

LEANDRO FERNANDES MORAIS

**DIREITO À SAÚDE E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS: características, peculiaridades e
controvérsias jurídicas.**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

LEANDRO FERNANDES MORAIS

**DIREITO À SAÚDE E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS: características, peculiaridades e
controvérsias jurídicas.**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora e M.e Karla de Souza Oliveira.

ANÁPOLIS – 2018

LEANDRO FERNANDES MORAIS

**DIREITO À SAÚDE E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS: características, peculiaridades e
controvérsias jurídicas.**

Anápolis, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as oportunidades e bênçãos que foram proporcionadas e vivenciadas no decorrer dessa longuíssima jornada. Aos excelentes professores da UniEvangélica pelo extraordinário aprendizado, dando ênfase a minha Orientadora, Prof. Karla de Souza Oliveira, sempre paciência, incentivo, e prontidão no auxílio e na execução de atividades e demais diálogos sobre o andamento desta Monografia. Aos meus pais, Mauro José de Moraes e Edinaci Fernandes de Moraes e minha irmã Fernanda Fernandes de Moraes pelo incansável esforço em amar, cuidar e educar, bem como apoiar e incentivar continuamente com total crença na obtenção de minhas conquistas, em especial minha jornada acadêmica, e a minha namorada Daiane Mendes Rios pela demonstração de amor ao sempre me manter firme nos meus objetivos e jamais me abandonar mesmo nos meus momentos mais difíceis ao longo desta trajetória.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo refletir sobre a judicialização das políticas públicas, em especial no que tange a efetivação do Direito a saúde, inseridos na Constituição Brasileira de 1988. O estudo foi desenvolvido utilizando-se de pesquisas bibliográfico-documentais e entendimentos doutrinários, pois esta oferece meios que auxiliam na definição e resolução dos problemas já conhecidos. Os direitos fundamentais sociais presentes na Constituição de 1988 têm sua fundamentalidade garantida no texto constitucional positivo e na sua relação com valores e objetivos estampados na carta constitucional, especialmente com a dignidade da pessoa humana. Ao demandarem do Estado prestações materiais, têm-se um considerável ônus econômico, que acaba por influenciar negativamente sua materialidade. Deste modo esse estudo analisa os posicionamentos diversos da doutrina, que observa a questão por diferentes prismas. Também são levantadas relevantes questões do modo como esse direito é efetivado quando da omissão do Estado, do ativismo judicial e da reserva do possível.

Palavras chave: Políticas Públicas, Direitos Sociais, Saúde, Judicialização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SOCIAL À SAÚDE	03
1.1. Definição de políticas públicas.....	03
1.2. Relação das políticas públicas e direitos sociais.....	06
1.3. Direitos sociais.....	09
1.4. Fornecimento de medicamentos pelo Poder Executivo.....	11
CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	17
2.1. Direito a saúde.....	17
2.2. Efetivação do Direito a saúde no Brasil.....	11
2.3. Omissão do Poder Executivo.....	25
CAPÍTULO III – O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	29
3.1. Efetivação do direito à saúde pública por meio de decisões judiciais.....	29
3.2. A reserva do possível e o contrabalanceamento de interesses do Poder Público entre a prestação individual e suas consequências ao coletivo.....	34
3.3. Eficácia das decisões judiciais e posicionamento doutrinário.....	37
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

A ideia desse trabalho monográfico é analisar os desdobramentos da excessiva judicialização das políticas públicas no Brasil, com um enfoque no direito à saúde e o fornecimento de medicamentos.

A metodologia utilizada neste estudo foi à pesquisa bibliográfica, pois esta possibilita variados meios que auxiliam na definição e resolução dos questionamentos previamente conhecidos, bem como permite visualizar novas áreas onde os mesmos ainda não se fixaram suficientemente. Possibilita também que temas sejam analisados sob diferente abordagem ou enfoque, produzindo novos questionamentos e conclusões. Ademais, permite a cobertura de uma gama de estudo mais ampla, principalmente quando o problema da pesquisa requer a coleta de dados muito dispersos no decurso estudado.

Tradicionalmente, as políticas públicas se encontram nas mãos do Poder Executivo, contudo, este poder muitas vezes não consegue garantir todos os direitos demandados pelos indivíduos, o que faz suas ações serem muito *aquém* das expectativas sociais. Essa omissão do poder majoritário potencializou o processo de judicialização no Brasil, fenômeno conhecido como teoria da efetividade dos direitos sociais, o qual permitiu que o Poder Judiciário adentrasse no campo das políticas públicas visando suprir a omissão do Poder Público e concretizar os direitos fundamentais, elencados na Constituição.

A atuação imperativa do Poder Judiciário tomou proporções tão relevantes que resultou num excesso de ingerência nos demais poderes, interferindo no planejamento estatal. Nesse contexto, tendo em vista frequentes críticas quanto

ao controle judicial de políticas públicas na saúde, se pretende analisar o fenômeno da judicialização e da política de fornecimento de medicamentos do Sistema Único de Saúde (SUS), com fulcro nas recorrentes decisões dos tribunais brasileiros, notadamente do Supremo Tribunal Federal, referentes à garantia do direito à saúde e a crítica financeira a esta judicialização, embasada na teoria da reserva do possível.

Em caráter geral, direitos fundamentais sociais necessitam, para sua efetividade, de políticas públicas definidas. Essa tarefa não limita apenas o Poder Executivo, alcançando também a capacidade elaborativa de diretrizes pelo Poder Legislativo. Todavia nem sempre é possível delinear-las, seja, por exemplo, em detrimento da escassez de recursos orçamentários (invocando-se a cláusula da reserva do possível), seja em razão da própria omissão de tais poderes.

Os direitos sociais estão previstos no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, a qual prevê que 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 à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. A tripartição dos poderes e as funções inerentes a cada um também foram alçadas ao patamar constitucional, dada sua relevância jurídica.

Como direito fundamental positivo, o direito à saúde exige por parte do Estado um conjunto de medidas positivas, isto é, de prestações que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Ocorre que quando o poder público deixa de efetivar a política pública para a saúde, não concretizando esse direito constitucional, autoriza a intervenção do Poder Judiciário, que se movimenta na direção da efetivação do direito violado.

Entes do Poder Judiciário se voltaram para a discussão sobre a judicialização da saúde, de maneira a estabelecer os limites para o deferimento dos tratamentos médicos pela via judicial e balizar a sua atuação, procurando adequá-la à concretização do direito à saúde dos autores das demandas judiciais, e à necessidade de continuidade do Sistema Único de Saúde.

CAPÍTULO I – POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO BRASIL

O presente capítulo fará uma abordagem sobre o que são políticas públicas com seus variados conceitos e definições, bem como a relação direta destas com os direitos sociais garantidos na Constituição de 1988. Conjuntamente serão abordadas ponderações sobre Direitos Sociais e a tão famigerada questão do fornecimento de medicamentos pelo Poder Executivo.

1.1 Definições de políticas públicas

O termo Política Pública é um conceito amplo, e devido a isto resulta em compreensões bastante subjetivas e abstratas, requerendo um estudo intelectual amplo para torná-lo factual, tangível. As políticas públicas tomam forma por meio de programas públicos, projetos, leis, campanhas publicitárias, esclarecimentos públicos, inovações tecnológicas e organizacionais, subsídios governamentais, rotinas administrativas, decisões judiciais, coordenação em rede, atores, gasto público direto, contratos e outras ações coordenadas e tomadas pelo Estado.

Ainda nesse sentido, a expressão políticas públicas, quando se tratando de política, qualquer asserção assume um caráter público, bem como destaca a relevância destas ações para o desenvolvimento social do Estado. Pode-se começar sintetizando o entendimento sobre políticas públicas como sendo uma série de medidas oriundas do Estado que, em regra, originam-se em uma conjugação de ações entre as funções legislativa e executiva do Estado. (FREIRE JÚNIOR, 2005)

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes conceitua a questão da seguinte forma:

A caracterização de algo como política pública depende fundamentalmente do fato de ser executado pelo governo, aqui entendido como corpo político responsável pela trajetória de determinado Estado. Como bem sabemos no Brasil esse corpo político é eleito a cada quatro anos em eleições majoritárias (presidente, governadores, prefeitos e senadores) e proporcionais (vereadores, deputados estaduais/distritais e federais). (2017, p. 15)

Logo política pública pode ser parte de uma política de Estado ou uma política de governo. Para compreender essa questão, é importante observar que uma política de Estado é toda política que independente do governo e do governante, devendo ser realizada por ser amparada pela constituição. Em contraponto uma política de governo pode depender da alternância de poder consequente dos resultados das eleições, onde cada governo tem seus projetos, que por sua vez se transformam em políticas públicas. (ANDRADE, 2016)

