aplicar finanças para sua efetivação, visto que, estar-se-ia diante da falta de previsão orçamentária para estes casos. Logo, seria vedada a intervenção que o Judiciário realiza para efetivar os direitos fundamentais sociais que dependem de prestações.

Apesar da Administração Pública trazer esta nova visão sobre a reserva do possível para afastar o controle judicial, esta tentativa também já foi superada através dos recentes entendimentos jurisprudenciais que determinam o bloqueio de recursos financeiros do Poder Público. Na maioria das vezes os bloqueios são realizados quando não se cumpre com as determinações judiciais que de alguma forma garantem os direitos sociais demandados.

Sobre este entendimento apresenta-se um julgado relativo a questões de saúde em que se entende que é possível o bloqueio para o fornecimento de medicamentos. A seguir o julgado que dispõe:

FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º DO CPC - PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a pessoa portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz de ofício ou a requerimento da parte a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. Precedentes da Primeira Seção. Recurso especial improvido. REsp 874630 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2006/0175823-3. . Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS (1130). Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 21/09/2006; Data da Publicação/Fonte DJ: 02.10.2006 p. 262. (grifos nossos).

As ponderações até aqui feitas não são suficientes para por fim a discussão, no entanto, elas podem servir para demonstrar que a aplicação da reserva do possível reconhece a inexistência de supremacias absolutas. Seja esta supremacia dos direitos fundamentais em todas as ocasiões ou por outro ângulo a supremacia absoluta da previsão orçamentária e da discricionariedade do Poder Executivo como formas de se vedar a realização dos direitos sociais. Logo, a inexistência efetiva de recursos e a ausência de previsão orçamentária não são elementos absolutos capazes de vincular uma decisão judicial e conseqüentemente, afastar a responsabilidade do estado no cumprimento dos direitos sociais.

O importante é uma escolha sensata, a ser realizada pelo Estado para satisfazer os objetivos constitucionais. Assim, é mais prudente pensar pela possibilidade da intervenção judicial nas políticas públicas, inclusive por meio de sequestro de valores das contas dos entes federativos para forçar o cumprimento das decisões judiciais. Portanto, nas decisões em que a teoria é levantada é oportuno que se faça uma ponderação entres os bens em jogo e os interesses

pretendidos através de medidas que busquem o equilíbrio e racionalidade das decisões proferidas.

4.3 - A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE GARANTIA AO MÍNIMO EXISTENCIAL NA SAÚDE PÚBLICA

O mínimo existencial está relacionado a um conjunto de atividades que almejam promover a dignidade da pessoa humana. Sendo que para se promover a dignidade da pessoa humana e conseqüentemente o mínimo existencial outros direitos devem ser protegidos. Estes direitos são os compõe o núcleo da dignidade, tais quais o direito à alimentação básica, à saúde, à moradia, à educação, ao emprego, ao lazer, à informação, dentre outros que representam o essencial para tal mister.

Além de se ligar a dignidade da pessoa humana e aos direitos que compõe o seu núcleo, o mínimo existencial também se relaciona com o princípio da liberdade, da igualdade, com os direitos humanos, e mais alguns diretos e princípios encontrados no corpo da atual Constituição.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, o mínimo existencial não visa apenas à sobrevivência, mais sim pressupõe a preservação de valores constitucionais que conjuntamente resguardados podem ocasionar uma vida digna, e não somente um mínimo para a subsistência.

Conforme Ricardo Lobo Torres (1999, p. 262) este princípio representa um direito às condições mínimas para que haja uma existência humana digna. Ele ainda acrescenta que, o mínimo existencial não pode ser objeto de intervenção do Estado apesar de exigir prestações estatais positivas.

Quanto aos instrumentos que protegem o mínimo existencial podem-se destacar as declarações internacionais dos direitos humanos, onde a sua previsão é frequente. Um destes instrumentos normativos no campo internacional é a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) estatui em seu artigo XXV:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida **capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito

à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (grifos nossos).

Ainda no nível internacional, a menção ao mínimo existencial é expressa taxativamente por meios de dispositivos legais encontrados nas constituições alemã, portuguesa e espanhola. Estas previsões constitucionais foram muito relevantes para incorporação da teoria do mínimo existencial ao direito brasileiro, pois serviram de influência para que o constituinte de 88 criasse um padrão mínimo de proteção para os direitos fundamentais, mesmo que isso não resultasse em uma previsão positiva do mínimo existencial na Carta Política de 1988.