Pode-se caracterizar política pública de forma singela como o sistema de metas e planos adotados para alcançar o bem-estar da população. É necessário observar que, não é sempre que tais políticas organizadas pelo governo representam factualmente as necessidades apontadas pela sociedade de maneira geral, e devido a isso a sociedade se faz fundamental no processo de convergência junto ao Poder Público, requisitando políticas que tenham relações com as reais necessidades da população. (EDUCAÇÃO INTEGRAL, 2013)

Na visão de Reinaldo Dias e Fernanda de Costa Matos:

A expressão política pública engloba vários ramos do pensamento humano, sendo interdisciplinar, pois sua descrição e definição abrangem diversas áreas do conhecimento como as Ciências Sociais Aplicadas, a Ciência Política, a Economia e a Ciência da Administração Pública, tendo como objetivo o estudo do problema central, ou seja, o processo decisório governamental. (2012, p. 11)

Em outra acepção, Maria Paula Dallari Bucci escreve que política pública “é expressão que abrange todas as formas de atuação do Estado, dentro de uma perspectiva de processos juridicamente articulados. A afirmação implica o reconhecimento de que todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, incluindo-

se neste rol os agentes políticos, constituem políticas públicas”. (2006, p. 37)

Mario Procopiuck enxerga o conceito de políticas públicas dentro dos seguintes paradigmas:

Envolve quatro elementos fundamentais: princípios metafísicos gerais, hipóteses práticas, metodologias de ação e instrumentos específicos. De acordo com esses critérios, a política pública inexiste sem que um sistema organizado de atores seja formado em torno de uma temática com identidade definida e com fins de resolver algum problema prático socialmente situado. (2013, p. 140)

Então, no enfoque teórico-conceitual, a política pública em geral é um campo multidisciplinar, e seu ponto central está nas explicações sobre a natureza da política pública e seus processos. “Deste modo, uma teoria geral da política pública resultana busca de condensar teorias construídas no campo da sociologia, da ciência política e da economia.” (SOUZA, 2006, p.06)

No entendimento do autor Wilson Donizete Liberati, ao analisar a definição de políticas públicas, afirma que há uma convergência fundamental sobre a definição de política pública, qual seja:

Quando decisões emanam de autoridades governativas, em sentido lato, tal como afirma James Anderson, as políticas públicas “são as desenvolvidas por funcionários e organismos governamentais”. Ou, ainda, na acepção de Mény e Thoening,⁶ de que uma “política pública é o resultado da atividade de uma autoridade provida de poder público e de legitimidade institucional [...] uma política [pública] apresenta-se sob a forma de um conjunto de práticas e diretrizes que promanam de um ou mais atores públicos”. (2013, p. 83)

As políticas públicas influenciam diretamente na economia e nas sociedades, daí por que qualquer teoria da política pública precisa também explicar as correlações entre Estado, política, economia e sociedade. Logo é também a razão pelas quais pesquisadores de variadas disciplinas partilham um interesse comum na área, impactando em estudos que contribuem para avanços teóricos e práticos. (SOUZA, 2006)

Diante da indissimulável multiplicidade que compreende os conceitos de políticas públicas, toma como referencial teórico o norte-americano Ronald Dworkin. Este autor define políticas públicas (policies) como padrões de conduta que propõem objetivos a serem alcançados (normalmente melhorias), em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. (1989, p.72)

Defronte os conceitos citados, pode-se resumir política pública de forma simplificada como o âmbito de estudos e conhecimento que procura “pôr o governo para trabalhar” e analisar essa ação e, conjuntamente, quando necessário, propor mudanças no rumo dessas ações. A formulação de políticas públicas concebe-se no estágio em que os governos democráticos consubstanciam seus propósitos e plataformas em ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. (DYE, 1984)

Logo as políticas públicas se apresentam como um instrumento pelo qual o Estado deve materializar as normas constitucionais, gerais, seja diretamente por seus órgãos, ou indiretamente, por meio da sociedade civil organizada, com o intuito de atingir o bem comum e conferir ao povo o gozo dos direitos fundamentais. (FREIRE JUNIOR, 2005)

1.2 Relação das políticas e direitos sociais

Os direitos sociais têm como cerne a igualdade e a liberdade, assegurando aos cidadãos condições mínimas dignas para a sua subsistência, se tornando imprescindíveis para o exercício da cidadania, pois propiciam meios materiais e condições fáticas que possibilitem a efetiva fruição das liberdades fundamentais. Em função disso, são imprescindíveis a elaboração de políticas públicas para impor limites e obrigações ao Poder Público, salvaguardando o indivíduo contra alguma ingerência do Estado. (ZANETTI, 2013)

José Afonso da Silva expõe que os direitos sociais estão diretamente adstritos aos direitos fundamentais, pois:

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (2001, p.285)

Conquanto, direitos fundamentais e suas respectivas garantias fundam a própria tradução da dignidade da pessoa humana, isto em contrapartida a veleidade natural do estado, onde se deve observar o mínimo de condições que o cidadão possa conviver conforme sua natureza e, de tal modo, garantir o avanço da sua personalidade. Ademais, determinada interpretação dos direitos fundamentais detém sua eficácia fundada no próprio Poder Judiciário, observando ser necessário um poder autônomo para garantir tais direitos inalienáveis. (GUIMARÃES, 2017)

Efeito disso, o principal obstáculo que envolve os direitos sociais diz respeito à sua eficácia, mais especificamente no tocante à implementação de políticas sociais efetivas, tal qual a sua imposição ao poder público, diante dos infortúnios de ordem econômica e política. Por conseguinte, constituem o núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, que é estritamente comprometido com a realização da justiça social. Contudo, a situação socioeconômica de um país pode revelar a presença de profundas desigualdades sociais, excluindo muitos indivíduos do usufruto da plena cidadania. (KRELL, 2002)

Neste sentido, a declaração universal dos direitos humanos apresenta em seu artigo 22, um importante preceito:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (1948, *online*)

Compreende-se nesta declaração universal citada acima que todos os cidadãos têm o direito a condições mínimas de sobrevivência a serem asseguradas pelo estado, de forma a poder levar uma vida digna. Devendo ser imprescindíveis leis, regulamentos e medidas públicas de promoção e fortalecimento desses direitos, pois estes somente poderão ser realizados por meio das políticas públicas, que

fixam de maneira planejada, diretrizes e atitudes da ação do Poder Público perante da sociedade. A garantia desses direitos por meio de leis proíbe os estados de realizar ou não procedimentos lesivos ao ser humano. (SARLET, 2008)

Ainda conforme previsto no Pacto Internacional das Nações Unidas e ratificada pelo decreto N 591Brasil em 06 de julho de 1992

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (1992, Art.11, §1, *online*)

Assim, a concretização dos direitos fundamentais caracteriza-se como assunto de grande interesse, mais especificamente no que tange à análise da força normativa das previsões constitucionais relativas ao tema. Os direitos sociais resultam de grandes lutas ao longo dos séculos, por meio da pressão de movimentos sociais e de trabalhadores.

A utilização da expressão social encontra respaldo, no aprofundamento do princípio da justiça social, além de servirem às reivindicações das classes menos favorecidas como a operária, a título de compensação, em virtude da desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, notoriamentepossuidora de um maior poder econômico. (SARLET, 2015)

A ausência ou a insuficiência dos direitos sociais, como trabalho e sua consequente renda, educação, saúde, moradia, alimentação, tal qual a existência de contextos e padrões sociais que dificultam o ingresso a esses direitos e à vida digna, criam-se grandes impedimentos ao exercício de todos os outros direitos humanos e fundamentais. Para que não sejam infringidos, é necessária a adoção de medidas concretas, planejadas e bem definidas através da atuação positiva do Poder Público, atuação esta que depende da necessidade de orçamentos e dotações específica. (ZANETTI, 2013)

A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador (1918), O Tratado de Versalhes (1919), a criação da Organização Internacional do Trabalho, a Constituição da França (1848), a Constituição do México (1917), a Constituição da República de Weimar (1919), a Constituição da Espanha (1931) e a Constituição do Brasil (1934), foram diplomas normativos pioneiros na introdução dos direitos sociais para garantir o mínimo existencial dos seres humanos. (REZENDE; BIFFI, 2015)

1.3 Direitos sociais

No Brasil, a primeira referência aos direitos sociais fora disposta na Constituição de 1934, no seu título sobre a ordem econômica e social, dedicando um título à ordem econômica e social organizada de modo a possibilitar a todos uma existência digna, reiterando o princípio da igualdade. Nas Constituições ulteriores, a alusão manteve sob o título da ordem econômica e social, até o advento da Constituição de 1988, onde os direitos sociais foram erigidos à categoria de direitos fundamentais com previsão expressa no seu artigo 6º e seguintes. (ABREU, 2011)

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 destinou um Título para tratar Dos Direitos e Garantias Fundamentais, destacando os qualificativos fundamentais que então caracteriza situações jurídicas sem as quais os cidadãos não se realizavam, não convivem e, por vezes, sequer sobrevivem. Esses são fundamentos do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2003)

Foi responsável também por implementar consideráveis progressos sociais em benefício aos mais desfavorecidos, aflorando em seu texto conceitos como o intitulado “mínimo existencial”. Neste âmbito, esse mínimo existencial é abrigado tanto pelos direitos sociais quanto pelo princípio da dignidade da pessoa humana e fundamentados a liberdade e igualdade, devido ao fato de que o mínimo existencial não ter articulação constitucional definida. Deve-se busca-lo na abstração de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos dos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. (TORRES, 2009)

Mais precisamente em seu Preâmbulo, estabelece que são valores supremos da sociedade o exercício dos direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade. Portanto, estes valores são direitos de todos os cidadãos, conforme exposto:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (1988, p. 9)

Posto esse raciocínio, não se focaliza o mínimo existencial apenas para preservar a própria vida humana, mas se vislumbrando um mínimo desejável para uma sobrevivência digna, conferindo assim a máxima efetividade ao mínimo existencial na busca pela igualdade social e pela correta concepção do que é a vida.