Como se estabeleceu anteriormente o princípio do mínimo existencial não tem dicção constitucional expressa, não tendo a Constituição Federal o proclamado nem em uma cláusula genérica ou cláusula aberta. Quanto a este princípio a novel Carta Legal se limita apenas a estabelecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, CF).

Mesmo não tendo uma dicção constitucional, o mínimo existencial tem a sua proteção garantida através das definições doutrinárias, que acabou por configurá-lo como um direito fundamental. Dentro do campo dos direitos fundamentais, o mínimo existencial corresponde ao conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna. Quanto à fundamentalidade do mínimo, faz-se menção aos dizeres de Torres (2003, p. 02) que afirma:

Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. **A ideia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*.** Os direitos fundamentais originais, ao contrário, são válidos e eficazes em sua dimensão máxima. (grifos nossos).

Em que pese não ser este o foco do estudo, é de bom tom acentuar que há na doutrina divergências acerca do conjunto de direitos abrangidos pelo mínimo existencial. Desta maneira, vários foram os conceitos doutrinários criados no intuito de se estabelecer uma definição mais completa sobre o que se entende por mínimo existencial. Dentre estes foram escolhidos alguns, ao quais se passa a abordar a seguir.

Em meio a estes conceitos se destaca o pensamento de Ana Paula de Barcellos (2002 p. 45), para ela o mínimo existencial visa enfrentar os problemas teóricos e jurídicos da efetivação dos direitos sociais. Eis o que ela assevera:

[...] o mínimo existencial [...] procura representar um subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais menores – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado.

Para Robert Alexy, citado por Coutinho (2007, 113), o mínimo existencial configura-se como os direitos sociais mínimos inseridos numa posição de prestação jurídica jusfundamentalmente garantida. Ainda de acordo com Alexy, o mínimo reporta-se ao princípio da igualdade real, cuja aplicação torna viável uma análise nacionalmente controlável dos valores em questão, conforme as circunstâncias vigentes. Nesse sentido, traduz a noção de um mínimo existencial relativo, possível de se adequar, mesmo enquanto pretensão posta em juízo, às condições vigorantes em dada comunidade.

Por sua vez, Luis Roberto Barroso (2000, p. 111) entende que o mínimo existencial se estrutura por meio da formação de um tripé, que é composto por direitos garantidos constitucionalmente, que seriam o direito à saúde, à educação e à moradia.

Ao passo que Sarlet (2010, p. 25) compreende o mínimo existencial como todo o conjunto de prestações indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável. Para este eminente doutrinador o mínimo existencial também se trata de uma exigência inafastável do Estado Democrático de Direito, ressaltando que o mínimo existencial encontra-se no âmbito do princípio da máxima efetividade, pois o seu núcleo é composto por direitos sociais.

Quanto à relação entre o mínimo essencial e o direito à saúde, parece ter razão Milanez (2004, p. 202-203), ao expor que à “garantia de um núcleo central, encara-o como o nível mínimo essencial de saúde que deve ser fornecido pelo Estado aos indivíduos”. Entretanto, continua este autor, se houver a possibilidade de um fornecimento mais amplo, naturalmente deverá o Estado fazê-lo, mas nunca poderá o Poder Público, diante de suas obrigações, fornecer menos do que o limite mínimo estabelecido.

Feitas essas ponderações e esclarecendo-se que a ideia da impossibilidade de fixação prévia e abstrata das prestações que configuram o mínimo existencial, cumpre indicar alguns exemplos que, na área da saúde, certamente representam um patamar mínimo de garantia.

A discussão do que seria o mínimo a ser garantido na saúde passou a ser mais frequente principalmente após os debates em torno da ADPF nº 45/DF, nesta ocasião o STF asseverou, dentre outras coisas, pela impossibilidade de omissão estatal frente às condições mínimas de existência e autorizando “[...] a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

Neste diapasão, é oportuno se frisar que o Poder Judiciário não pode fazer mais do que exigir o cumprimento do conteúdo mínimo ou essencial dentro dos limites do necessário, para não correr o risco de invadir a competência do Poder Legislativo. As prestações mínimas que serão exigidas por via judicial deverão ser estabelecidas de acordo com o caso concreto.

Ainda merece ser destacado que, o direito fundamental ao mínimo existencial deve possuir conteúdo variável e ter conceito flexível, por tratar de problemas quantitativos. Assim, ele deve manter uma perspectiva aberta e casuística, pois a sua comprovação depende de fatores como o tempo, lugar, estrutura e nível econômico e financeiro da sociedade. Sendo assim, para se apreciar o mínimo essencial deve-se levar em consideração o conjunto de particularidades de toda sociedade, ou seja, os seus núcleos comunitários e suas particularidades, como a sua formação histórica, bases cultura e valores sociais, pois todos estes servirão para constituir as referências do que deva ser compreendido como mínimo existencial.

Em sua visão Ricardo Lobo Torres (2000, p.77) corrobora com este pensamento, aduzindo que o conteúdo do mínimo existencial será de acordo com cada sociedade, com enfoque nas peculiaridades, necessidades ou anseios do contexto histórico da época.

No que se refere ao entendimento dos padrões mínimos de prestações materiais na área da saúde, decorrentes do direito fundamental à saúde a jurisprudência brasileira tem asseverado pela existência de um direito subjetivo as prestações matérias em saúde. Assim, especialmente no que se trata do fornecimento de remédios e realização de procedimentos médicos pelo SUS, as

decisões tem, na maioria dos casos, sido favorável aos pedidos de saúde apresentadas.

Em suas decisões o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o direito a saúde pública representa uma prerrogativa passível de ser cobrada judicialmente, bem como, que o argumento da reserva do possível não deve prosperar quando se tenta assegurar, ainda que minimamente, a dignidade humana e finalmente sedimentou-se o entendimento que garantir o mínimo essencial não está dentro das prerrogativas do gestor público, e sim dentro dos seus deveres.

Desta forma, utiliza-se o STJ do critério do mínimo existencial para garantir a efetividade dos direitos sociais, neste caso, o direito à saúde. A seguir apresenta-se parte do teor de uma das decisões do STJ em que confirma o exposto anteriormente:

Administrativo – Ação Civil Pública - Controle judicial de políticas públicas - possibilidade em casos excepcionais - Direito à saúde- Fornecimento de equipamentos a hospital universitário - Manifesta necessidade - Obrigação do estado - Ausência de violação do princípio da separação dos poderes - Não- oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial - 1- Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do ministério público para figurar no polo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o Prisma constitucional. 2- Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3- A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, **o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. (...) Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6- assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. STJ - REsp 1.041.197 - (2008/0059830-7) - 2ª T - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 16.09.2009. (grifos nossos).**

Em sendo assim, percebe-se que o mínimo existencial deverá ser respeitado e cumprido pelo Estado, uma vez que, ao ser este desrespeitado estar-se-á ferindo não só os princípios e direitos assegurados pelas Constituição Cidadã, mais também o próprio Estado Democrático, pois este almeja que todos os seus cidadãos tenham uma vida em que pelo menos o básico é garantido.

Neste ínterim, também é perfeitamente aceitável a presença do controle judicial como meio de viabilizar que o ente público não deixar de cumprir com os seus deveres, principalmente quando se trata de deveres que dependem de prestações matérias, a exemplo do direito à saúde.

Finalmente, afirma-se que as decisões que tratem de matéria de saúde devem ser orientadas pela certeza e pela prudência para alcançar posições jurídicas que não só assegurem o mínimo existencial, mais que quando possível o excedam, desde que não se ameace a execução de outros direitos igualmente relevantes.

4.4 - O PAPEL DO CNJ NA BUSCA DE MELHORIAS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

Já faz algum tempo que o Poder Judiciário vem sendo o auxílio de muitos pacientes que precisam de medicamentos ou se submeter a procedimentos médicos não ofertados ou ofertados precariamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Um dos fatos que mais contribuiu para que o Judiciário funcionasse como um garantidor de tais demandas é que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 196 que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Foi a partir da promulgação da CF/88 que o Poder Judiciário, abriu as suas portas para a chamada judicialização da saúde.