Os direitos sociais, expostos no artigo 6º, da Constituição Federal do Brasil, intencionam garantir melhor qualidade de vida aos mais necessitados, tendo em vista diminuir as desigualdades sociais tão latentes no Brasil, como: saúde, educação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados e moradia. Outros direitos sociais se apresentam por toda a Constituição Federal de 1988, sendo eles direitos coletivos e, em norma, passíveis de alterações provenientes de emendas constitucionais. (ZANETTI, 2012)

Como bem leciona Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais sociais são considerados a base e o fundamento da Constituição de um Estado Democrático Social de Direito, pois:

Além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem

como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição e existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional vigente. (2015, p.63)

Assim sendo, os direitos previstos possuem o desígnio de impor diretrizes, deveres e tarefas a serem prestadas pelo Estado, com fulcroem permitir aos cidadãosamparados por ela uma melhor qualidade de vida e um grau mínimo de dignidade como presunção do próprio exercício da liberdade também prevista. Pode-se enxerga-los como pressupostos dos direitos essenciais, pois eles andam estreitamente incorporados a um conjunto de condições materiais necessárias para o perfeito exercício de outros direitos.

1.4 Fornecimento de medicamentos pelo Poder Executivo

Desde sua promulgação a Constituição Federal de 1988 obteve nítida força normativa e efetividade ao longo dos anos. Os dispositivos constitucionais afastaram a visão de meros componentes de uma carta política, para adentrarem na seara judicial, sendo aplicados direta e imediatamente pelos magistrados e tribunais.

Nesse sentido, ressalta-se a relevância da intervenção judicial, visto que, conforme salienta o Ministro do STF Luís Roberto Barroso:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. (2007, p. 04)

Na trilha dessa compreensão, se nota que o desenvolvimento de teses doutrinárias e o aumento de jurisprudências referentes ao direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos são perceptíveis conseqüências dessa ininterrupta inclinação à efetivação das normas constitucionais, em específico às tocantes aos direitos sociais. Nessa esfera, o Poder Judiciário é acionado para dirimir sobre o

fornecimento de medicamentos, em uma diversidade de circunstâncias, partindo do ponto de vista da determinação constitucional de prestação universal e integral do serviço público de saúde. (FREITAS; VAZ, 2018)

Contudo, as deliberações constitucionais referentes à universalidade e à prestação integral do serviço público de saúde devem ser apreciadas e interpretadas com determinada cautela, dado que embora àquele relacione-se ao direito de todos os cidadãos de recorrer ao SUS, este não abrange todo e qualquer bem e serviço na área de saúde. Assim, se torna desacertada a concepção de que o Estado é incumbido pelo guarnecimento de todo e qualquer insumo de saúde altivamente da observância de normas básicas destinadas a regular o sistema, de forma que os cidadãos menos favorecidos, na sua gritante maioria os efetivos usuários do SUS possam ser atendidos com eficiência e isonomia. (FREITAS, VAZ, 2018)

Deste modo, percebe-se que talvez o conceito mais adequado à presente exposição é o proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, que por ser mais restrito soluciona os aspectos negativos supracitados:

Serviço público é toda atividade consistente na oferta de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade e cujo desempenho entende que deva se efetuar sob o regime jurídico de direito público, isto é, outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio, gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular. (2010, p. 665)

Outrossim, no concernente à crescente intervenção do Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde, especialmente, nas relativas ao fornecimento de medicamentos, verifica-se que se faz necessária a utilização de determinados critérios e parâmetros pelos juízes, com o objetivo de promover a efetivação do direito à saúde. Em outra terminologia, embora as decisões visem minimizar a deficiência do Sistema Nacional de Saúde, o alastramento exacerbado de decisões desarrazoadas, condenando à Administração ao custeio de tratamentos experimentais, alternativos, de resultados duvidosos ou ainda agudamente

dispendiosos, pode provocar um colapso da estrutura pública, posto que os gastos podem se tornar imprevisíveis e superiores à disponibilidade de recursos. (SANTOS, 2010)

Conforme a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo 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. (2008, p. 265)

Para mais, ao se proceder de tal forma, se evidencia a desorganização da máquina pública, que em consequência poderá ficar impedida de alocar racionalmente recursos públicos já exíguos. Visualiza-se, nessa perspectiva, que um posicionamento excessivo por parte do Poder Judiciário pode comprometer demasiadamente não só o orçamento público, mas o respectivo prestamento jurisdicional, convertendo-a a algo sem efetividade e funcionalidade. (FREITAS; VAZ, 2018)

CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O capítulo apresentado adiante trata sobre o que é direito da saúde, bem como sobre a efetivação do direito à saúde no Brasil. Por fim, será abordado sobre a omissão do poder executivo na garantia do direito à saúde no Brasil. Para desenvolver conteúdo sobre a matéria direito à saúde há que se conceituar o que é ela.

2.1 Direito a saúde

Neste ponto, localiza-se o primeiro óbice. Desenvolver uma definição que abarque, em todas as suas acepções, um vocábulo que envolve tanta abstração, se torna um afazer de grande complexidade. Porém, para descomplicar todo o raciocínio, é preciso ter em mente que as conjunturas culturais, sociais, econômicas e políticas necessitam ser examinadas, de modo que saúde não corresponde à mesma coisa para todos.

Sua ideia e percepção são dependentes da época, local e da conjuntura social e econômica; bem como de valores individuais, de concepções científicas, religiosas e filosóficas. O mesmo vale para as doenças, pois aquilo que é considerado e percebido como doença é algo extremamente variável. Pelo fato de envolver diferentes dimensões e aspectos, se torna bastante difícil conceituar saúde. (SCLIAR, 2007)

Ao contrário da doença, que sempre esteve no centro da discussão, a saúde parece ter sido relegada à segundo plano por filósofos e cientistas. A visão da saúde entendida como ausência de doença se difunde largamente no senso comum, porém não se restringe apenas a esta dimensão do conhecimento. Por volta do século XVIII, à doença era vista como um ingrediente constitutivo do ambiente assim como qualquer outro componente da natureza.

Defronte a compreensão limitada do que era à saúde nos primórdios e à medida que todas as pesquisas estavam focadas na análise da doença, o conceito de saúde era negligenciado, ou, no melhor dos cenários, relegado à algo secundário, pois em seu entendimento esteve constantemente implícito a ideia da não-doença. (BATISTELLA, 2007, p. 57)

É irrefutável que à vida é o bem mais valioso e importante do ser humano, e que uma boa saúde é inerente a manutenção da vida. Nesse raciocínio se compreende que para que todo e qualquer ser humano possa usufruir de uma melhor qualidade de vida, é sem dúvida indispensável que este tenha acesso irrestrito à saúde, bem como também, a condições sanitárias dignas no meio em que vive. (ANDRADE, 2011)

Ao introduzir o tema, é importante frisar que saúde nem sempre recebeu a proteção legal adequada. Segundo Andrade (2015, *online*), O filósofo Aristóteles relacionava a saúde à felicidade. “O indivíduo saudável era conseqüentemente um cidadão feliz. Já Sigmund Freud comparava-a com a questão da alma, o *psique*. Para o psicanalista a saúde “vai muito além da saúde do corpo físico”. (*apud*, ARISTOTELES, 1942; FREUD, 1987)

Carlos Batistella formulou na histórica VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS), realizada em Brasília, no ano de 1986 o seguinte conceito de saúde:

Em sentido amplo, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. Sendo assim, é principalmente

resultado das formas de organização social, de produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. (BRASIL, 1986, p. 4)

A legislação, até o século XIX, não dispunha sobre o direito à saúde. Apenas na passagem do estado social para o estado liberal que a saúde ganhou perspectiva de direito, mas foi com a segunda guerra mundial que a saúde tornou um valor universal a ser seguido, assim como a dignidade humana. Afinal como ter uma vida digna se não existir o direito à saúde. (ANDRADE, 2015)

Ao falar sobre o assunto, Alessandra Gotti expende: “Os direitos sociais são, por conseguinte, sobretudo, endereçados ao Estado, para quem surgem, na maioria das vezes, certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material.” Assim, cabe ao estado a materialização de direitos a população, de forma que haja de igualdade na prestação destes sem qualquer distinção de classes. (2005, p. 71)

A saúde consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XXV, que define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Isto é, o direito à saúde é inerente ao direito à vida, que tem por alento o valor de igualdade entre as pessoas. (DUDH, 1948, *online*)

Conforme pondera o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. (2009, p. 10)

No Brasil a proteção à saúde iniciou-se com a Constituição de 1934, mas ainda muito associado ao direito à saúde do trabalhador. Àquela época não se pensava a saúde como um valor a todos os brasileiros. Em 1937 previu o direito à

saúde da criança. No ano de 1946 inseriu a saúde como repartição de competência. No ano de 1967, mesmo com a emenda 01/1969, não trouxe nenhum avanço na legislação quanto ao acesso à saúde. Entretanto foi na Constituição de 1988 que pela primeira vez a saúde ganhou notoriedade e status de norma suprema, conforme se verifica nos artigos 196 a 200. A Constituição reservou uma seção inteira, dentro do capítulo da ordem social, para dispor sobre o direito à saúde. (ANDRADE, 2015)

Em conformidade a tal questão, Bernardes Gonçalves escreve “O direito à saúde constitui direito de todos e dever do Estado, a partir de um acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Portanto, dada à amplitude de sua acepção, é um direito público subjetivo capaz de ser exigido do Estado. (2010, p. 1046)

A Constituição Federal de 1988 trouxe um papel muito importante para o direito à saúde no Brasil, pois diante do movimento da reforma sanitária, este resultou na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) que, de acordo com a Constituição, o Estado tem à responsabilidade de promover o acesso para todos, sem distinção, sendo um direito universal pertencente aos brasileiros e estrangeiros, que assim necessitarem, podendo utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, a fim de promover o seu direito. (ANDRADE, 2011)

Fernando de Oliveira Domingues interpreta com o seguinte contexto “O reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito”, de tal forma que nossa constituição dá proteção jurídica aos direitos sociais, assim, em um Estado de Direito, nossas autoridades políticas estão sujeitas ao respeito do Direito, e em específico a prestação ao acesso a saúde. (2009, p. 106)

O direito fundamental à saúde previsto na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 196 assim dispõe: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, a Constituição destinou ao indivíduo, a sociedade e ao Estado o encargo de cuidado com a saúde pública. Assim o direito à saúde se insere na órbita dos direitos sociais constitucionalmente garantidos; tratando-se de um direito público subjetivo, sendo uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. (BRASIL, 1988)

Nesse contexto, Flavia Piovesan comenta: “A Constituição Federal de 1988, além de estabelecer os direitos sociais em seu artigo 6º, apresentou um amplo leque de normas que apontam para a necessidade da criação de diretrizes, programas e afins a serem adotados pelos Entes Públicos e pela coletividade”. (2010, p.115)

Portanto, quando se fala em direito à saúde é concebível que este não se resume exclusivamente a obtenção de tratamento repressivo e a medicamentos para tratamento de possíveis enfermidades. Compreende-se que o direito à saúde é um instituto tanto mais diverso, precisando estar relacionado a uma boa alimentação, à assistência social, ao trabalho, à moradia digna. O direito fundamental à saúde é importante porque é uma questão de cidadania e pertence à coletividade.

2.2 Efetivação do direito á saúde no Brasil

Consoante ao escrito até esse ponto se faz evidente que a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 ascende o direito à saúde como algo fundamental ao cidadão, acarretando desta forma ao Estado o dever de promover este através de políticas públicas, de forma que o garanta a todos os cidadãos, indefinidamente, com vista sempre ao objetivo maior de reduzir ao mínimo possível as desigualdades sociais, e como matéria central à ideia de justiça social.

Ao assegurar a saúde como direito social fundamental, a Constituição Federal compeliu ao Estado determinada prestação positiva, e, por consequência, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. A Constituição Federal de 1988 trata

especificamente do direito à saúde como direito social, no artigo 196, proclamando que “O direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado”. (BRASIL, 1988)

Por conseguinte, compete ao Estado, englobando todas as suas federações, isto é, União Federal, Estados Membros e Municípios, não apenas a sua garantia, mas como objetivo a minimização dos riscos e possíveis ultrajes à saúde pública, assim como a garantia do acesso universal e irrestrito de todos às ações essenciais voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Destarte, o dever do Estado é pressuposto essencial na efetivação do direito à saúde, no sentido de o Estado-devedor ter por obrigação a realização a efetivação deste, para com o cidadão-credor, posto que este direito lhe é imanente. Reforça-se o raciocínio ao se analisar que este cidadão credor, direta ou indiretamente é quem financia o custeio do estado através dos impostos (ANDRADE, 2011)

Se questiona sobre o Estado, em seu encargo de prestar serviços de saúde, se incumbe a disponibilizar o atendimento médico-hospitalar e odontológico, o fornecimento de todo tipo de medicamento indicado para o tratamento de saúde, a realização de exames médicos de qualquer natureza, o suprimento de aparelhos dentários, próteses, óculos, dentre outras possibilidades, pois a par de assegurar o direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 não delimitou objeto desse direito fundamental. (MOURA, 2013)

Diante dessa questão, Ingo Sarlet escreve:

É o Legislador federal, estadual e municipal, a depender da competência legislativa prevista na própria Constituição, quem irá concretizar o direito à saúde, devendo o Poder Judiciário, quando acionado, interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem. (2006, p. 15)

Considera-se que a aplicação da norma constitucional necessita intrinsecamente de mecanismos a serem executados pelo Estado, e de tal maneira à criação de arcabouços organizacionais para o cumprimento do desígnio constitucional de promover, preservar e recuperar a saúde e a própria vida humana.

Há deste modo um inequívoco encargo do Estado de criar e fomentar a criação de órgãos aptos a atuarem na tutela dos direitos e procedimentos adequados à proteção e promoção dos direitos. (MOURA, 2013)

Não obstante sobre a inerente vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, Sarlet ainda pontua “Os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes de organização e do procedimento, mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”, observando que não se deve apenas formalizar questões de direito, mas adotar ferramentas para coloca-los em prática, de forma a materializa-los.” (2009, p. 20)

Sucessivamente, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito da seguridade social foi presumido para tornar-se um genuíno conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

Em conformidade ao arrazoado, traduz-se que, simultaneamente os deveres de proteção do Estado devem concretizar-se mediante normas administrativas e com a criação de órgãos destinados ao cumprimento da tutela e promoção de direitos, a extensão e limites dessas normas e órgãos são impostos pela própria Constituição. (BRASIL, 1988)

De tal forma despontou a responsabilidade do Estado pelo fomento da saúde e da proteção ao cidadão, gratuitamente, não mais importando ser o cidadão contribuinte ou não da Previdência Social. Sob a assertiva de que a seguridade social deveria ser financiada por toda a sociedade, o legislador promulgou, no campo da saúde, a Lei nº 8.080/1990, institucionalizando o Sistema Único de Saúde (SUS). E no campo da Previdência Social, as Leis Nº 8.212 e 8.213, ambas de 1991, que renderam o Plano de Organização e Custeio da Seguridade Social e o Plano de Benefícios da Previdência Social, respectivamente. (BARTOLASSI, 2018)

Em relação ao SUS, fora atribuída a função de garantir que o ente federado fornecesse os meios necessários para que o cidadão gozasse do direito à

saúde plena, por meio de propostas sistematizadas em planos, programas e projetos visando o acesso universal e igualitário das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. (BARTOLASSI, 2018, *online*)

À despeito do óbice jurídico da universalização do direito à saúde ser eliminado por meio da Constituição de 1988 e da Lei Nº 8.080/1990, o Brasil sempre esteve distante da suplantação das barreiras econômicas sociais e culturais de modo a garantir a universalização do acesso à saúde, esbarrando sempre no entrevero do meio econômico a ser utilizado para fomentar o direito à saúde.

Na procura de resoluções para os reveses sofridos pelo sistema de saúde, criou-se a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), no ano de 1996. Porém os fundos dela originados se direcionaram a cobrir distintas receitas da União, de modo que não houve alterações positivas significativas no sistema de financiamento à saúde. (BARTOLASSI, 2018)

Nos dizeres de Ingo Sarlet:

De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público. (2001, p. 9)

No ano 2000, com alteração suscitada pela Emenda Constitucional 29, o artigo 34 da Constituição Federal atribuiu à saúde status de política pública, prevendo, expressamente, o repasse de investimentos de percentuais mínimos de recursos pelos entes públicos para a manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Entretanto, tais recursos jamais foram suficientes.