Tal judicialização merece ter o seu sentido apreciado, ainda que de forma bastante concisa. Pois bem, este fenômeno significa a fiscalização que o Poder Judiciário realiza para afastar as violações que o Estado comete quando cuida da saúde. Este fenômeno desafia o judiciário que em muitos casos deve escolher entre demandas individuais e coletivas, sem ter aparato estrutural para tal incumbência.

Aqui é conveniente entender o termo judicialização. Este foi bem delineado, ainda que de forma ampla, por Luís Roberto Barroso (2011, p. 360), que de modo precioso descreve:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. [...] Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês [...], com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.

No Brasil, o início da judicialização da saúde ocorreu com a busca por medicamentos para combater os avanços do vírus da AIDS. Tendo se difundido mediante o crescimento do número de liminares que se concedia obrigando o Estado a fornecer de forma gratuita aos portadores do HIV medicamentos de custo elevado e que não faziam parte da lista do SUS.

Mais recentemente o tema voltou a ser debatido de maneira profunda e ampla durante a Audiência Pública nº 4, realizada entre os meses de abril e maio de 2008. Esta audiência foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no intuito de discutir as ações judiciais que visavam o fornecimento de prestações de saúde.

Nestes debates se constatou as falhas e disfunções que eram ocasionadas pelas demandas, como por exemplo: a falta de informações clínicas prestadas ao magistrado que decidiriam as demandas, a grande quantidade de medidas de urgência providas sem audiência com os gestores responsáveis pelo provimento daquelas políticas e ainda a necessidade de se difundir mais conhecimento entre os magistrados sobre questões técnicas que se originaram ou se refletiam na prestação de saúde.

A respeito da repercussão que estas e outras questões de saúde ocasionam na operacionalização da justiça o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou a formação de um grupo de trabalho para efetuar estudos e encontrar formas para se melhorar a prestação judicial em demandas que envolvem a matéria de saúde.

Do trabalho do grupo resultou, dentre outras coisas, a Recomendação nº 31/2010 (que pode ser encontrada no ANEXO B), que indica medidas a serem adotadas pelos tribunais para subsidiar os magistrados a fim de dada mais eficácia na solução das ações judiciais que digam respeito à assistência à saúde. Esta

recomendação foi muito bem aceita pela sociedade brasileira e os seus frutos vem sendo apresentados diuturnamente. Como exemplo destes frutos positivos pode-se destacar a formalização de convênios para dar suporte técnico de médicos e farmacêuticos aos juízes no exame de questões de saúde.

Quanto a Recomendação nº 31/2010 merece ser dada atenção a alguns pontos voltados aos Tribunais de Justiça e Tribunais Federais Regionais para que estes orientem os seus juízes para:

1- procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, nos quais estejam contidas a descrição da doença, inclusive com a Classificação Internacional da Doença (CID), a prescrição de medicamentos, com descrição genérica ou princípio ativo, os produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

2- evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou em fase experimental, ressalvadas as exceções previstas em lei;

3- ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

4- verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), se os requerentes são integrantes de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

5- determinem, no momento da concessão da medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Estas são apenas algumas das medidas previstas na Recomendação 31/2010 do CNJ que almejam dá efeitos concretos em relação às demandas que buscam prestações do SUS.

Espera-se que esta iniciativa tão louvável que teve o CNJ funcione de base para auxiliar os magistrados na solução das ações que versam sobre saúde e que os administradores cumpram com a sua responsabilidade não só frente aos convênios firmados, mais com os seus deveres como um todo. E por fim, que estas medidas sirvam de estímulo para que os direitos e garantias constitucionais, especialmente o direito pleno à saúde sejam efetivados de maneira a possibilitar a todos uma existência digna.

5 - CONCLUSÃO

A mudança da forma com está estruturado o atual Estado de Direito, não mais se coadunam com a antiga forma existente, onde o Poder Judiciário só tinha por função a anulação dos atos ilegais realizados pelo Poder Público. Ao contrário, a ampliação do Estado de Direito exige cada vez mais que o Judiciário desempenhe uma função mais ativa.

Hodiernamente, mais que atuar na resolução de conflitos privados, o Judiciário tem a função de proteger os direitos subjetivos individuais e coletivos, saindo assim de uma posição de inércia, a qual figurou por muito tempo, para mediante a provocação dos interessados, ampliar a sua legitimidade para agir frente à omissão ou violação de direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais prestacionais.