A curta vigência da norma constitucional prevendo a alocação mínima de 30% do Orçamento da Seguridade Social para a saúde, os empréstimos junto ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e o advento da CPMF exemplificam a instabilidade e insuficiência de recursos que caracterizam o financiamento do setor,

inviabilizando o adequado cumprimento da norma constitucional. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2005)

Em síntese, a despeito do SUS ser idealizado como um mecanismo da efetivação do ideal de saúde previsto na Constituição Federal, sua missão foi relativizada, ou seja, na prática atende com muitas falhas e por vezes negligência as necessidades de seus dependentes. Desta Forma, o que se tem atualmente é o acesso à saúde ligado de modo direto ao recurso financeiro individual, que quanto maior, melhores as condições de atendimento na área da saúde, restando aos cidadãos que não podem custear um atendimento ou plano de saúde privado, recorrer o socorro ao precário sistema de saúde oferecido pelo poder público ficando sujeitos a sua precariedade e em algumas situações pagando com a vida.

Diante das considerações, percebe-se que “o obstáculo que surge como a preocupação mais importante a ser debatida é fazer com que esse direito fundamental, consagrada pela Lei Maior, seja efetivamente concretizado no mundo real a todos os cidadãos”. Isto posto, questiona-se a constante e infrutífera discussão acerca do previsto na carta maior sem a efetiva materialização do direito à saúde. (ANDRADE, 2011, *online*)

2.3 Omissão do poder executivo

Como já exposto, é manifesto constitucionalmente que todos têm direito à saúde, cabendo ao Estado ou Poder Público o dever de presta-la. Todavia a anuência de tal fato como asserção válida não significa sua materialização efetiva. Circunstancialmente, meios de comunicações difundem informações que expõe inúmeros episódios de omissão do Poder Público com quem necessita de atendimentos básicos de saúde, indo desde aumento das filas nos hospitais públicos até a rejeição em prestar fornecimento de determinados medicamentos e tratamentos médicos, gerando o debate do qual se questiona qual o valor da vida para o Estado que se prestou a protegê-la.

Tais informações explicitam a dificuldade do Estado no tocante ao cumprimento do dever para com esse direito dos cidadãos, em consoante a diretriz constitucional. Salieta-se nesse sentido, o fornecimento de medicamentos de uso contínuo e alto custo, e também a fila de quem aguarda por algum procedimento médico-hospitalar.

Diante da realidade econômica do Brasil e baseado em dados do governo, é sabido que mais de 70% da população Brasileira é dependente da assistência oferecida pelo sistema único de saúde. Avante as informações e fatos retratados e já conhecidos, se torna evidente que tal sistema denota-se insuficiente face à demanda, que se depara sempre com a escassez de recursos para abarcar o direito a saúde conforme a ordem constitucional.

Frente ao exposto, Marcos Vinícius Polignano corrobora com a questão ao dizer:

A crise do sistema de saúde no Brasil está presente no nosso dia a dia podendo ser constatada através de fatos amplamente conhecidos e divulgados pela mídia, como: filas frequentes de pacientes nos serviços de saúde; falta de leitos hospitalares para atender a demanda da população; escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência; atraso no repasse dos pagamentos do Ministério da Saúde para os serviços conveniados; baixos valores pagos pelo SUS aos diversos procedimentos médico-hospitalares; aumento de incidência e o ressurgimento de diversas doenças transmissíveis; denúncias de abusos cometidos pelos planos privados e pelos seguros de saúde. (2010, p. 3)

Ao se colocar a questão em prática, para os cidadãos, deve ser irrelevante como o Estado se estrutura para a promoção do direito à saúde. A importância está em efetivamente o assegurar. O Poder Público, seja qual for a esfera institucional no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema do acesso saúde pela população, sob pena de incidir, ainda que por criticável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (PRETEL, 2010)

A perspectiva da norma constitucional de forma alguma pode se dar no sentido de uma promessa simplista e inconstitucional. O SUS não deve atuar como

uma rede sem sentido, sem compromisso social, necessitando que o Estado intervenha ativamente para garantir direitos a população. Isso posto, se torna absurdo e incoerente pensar que o estado tenha de participar ativamente na cobrança de um direito que ele garante em sua constituição, mas não consegue promover de fato. (PRETEL, 2010)

Deveras, a Constituição Federal compulsa ao Estado um descomunal conjunto de obrigações, principalmente no atinente aos chamados direitos sociais fundamentais. Conquanto a implementação de políticas públicas sociais que materializem os direitos desta natureza carece de recursos que o Estado na maioria das vezes não consegue arcar, gerando uma disparidade entre a realidade e o assegurado constitucionalmente. Em seguimento a este raciocínio, entra a questão do custo dos direitos sociais, no caso específico do direito à saúde, tendo em conta a ordem constitucional quanto ao modo que deve ser prestado esse direito pelo Estado. (ANDRADE, 2011)

Ingo Sarlet pontua sobre a questão sob a seguinte perspectiva:

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que a nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referencia genérica. Em suma o direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento medico até fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito a saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição. (2001, p. 12)

Mediante as seriadas e conhecidas omissões para com a saúde pública, evidencia-se o constante descumprimento à Lei Maior de 1988, designadamente ao artigo 196, resultante da sua não aplicação. O que conseqüentemente dá todo o ensejo ao problema da efetivação do direito à saúde conforme a ordem constitucional brasileira e o consecutivo desenvolvimento do ativismo judicial relacionado ao tema.

Neste cenário visualizado, se compreende que um Sistema de Saúde que foi estabelecido com o desígnio de abarcar, gratuitamente, integralmente,

universalmente e de forma igualitária todos os cidadãos, resulta em um programa assistencial incompleto e falho por causa do estrangulamento financeiro, e que em contraponto ao aumento de demandas cada vez mais ilimitadas, deixa de responder a altura às necessidades de saúde de toda a sociedade. (ANDRADE, 2011)

CAPÍTULO III – O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Este capítulo discorrerá sobre a efetivação do direito à saúde pública por meio de decisões judiciais, tal como sobre a repercussão jurídica da omissão do estado na prestação do direito a saúde no Brasil. Por fim, será abordado sobre questão da reserva do possível e o contrabalanceamento de interesses do poder público entre as finanças públicas e a prestação do direito á saúde.

3.1 Efetivação do direito à saúde pública por meio de decisões judiciais

À saúde denota-se como um direito de crédito, o que torna relevante a possibilidade de análise do Poder Judiciário ser demandado intentando garantir ao indivíduo a obtenção ao tratamento médico prescrito, quando estes não são adequadamente disponibilizados pelo Poder Público. No mesmo contexto, caracteriza-se como um direito prestacional, deste modo, tendo seu jaez constitucional; faz-se necessário o estudo da possibilidade de interferência do Poder Judiciário, com vistas na garantia do indivíduo a ter acesso aos mais variados tratamentos e insumos de saúde, como o fornecimento de medicamentos, exames, diagnósticos, tratamentos médicos e insumos nutricionais. (PERLEBERG NETO, 2017)

No Brasil, infelizmente, diante das sérias dificuldades enfrentadas na efetivação de políticas públicas, levou a um deslocamento do foco de tensão dos

conflitos da área salutar para a esfera do Poder Judiciário. As ocorrências das demandas jurídicas no âmbito da saúde no Brasil, isto é, os processos judiciais, individuais ou coletivos em face do Poder Público, tiveram início no começo da década de 90, mediante pleitos que destinavam garantir aos portadores do *HIV*, popularmente conhecido como AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), a obtenção de medicamentos que combatiam o avanço do vírus, pois estes não contemplavam parte da lista de fármacos disponibilizadas pelo SUS, que ocorreu somente em 1996. (PERLEBERG NETO, 2017)

A respeito do fenômeno da judicialização, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso expende da seguinte maneira:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo...Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (2009, *online*)

Neste raciocínio, judicialização é a forma de os cidadãos materializarem um direito que os entes públicos não prestam de maneira eficaz, direito ao qual em princípio competem a eles implementá-los. Tal situação deriva do padrão constitucional praticado, que se caracteriza por ser abrangedor e garantista, se associando a cooperação intensa e ampla do Poder Judiciário como defensor da Constituição na consumação dos fins constitucionais.

Em seguimento, Luciana Ohland informa que “[..]Houve um vertiginoso crescimento de demandas judiciais cujo objetivo é obrigar o Estado ao fornecimento de determinadas prestações, tanto em ações individuais quanto em coletivas”, em consequência da conhecida deficiência do sistema de saúde brasileiro, e completa afirmando “Poder Judiciário vem assumindo papel decisivo na área da saúde pública, por conta da garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito”. (2010, p. 36)

Conseqüentemente os administrados procuram o Poder Judiciário, objetivando de maneira o afastamento da inércia na administração pública, isto é, a ineficiência estatal, de ordem econômica, administrativa ou política que levam a população a acionar o Judiciário na busca pela efetivação do direito constitucional à saúde.

Torna-se importante salientar em relação ao acesso à justiça, que o Estado Democrático de Direito infere a existência de sólidas vias de exercício do direito de ação via Poder Judiciário, conforme o cidadão compreenda haver lesão ou ameaça de violação a qualquer direito, em direção à hermenêutica dos partidários do intervencionismo nas políticas públicas, sempre que um direito fundamental for violado, assegurando assim a proteção do mínimo existencial em consonância com princípio da dignidade da pessoa humana. (PERLEBERG NETO, 2017)

Em agravo regimental, assim se manifestou o STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. (...). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642536/AP).

Nesse sentido, ao longo dos anos o posicionamento do Judiciário ocasiona extenso debate sobre o modo que deve-se dar a prestação estatal no

cumprimento de decisões para o implemento do direito à saúde, pois não deveria compelir ao Poder Judiciário, fazer escolhas entre proteger uma única vida, em detrimento de se alocar recursos a muitos, sempre que o cidadão de direito se vê forçado a procurar a efetivação do seu direito à saúde na esfera judicial, principalmente quando em jogo está o direito fundamental a saúde e a vida.

Em relação às demandas no Poder Judiciário, o autor Ingo Wolfgang Sarlet argumenta que:

Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, contata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros. (2001, p. 12)

Com alguma contrapartida, o Ministro Luís Roberto Barroso argumenta que “a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes”, e conclui afirmando que “onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados; eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”. (2009, p. 22)

Segundo dados do Ministério da Saúde, o gasto com tais ações aumentou de forma vertiginosa, onde muitos pacientes que dependem de medicamentos para tratamento, no intuito de adquirir mais tempo e qualidade de vida, creem que somente recorrendo a Justiça conseguirão ter acesso a medicamentos receitados pelos médicos, pois estes em grande parte não constam nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde. O secretário do ministério da Saúde afirma que o

problema não está em impedir que a população tenha um determinado direito contestado, procurem a justiça; e sim que haja uma epidemia de processos sendo deferidos sem critério técnico e estudo de viabilidade, incumbindo ao Estado além da própria prestação, o pagamento de custas judiciais altíssimos e multas. (ALVIM, 2017)

Ao se analisar as consequências do fenômeno da judicialização, Lúcia Lea Guimarães Tavares sustenta que:

Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são 'seletivas' no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário. (2002, p. 109)

Ao se pensar que toda essa conjuntura deveria ser mais desembaraçada caso houvesse uma maior eficácia na política de distribuição dos recursos públicos, seria desnecessário, por conseguinte, ensejar que o Estado fosse compelido a cumprir o dever constitucionalmente imposto, especialmente se tratando de um direito que é caracterizado pela premência na prestação, ao se considerar ser a saúde pilar indispensável à subsistência de vida humana. (ANDRADE, 2011)

Em consequência, uma vez que o direito à saúde é inquestionável; ao conceder a obtenção de tratamentos a pacientes por meios de decisões judiciais, o Poder Judiciário compele o Poder Executivo, na hipótese de descumprimento de sentença, a pagamentos de multas de valor significativo como pena pecuniária, o onerando ainda mais. Se este cumprisse o seu dever constitucional para com a saúde, sem que o cidadão necessitasse fazer jus do seu direito subjetivo a saúde

para efetivar o mesmo constitucionalmente assegurado, através do poder judiciário, pode-se afirmar que seria mais aplausível e menos custoso ao Estado. (ANDRADE, 2011)

3.2 A reserva do possível e o contrabalanceamento de interesses do poder público entre a prestação individual e suas consequências ao coletivo

Na concepção de Estado, O Brasil adotou a teoria da tripartição de poderes, trazendo a Constituição Federal em seu art. 2º, que o Legislativo, Executivo e Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Em virtude disto, cabe ao Legislativo à função precípua de legislar, ao Executivo a implementação de políticas públicas e ao Judiciário a efetivação, caso o Estado permaneça inerte.

Tem-se conhecimento também que a Constituição Federal de 1988 promoveu diversos deveres aos órgãos do Estado, no que tange a garantia de inúmeros direitos sociais. Porém com a limitação exacerbada de recursos em todas suas esferas, o governo dificilmente consegue alcançar todas as determinações alçadas pertencente no ordenamento jurídico, utilizando-se da reserva do possível como saída para liberação do dever de cumprir. (ARAKAKI, 2013)

As necessidades para a implementação de um sistema que promova o amparo à saúde de forma eficaz são infinitas, em contrapartida aos escassos recursos, criando um problema de alocação. A escassez de verbas destinadas à saúde, por conseguinte impede que o gestor atenda às demandas individuais sem que em consequência se desviem recursos destinados à ao fornecimento de serviços a coletividade. (ROSA, 2014)

Acerca do assunto, o Ministro do STF Gilmar Mendes corrobora o raciocínio da seguinte maneira:

Esse fenômeno justifica-se em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatizando que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria

escolhas alocativas, assim quando da escolha devem obediência ao critério de justiça social. (2015, p. 642)

O planejamento das ações do Estado no desenvolvimento de seus projetos e na execução de suas atividades concretiza-se mediante orçamento público, instrumento este que desfruta o Poder Público para implementar, em um período determinado, seu plano de atuação, apontando a origem e o aporte necessário dos recursos a serem obtidos, bem como a natureza e o montante dos gastos a serem efetuados. Entretanto, ao se verificar que o orçamento do Estado não viabiliza atender de forma apropriada as prestações prometidas constitucionalmente, desenvolveu-se a Teoria da Reserva do Possível. (ROSA, 2014)

Nesse sentido, segundo Andréas J. Krell tal teoria, provem de uma decisão da Corte Constitucional Alemã, sustentando que os direitos sociais prestacionais estariam limitados à reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na proporção em que constituem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. Em continuidade, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos. (2002. p. 52)

Sobre a teoria da reserva do possível, leciona Sarlet:

Trata-se da efetiva disponibilidade do objeto dos direitos sociais a prestações materiais, perquirindo-se se o destinatário da prestação da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), para cumprir com a sua obrigação. (2005, p. 288-289)

Há ainda as duas diferentes concepções de reserva do possível: a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica. À falta de autorização orçamentária para o custeio de determinada despesa explica a reserva do possível fática, conquanto que a exaustão orçamentária se firma na reserva do possível fática.

A reserva do possível jurídica, ou seja, a ausência de previsão orçamentária configura-se como um empecilho a ser transposto, visto que o entrave na falta de orçamento é algo específico. Segundo artigo 167, inciso II da Constituição Federal brasileira, a autorização constante em lei orçamentária anual é necessária para a realização de gastos públicos, assim, tal dispositivo não deve vedar o Poder Judiciário de proferir decisões de resguardo do direito à saúde pela falta de previsão orçamentária. (ABAL, ESPINDOLA, PAZINATO, 2016, p.38)

A reserva do possível fática refere-se à inexistência de recursos públicos suficientes para realização da prestação social. Nesse caso, reconhece-se uma limitação material, ou seja, a escassez de recursos, podendo vir a impactar na realização dos direitos fundamentais. Para o órgão judiciário não ordenar a efetivação da prestação social de saúde o Estado deve comprovar sua incapacidade econômico-financeira, cabendo ao Julgador agir com determinada cautela para evitar decisões onerosas e inexecutáveis aos cofres públicos, afetando inclusive a efetivação da prestação de saúde pleiteada. (ABAL, ESPINDOLA, PAZINATO, 2016, p.38)

A Reserva do Possível ou Reserva do Financiamento Possível, tem sido utilizada largamente na atualidade como fundamento pelos entes públicos em suas defesas judiciais, no intuito de evidenciar a alocação e escassez de recursos. Nesta perspectiva, juristas e doutrinadores que nesta se apoiam, afirmam que as normas, principalmente as de caráter social, são dependentes da formulação de políticas públicas voltadas para áreas sociais determinadas, assumindo assim formato de normas de caráter programáticas. (PERLEBERG NETO, 2017)

Neste sentido, Gustavo Amaral *Apud* NOBRE, Milton Augusto de Brito constata que “nosso modelo atual permite uma indução ao dilema do prisioneiro, pondo ao nível do julgador uma opção racional que, no agregado, resulta em uma opção coletiva irracional [...]”. O questionamento em questão mostra com clareza como a divisão de recursos pelo Poder Judiciário além de inadequada do ponto de vista racional, conforme abordagem voltada para a tutela individual, em muitas vezes, fere direito de todos os demais integrantes da sociedade. (2013, p. 137)

Destarte, a decisão que efetiva o direito à saúde para um caso concreto pode resolver um problema individual, ao mesmo tempo em que resulta em um problema a coletividade. A abordagem do ponto de vista individual não atende aos critérios da razoabilidade e universalidade.