Diuturnamente o Poder Judiciário tem aprofundado as suas ações perante os outros poderes da federação, o que acaba gerando uma completa mudança no tradicional sistema. Esta mudança vem acontecendo porque algumas decisões políticas vêm sendo tomadas por este poder. Aqui é necessário frisar que, mesmo ampliando o seu leque de funções este poder não pode intervir em funções que são precipuamente desempenhadas pelos poderes Executivo e Legislativo, quando estes atuam de acordo com as disciplina jurídicas.

Quanto à análise a respeito do controle judicial das políticas públicas de saúde, esta teve por objetivo estudar este tema tão atual e tão discutido, assim, cumpre asseverar que o tema não foi esgotado e ainda está sujeito a um exame diferente de vários autores.

Nesse sentido, o trabalho procurou apresentar dentre os variados pontos debatidos os principais, que foram: as ponderações sobre os limites bem como as possibilidades dos quais o direito à saúde é exigido mediante a intervenção judicial, neste ínterim também se notou como é importante o papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao elaborar diretrizes para combater falhas e disfunções nas decisões judiciais que tratam de demandas de saúde.

Ademais, estudaram-se as políticas públicas, através de sua evolução histórica, de seu conceito doutrinário, apresentou-se o seu processo de constitucionalização e estabeleceu-se a relação das políticas públicas com o Direito.

Em segundo momento, tratou-se do Direito à saúde, expondo as primeiras noções do tema, a sua proteção constitucional, o seu significado. Desta forma, almejou-se durante este trabalho, esmiuçar o objeto do direito à saúde para que, depois fosse possível uma melhor compreensão da quantidade de ações e prestações materiais que podem se originar do dever estatal de proteger à saúde pública.

Assim, destacou-se que o direito à saúde é garantido em muitos documentos internacionais a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Desta maneira, pelo fato do direito sanitário permear muitos tratados e Constituições nacionais, pôde-se concluir que a maioria dos Estados reconhece a importância da saúde a nível internacional e também nacional.

Ocorre que, a principal problemática do direito sanitário não é a falta de regulamentação, mais sim a pouca atenção estatal tendente a realizá-lo por meio de prestações materiais.

No âmbito nacional, o Brasil adotou o Sistema Único de Saúde para prestar assistência à saúde pública, em que pese também haver a possibilidade desta ser realizada pela iniciativa privada. Assim, a princípio a implantação do SUS visava garantir a universalização da saúde, no entanto, o serviço começou a ser prestado de forma muito aquém da esperada, o que afetou especialmente a população mais carente.

Depois, se abordou o enfoque doutrinário que defende que as políticas públicas não são sindicáveis, da qual decorre a ideia de que elas estariam vinculadas a teoria da separação dos poderes, a falta de legitimidade do Poder Judiciário, a discricionariedade na elaboração e execução das políticas públicas, bem como ao princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, dentre outros argumento apresentados para tentar afastar a efetivação do dever estatal de prestar o direito à saúde.

Todavia, após se confrontar estes pontos com a teoria do mínimo essencial e da dignidade da pessoa humana, pôde-se entender que o direito à saúde é perfeitamente acionável pela via judicial, sendo estes argumentos derrubados em nome da prestação do direito fundamental à saúde.

Por fim, se esboçou medidas que o CNJ sugere para que as demandas relacionadas à saúde pública sejam efetivadas da melhor forma possível ao que buscam prestações do SUS.

Por todo o exposto, afirma-se que a intervenção judicial realizada para garantir o direito à saúde pública é perfeitamente viável desde que se observem algumas medidas para se proteger o direito à saúde do restante da sociedade.

REFERÊNCIAS

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.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://sisnet.adauneiras.com.br/lex/doutrinas/artigos%20controle%20politicass.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2013.