Em oposição a isso, Rangel explana:

Não há que se cogitar em limitação orçamentária ao atendimento da postulação, posto que eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida garantido no referido dispositivo constitucional, não havendo que se cogitar, desse modo, da incidência do princípio da reserva do possível, dada a prevalência do direito em questão. Não é demasiado lembrar que os direitos à vida e à saúde prevalecem ante qualquer outro valor, igualmente afastada qualquer tese relativa à falta de previsão orçamentária, ofensa ao princípio da reserva do possível, necessidade de processo licitatório e, por consequência, violação do princípio fundamental de separação de poderes. (2006, *online*)

Por conseguinte as regras da Constituição Federal aspiram à garantia ao direito a saúde e à vida, apresentando-se como ações necessárias a serem obedecidas por parte do Poder Público, exigindo-se o seu cumprimento quando não efetivado de maneira espontânea pela Administração, através da tutela jurisdicional, garantindo-se de forma coercitiva a efetividade dos direitos lesados. As normas contidas na Carta Magna asseguram à população, por parte do Poder Público, a assistência integral à saúde, através da efetivação de políticas sociais públicas que permitam-lhe o desenvolvimento correto, em dignas condições de existência e, àqueles que necessitarem, os meios necessários ao seu tratamento, habilitação ou reabilitação

3.3 eficácia das decisões

Estabelecer um ponto ideal de atuação do Judiciário na esfera das políticas públicas, isto é, uma linha demarcando até onde esta atuação resultaria somente repercussões positivas à sociedade como um todo e efetiva solução dos

problemas relacionados à concretização dos direitos sociais, é uma tarefa senão impossível, ao menos demasiadamente complexa, que envolve estudos interdisciplinares profundos e que não se chega a um consenso. (MORAES, 2010)

Uma vez que o cidadão se vê em necessidade, deve ele ter o direito da busca na obtenção da efetivação de seu direito fundamental à saúde, em lado oposto o Estado se vê obrigado constitucionalmente a prestar este, esbarrando na escassez dos recursos financeiros disponibilizados a saúde pelo Poder Público. De tal modo, mesmo com escassez de recursos financeiros a máquina estatal é compelida pelo Poder Judiciário a prestar integralmente serviços de saúde por vezes excessivamente onerosos, a todo e qualquer cidadão, seja rico, seja pobre, independentemente de qualquer condicionante, gratuitamente, sob pena de multas impostas pelo judiciário, que grosso modo, apenas está cumprindo o seu papel de guardião da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ainda que os Poderes Públicos, destinatários elementares no pleito da efetivação do direito à saúde, oponham os usuais argumentos da ausência de recursos e ou até mesmo incompetência dos órgãos judiciários para dirimir sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não soa razoável que tal alegação possa prevalecer, uma vez que falamos preservação do bem maior da vida humana, que nestas hipóteses é o que está em jogo. É importante ressaltar que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu uma vedação praticamente absoluta no sentido da aplicação da pena de morte. (SARLET, 2003, p. 314)

Sobre a eficácia do ativismo jurídico no campo das políticas públicas e mais especificamente na questão da saúde, a doutrinadora Ana Paula de Barcellos exalta que:

Por fim, no que toca à eficiência mínima na aplicação de recursos, observa-se que, por certo, para aferir se o Poder Público otimizou a utilização dos recursos, a análise demanda informações externas relacionadas ao mercado, mas esses dados podem ser obtidos pelo juiz por meio do auxílio de perito, como ocorre com diversas outras questões decididas pelo Judiciário. Além disso, ainda que haja uma área duvidosa na avaliação da eficiência mínima, há zonas de certeza positiva ou negativa dentro das quais não haverá dúvida se a

conduta foi eficiente ou ineficiente, de forma que o controle judicial, nesse aspecto, não pode ser obstado a pretexto de suposta falta de informações técnicas. (2008, p.140-141)

Em continuidade de raciocínio, corrobora-se não se poder sustentar, sob pena de afronta aos mais básicos requisitos de razoabilidade e do próprio senso de justiça, que diante de alegada e mesmo comprovada insuficiência de recursos públicos, virtualmente acabe por condenar à morte a pessoa, cujo único “crime” foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário por ocorrência de um infortúnio à saúde e, diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado que inclua nos seus pilares valores essenciais a humanidade e à justiça. (SARLET, 2003, p. 314)

Observa-se que a interferência do judiciário tem se mostrado relativamente eficiente em tais circunstâncias, pois na apreensão de ser condenado a pagamento de multas e indenizações por danos supervenientes pelo não cumprimento da obrigação, o Estado vem atendendo com prontidão as determinações judiciais, possibilitando, assim, ao cidadão usufruir seu direito assegurado pela Constituição Federal. Todavia, é consenso que a interferência do judiciário não é o modo mais eficaz, considerando que a saúde não é apenas um direito individual dos que buscam a sua efetivação no judiciário, mas também é direito coletivo de todos. (ANDRADE, 2011)

Neste entendimento, o jurista Rogério Gesta Leal complementa:

[...] quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que acorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de informações ou recursos para fazê-lo. (2006. p.71)

Segue-se o argumento de que as políticas públicas, em especial na área da saúde, têm de seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais.

Entretanto, ao assumir a função de implementador dessas políticas, acaba por privilegiar aqueles que possuem acesso mais hábil à Justiça, seja por conhecimento de seus direitos, ou por condições de arcar com os custos do processo judicial. Devido a este fato, argumenta-se que a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos atenderia a uma camada mais alta da sociedade em detrimento dos mais pobres. Em efeito, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de se direcionar os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício das classes mais abastadas. (BARROSO, 2009, p.26)

Diante de tal situação, Maria Dallari Bacci esclarece com a seguinte aceção:

O efeito indesejado que pode decorrer [...] é o deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, dos Poderes Executivos e Legislativo, onde se elabora o planejamento e se define como consequência, o orçamento público, segundo sua ótica global, para o contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos (ou talvez de uma comunidade, mas nunca ou quase nunca com a mesma abrangência das leis orçamentárias, de âmbito municipal, estadual ou federal). (2006, p. 25)

Outrossim, quanto mais se pressiona os cofres públicos no cumprimento de medidas coercitivas obrigando o Estado à prestação de determinados serviços de saúde de alto custo, bem como indenizações por omissão, mais escassos ficam os recursos financeiros destes para custear a assistência à saúde de todos conforme a ordem constitucional de forma igualitária, tendo como efeito contrário um aumento no grau de precariedade da saúde pública, penalizando pessoas com condições financeiras mais limitadas que têm no Sistema Único de Saúde a única forma de ver efetivado o direito fundamental à saúde. (ANDRADE, 2011)

De forma complementar, Marcos Maselli Gouvêa, enfatiza que “[...] certas prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio igualitário”. (2003, p. 19)

Postas tais ponderações, compreende-se que em qualquer análise mais aprofundada das teorias e argumentos contrários ou favoráveis ao ativismo judicial em matéria de efetivação dos direitos sociais, principalmente no que se refere à questão da saúde pública leva à conclusão de que não é possível adotar uma ou outra posição radical, ou seja, não há como defender a total ausência de atuação do Poder Judiciário, ao risco da total omissão do poder público, mas também não é razoável uma interferência judicial demasiada, sob prejuízo de se obter mais problemas do que a solução destes. (MORAES, 2010)

Destarte, se faz necessário que o poder judiciário, faça análises e profira sentenças com bom senso, balanceando valores fundamentais envolvidos, à realidade econômica na qual se insere o país e a existência de escassez de recursos. De mesmo modo, as possibilidades reais e os custos precisam ser sopesados nas decisões judiciais que visem efetivar o direito fundamental à saúde de um único indivíduo em detrimento ao direito a mesma de inúmeros outros igualmente assegurados pela Constituição brasileira, ante pena da não efetivação do direito à saúde conforme a ordem constitucional. (ANDRADE, 2011, *online*)

De forma concomitante Sarlet conclui:

“[...] apenas mediante uma convergência de vontades e esforços (do Poder Público e da sociedade), bem como especialmente com a superação do tradicional jogo de “empurra-empurra” que se estabeleceu em nosso País (entre Estado e iniciativa privada, entre União e Estados, entre estes e os Municípios, entre Executivo e Legislativo, entre estes e o Judiciário, etc) é que se poderá chegar a uma solução satisfatória e que venha a resgatar a dignidade da pessoa humana para todos os brasileiros, notadamente no que diz com a efetiva possibilidade de usufruir das condições mínimas para a existência digna”. (2005, p.16)

Assim, para o referido autor, cada vez mais o direito a saúde não passará de uma mera promessa insculpida no texto da Constituição brasileira sem solidariedade e responsabilidade por parte de todos, do Poder Público e da comunidade. Conforme a realidade apresentada constitui-se indispensável

estabelecer alterações nos parâmetros da prestação desse direito fundamental, para que seja ele um real instrumento de justiça social harmonizando a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário.