_____. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de set. de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 set. 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dez. de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 dez. 1990.** Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 18 mar. 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Promovida contra o veto presidencial que incidiu sobre o § 2º do art. 55 da Lei 10.707/2003 (LDO). Ministro-relator: Celso de Mello. 29 de abril de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 874630/ RS.** Relator Ministro Humberto Martins. Data do julgamento 21/09/2006. Data da Publicação 02.10.2006

_____. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS. 13.452/MG.** REL. MIN. GARCIA VIEIRA. Diário de Justiça 7 out. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.041.197 - (2008/0059830-7) - 2ª T -** Rel. Min. Humberto Martins - DJe 16.09.2009

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.** Belo Horizonte, ano 5, nº 21, p. 1 19-134, jul./set. 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais pragmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COUTINHO, Alessandro Dantas. **Efetivação do Direito à Saúde pelo Poder Judiciário**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi (orgs.). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

_____. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

FARIS, Nidia Caldas. **Políticas Públicas de Saúde: perspectivas das decisões judiciais**. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e do Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de Um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LASCALA, Maria Carolina Florentino; FREITAS, Riva Sobrado de Freitas. **Breve análise das sentenças judiciais e das sentenças da corte interamericana de direitos humanos que condenam o estado brasileiro à realização de políticas públicas**. In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, p. 7530-7541, Florianópolis: Boiteux, 2010.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. **Revista Interface (Porto Nacional)**. Rio de Janeiro, n. 5, p. 49-54, out. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direito sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARQUES, Lucimara dos Santos. **A História da Saúde Pública no Brasil**. Porto Alegre: Via Jus. 2013. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

MEKSENAS, Paulo. **Cidadania, Poder e Comunicação**. São Paulo: Cortez, 2002.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 197-221, jul./set. 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **O direito à saúde**. Passo Fundo: UFP, 2003.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

NORONHA, J. C.; LIMA, I. D.; MACHADO, C. V. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: Giovanella, Lígia et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. Estado e políticas públicas no Brasil; desafios ante a conjuntura neoliberal. **Serviço Social e Sociedade**. São Paulo, nº 93, p. 101-123, março 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 18. mar. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais**. 16 dez.1966. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 18. mar. 2013

RUA, Maria das Graças. Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos. In: RUA, Maria das Graças; VALADÃO, Maria Izabel. **O Estudo da Política: Temas Selecionados**. Brasília: Paralelo,1998, p. 15.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à vida: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, nº 10. Jan.2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acessos em: 10 mar. 2013.

_____. (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: A trajetória da saúde pública**. São Paulo: Senac, 2002.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, jul./dez. 2006, nº.16, p.20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>. > Acesso em: 02 mar. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programas de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 153-185.

_____. **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**. 1988-1998, uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial** (direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado/ organizador Ingo Wolfgang Sarlet), Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

_____. **A cidadania multidimensional da era dos direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direito fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STJ. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANEXO A- ADFP n º45/DF**ADPF 45 MC/DF***

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material:

"§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza."

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Requisei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144.

Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo.

Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional.

Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material:

"Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

'Art.59.....

§ 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

§ 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)." (grifei)

Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.).

Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004.

Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País -

recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o carácter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos económicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade económico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre 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 de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar):

"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até

mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris):

"A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) 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." (grifei)

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em conseqüência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175).

Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 29 de abril de 2004.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

ANEXO B – Recomendação nº 31/2010 do CNJ

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. (Publicado no DJe nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6)

RECOMENDAÇÃO Nº 31, DE 30 DE MARÇO DE 2010

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ, no uso de suas atribuições, e

CONSIDERANDO o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;

CONSIDERANDO a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira;

CONSIDERANDO que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

CONSIDERANDO que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas

com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

CONSIDERANDO as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde;

CONSIDERANDO a menção, realizada na audiência pública nº 04, à prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, "p", da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde;

CONSIDERANDO que, na mesma audiência, diversas autoridades e especialistas, tanto da área médica quanto da jurídica, manifestaram-se acerca de decisões judiciais que versam sobre políticas públicas existentes, assim como a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS;

CONSIDERANDO, finalmente, indicação formulada pelo grupo de trabalho designado, através da Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, do Ministro Presidente do Conselho Nacional de Justiça, para proceder a estudos e propor medidas que visem a aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde;

CONSIDERANDO a decisão plenária da 101ª Sessão Ordinária do dia 23 de março de 2010 deste E. Conselho Nacional de Justiça, exarada nos autos do Ato nº 0001954-62.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;

Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação a todos os Tribunais.

Ministro GILMAR MENDES