Percebe-se nesse momento, que a jurisprudência assume papel de grande importância em situações mais inusitadas do Direito. Tendo como propósito, promover a relação entre o caminho e o intermédio da lei, seguindo os princípios, chegando próximo da lei e princípios oriundos da realidade contextualizados na vida de cada indivíduo, na intenção de harmonizar a função de legislar e de julgar.

CONCLUSÃO

O presente estudo não foi realizado com a ousada pretensão de apresentar soluções para as questões abordadas, mas sim identificar correntes de pensamentos e seus respectivos argumentos quanto ao conteúdo inquirido com o intuito de estimular a discussão deste tema tão relevante e complexo, bem como esclarecer determinados conceitos que suscitam dúvidas no meio jurídico.

À saúde, é um bem assegurado como direito fundamental comum a todos sem qualquer tipo de distinção, tendo o Estado o dever de assegurá-lo por ser condição vital a existência de vida humana e tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana alicerce do Estado Democrático de Direito. No entanto, resta incoerente um Estado que chama para si o dever de promover o direito fundamental à saúde, a todos os cidadãos, garantindo constitucionalmente o acesso integral, gratuito, universal e igualitária à saúde, mas que, por omissão estatal, deixe em desamparo os que mais padecem da prestação efetiva dos serviços de saúde.

Devido a isso, transfigura-se imprescindível exigir do Estado, compreendidas suas três esferas, que cumpra com o seu de garantir o acesso ao direito à saúde conforme a ordem constitucional, não permitindo, desta feita, diferenciação de classes, aumentando cada vez mais as desigualdades sociais existentes. Isso depõe não só contra a Constituição Federal brasileira, mas também contra as Declarações, Pactos e Tratados Internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil, e, sobretudo, contra todos os esforços da cidadania brasileira de construir um país mais justo, democrático e com menos desigualdades sociais.

A respeito do ativismo judicial ou judicialização das políticas Públicas, nota-se que há inúmeros argumentos tanto contrários, quanto favoráveis à atuação judicial no âmbito das políticas públicas, especialmente relacionado ao tema da saúde. Ademais, a doutrina observa que o próprio ordenamento jurídico dispõe de instrumentos capazes de propiciar o exercício do ativismo judicial de forma moderada, superando os efeitos negativos alegados decorrentes de uma intervenção judicial excessiva em busca da efetivação dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABAL, Alejandro. ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. PAZINATO, Liane Francisca Hüning. **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I**, 2016, Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/g3i1y3j8/shhUC7D3i9S769i2.pdf>>. Acesso em: 10 Nov. 2018.

ABREU, Lidiane Rocha. **Políticas Públicas: atuações estatais essenciais à efetivação da cidadania plena**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9650&revista_caderno=9>. Acesso em: abr. 2018.

ALVIM, Mariana. **Luta pela vida, reforço da desigualdade ou gasto desenfreado? A difícil equação da judicialização da saúde**, 29 set. 2017, Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41395630>>. Acesso em: 10 de nov. 2018

ANDRADE, Danilo. **Políticas Públicas: O que são e para quê existem**. 04 de Fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/politicas-publicas-o-que-sao/>>. Acesso em: Abr. 2018.

ANDRADE, Geraldo. **Direito Fundamental à Saúde**. In Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://quentasol.jusbrasil.com.br/artigos/214750436/direito-fundamental-a-saude>>. Acesso em: 18 Set. 2018.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 18 set 2018.

AMARAL, Gustavo. **Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-144.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 109, fev

2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12762>. Acesso em: out 2018.

ARISTÓTELES. **Ethica Nicomachea** (l. Bywater, ed.). Oxford: Oxford Classical Texts, 1942.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.140-141.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde**, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.

_____, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, Saraiva, 2013.

BARTOLASSI, Cristina Caltacci. **Do direito à saúde como dever do Estado e os reflexos na reforma trabalhista**, 18 de maio de 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/cristina-bartolassi-direito-saude-reflexos-lei134672017>>. Acesso em: 20 Set 2018.

BATISTELLA, Carlos. **Abordagens contemporâneas do conceito de saúde**. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtsp/includes/header_pdf.php?id=505&ext=.pdf&titulo=Cap>: Acesso em: 17 set. 2018.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL.**CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 05 De Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: Abr. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **VIII Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

BRASILIA, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 Dez. 1948. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 19 Set 2018.

_____. **Decreto Lei nº 591**. Brasília. DE 6 DE JULHO DE 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: Abr. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, São Paulo: saraiva, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das**

Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: Abr. 2018.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos.** Atlas, 04/2012.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** 2. ed., Barcelona: Ariel, 1989.

DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy.** Englewood Cliffs, N.J.: PrenticeHall. 1984

EDUCAÇÃO INTEGRAL, **Políticas Públicas.** 16 de Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://educacaointegral.org.br/glossario/politicas-publicas/>>. Acesso em: Abr. 2018.

FERNANDES, Bernardes Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** RJ: Lúmen Júris, 2010. P. 1046

FREITAS, Francys Gomes. VAZ, Michelle de Freitas. **JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: PARÂMETROS E CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2c79b73d2716e947>> . Acesso em: Abr. 2018.

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

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização.** Rio de Janeiro: Imago, 1987 (Obras Completas, v.21).

GONÇAVES, Leonardo Augusto. **POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS** 08 de Dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3319>. Acesso em Abr. 2018

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas,** 2003.

GUIMARÃES, João Antônio de Faria. **Políticas públicas e a materialização dos Direitos Fundamentais.** 2017. Disponível em: <<https://joao10faria.jusbrasil.com.br/artigos/432072123/politicas-publicas-e-a-materializacao-dos-direitos-fundamentais>>/. Acesso em: Abr. 2018.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos.** *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105-127, maio/ago. 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades.** In **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. v.6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

LENZI, Tié. **O que são Políticas Públicas?**. 05 de Setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.todapolitica.com/politicas-publicas/>>. Acesso em: Abr. 2018.

LIBERATTI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional.** Atlas, 04/2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar. **Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional.** Editora Saraiva, 2017.

_____, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional – 10. Ed. Ver. E atual.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. **Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 10 Nov 2018.

MOURA, Elisângela Santos de. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25309>>. Acesso em: 19 set. 2018.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos.** v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**, 1ª edição. Saraiva, 07/2014.

PERLEBERG NETO, Helmuth. **Efetivação do direito à saúde pública por meio de decisões judiciais.** Conteudo Jurídico, Brasília-DF: 28 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590076&seo=1>>. Acesso em: 03 dez. 2018

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** Saraiva, 2010.

POLIGNANO, Marcus Vinícius. **História das políticas de saúde no Brasil – Uma pequena visão.** Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-uma-pequena-visao-doc-a24057.html>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

PRETEL, Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos.** Disponível em:

<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do> . Acesso em: 18 Ago 2017.

PROCOPIUCK, Mario. **Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária.** Atlas, 03/2013.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O Princípio da Reserva do Possível em sede de Direito Administrativo e sua Jurisprudencial Reconstrução.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1164. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3571/o-principio-reserva-possivel-sede-direito-administrativo-jurisprudencial-reconstrucao>> Acesso em: 10 nov. 2018.

REZENDE, Dailson Soares de. BIFFI, MariaEugêniaUgucione. **A vinculação das políticas públicas dos Estados democráticos sociais de direito aos direitos fundamentais sociais.** Maio de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39443/a-vinculacao-das-politicas-publicas-dos-estados-democraticos-sociais-de-direito-aos-direitos-fundamentais-sociais>>. Acesso em: Abr. 2018.

ROSA, Nayana Machado Freitas. **Análise contextualizada dos obstáculos opostos à efetivação judicial do direito à saúde,** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34277/analise-contextualizada-dos-obstaculos-opostos-a-efetivacao-judicial-do-direito-a-saude>>, Acesso em: 10 Nov. 2018

SANTOS, Lenir. **Direito da saúde no Brasil.** São Paulo: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2001, p. 1-22

_____, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais,** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

_____, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SCLIAR, Moacyr. **História do conceito de saúde.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03>>. Acesso em: 17 Set 2018.

SAÚDE. **Conselho Nacional.** Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/cartaaberta.htm. Acesso em: 16 SET 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2001. ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Newton Carpe. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 185. 2010.

SOUZA, Celina Maria de. **Políticas Públicas: Uma revisão da literatura**. 17 de Julho de 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: Abr. 2018.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. **O fornecimento de medicamentos pelo Estado**, Revista de direito da Procuradoria-Geral 55:109, 2002

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Renovar, 2009.

ZANETTI, Tânia Maria. **A efetivação dos direitos sociais através das políticas públicas**. 17 de Outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-efetivacao-dos-direitos-sociais-atraves-das-politicas-publicas,45532.html>>. Acesso em: Abr. 2018.