

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICA FACULDADE DE DIREITO

UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA ACERCA DA ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO PÁTRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

MATHEUS VIEIRA QUINTANILHA DE AGUIAR

Rio de Janeiro

2022

MATHEUS VIEIRA QUINTANILHA DE AGUIAR

UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA ACERCA DA ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO PÁTRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Daniel Cappechi.

Rio de Janeiro

2022

MATHEUS VIEIRA QUINTANILHA DE AGUIAR

UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA ACERCA DA ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO PÁTRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Daniel Capecchi Nunes.

Data da Aprovação: __/__/__.

Banca Examinadora:

Orientador professor

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

AGUIAR, Matheus Vieira Quintanilha de.

Uma análise contemporânea acerca da atuação do Poder Judiciário pátrio na efetivação do direito à saúde/AGUIAR, Matheus Vieira Quintanilha de. – 2022.

xx f.62

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito)
– Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 60

AGRADECIMENTOS

De início, entendo que é estritamente necessário agradecer o apoio incondicional da minha família durante todo o cumprimento da grade horária da Faculdade Nacional de Direito.

Agradeço a Deus, por me manter, nos momentos mais cinzentos, disposto a seguir em frente.

Agradeço ao meu orientador, professor Daniel Cappechi, que para além da delimitação da temática abordada, enfoque necessário ao cumprimento dos fins desta pesquisa, mostrou-se um excelente profissional da Educação, atrelando competência e companheirismo durante toda a elaboração deste estudo.

A todos os meus professores do curso de Direito da UFRJ pela excelência da qualidade técnica de cada um.

A todos meus companheiros de graduação que, durante essa jornada árdua sempre estiveram ao meu lado.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

(Albert Einstein)

RESUMO

O objeto do presente estudo será realizado por meio de uma análise principalmente jurisprudencial, assim como legislativa, documental e doutrinária, utilizando, de maneira abrangente, escritos que compõe o escopo brasileiro referente ao tema, por meio de um raciocínio lógico e a dedutivo para se chegar a uma conclusão, sem prejuízo a outros métodos de pesquisa existentes.

O presente trabalho abordará o direito prestacional com ligação à saúde, que é garantia constitucional e direito fundamental. Será aprofundado de maneira a entender o conceito do direito prestacional e a importância desta garantia constitucional para a sociedade brasileira.

Ao longo deste estudo, será trazido, diversas decisões das cortes superiores, com o intuito de elencar, ao menos em sua atualidade, de que maneira o Poder Judiciário tem se comportado frente à inefetiva execução do direito subjetivo à saúde por parte do Poder Executivo.

Será retratado a seguir os mecanismos processuais que possibilitam a satisfação dos direitos prestacionais e a imputação ao estado de implementá-los, permitindo ainda a coerção direta para a promoção da ação estatal.

Palavras-chave: Prestação. Saúde. Direitos Fundamentais. Poder Judiciário

ABSTRACT

The object of the present study will be carried out through a mainly jurisprudential analysis, as well as legislative, documentary and doctrinal, using, in a comprehensive way, writings that make up the Brazilian scope regarding the theme, through logical and deductive reasoning to reach a conclusion, without prejudice to other existing research methods.

The present work will approach the right to benefit related to health, which is a constitutional guarantee and a fundamental right. It will be deepened in order to understand the concept of installment law and the importance of this constitutional guarantee for Brazilian society.

Throughout this study, several decisions of the superior courts will be brought, with the intention of listing, at least in its actuality, how the Judiciary has behaved in the face of the ineffective execution of the subjective right to health by the Executive Branch.

It will be portrayed below the procedural mechanisms that make possible the satisfaction of the performance rights and the imputation to the state to implement them, still allowing the direct coercion for the promotion of the state action.

Key-words: Installment. Health. Fundamental rights. Judicial power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. OS DIREITOS PRESTACIONAIS E A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL	11
1.1 Direitos Prestacionais e o Mínimo Existencial	15
1.2 O Direito Prestacional e a Reserva do Possível	20
1.3 O Direito À Saúde e a Constituição Federal de 1988	23
1.4 O Direito Prestacional voltado para a Saúde	25
2 A PROBLEMÁTICA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAUDE	26
2.1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INSATISFATÓRIA PRESTAÇÃO DO DIREITO MÉDICO	28
2.2 A Omissão do Governo quanto o direito prestacional a saúde e o Risco do Genocídio Indígena	31
2.3 A atuação da Justiça brasileira para a efetivação do direito à saúde	32
4. FUNDAMENTOS PRINCÍPIOLÓGICOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO PRESTACIONAL A SAÚDE PELO JUDICIÁRIO	36
4.1 Princípio da Eficiência na atuação da Administração Pública	37
4.2 O Princípio da Máxima Efetividade	38
4.3 O princípio do Acesso à Ordem Jurídica Justa	39
4.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	40
4.5 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	41
5. PAPEL IMPULSIONADOR DO PODER JUDICIÁRIO NO QUE TOCA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O CONTEXTO PÓS 1988	43
6. AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	45
7. COLETÂNEA JURISPRUDENCIAL	47
7.1 INFORMATIVO 1037 STF	47
7.2 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.454/2017	48
7.3 INFORMATIVO 1012 STF	48
7.4 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.979/2020	49
7.5 INFORMATIVO 1017 STF	51
7.6 INFORMATIVO 1003 STF	51
Resumo do julgado:	51
7.7 INFORMATIVO 810 STF	52
7.8 INFORMATIVO 752 STF	53
7.9 INFORMATIVO STJ. 2ª Turma. AREsp 1534208/RN	55
7.10 INFORMATIVO 1029 (STF)	55
7.11 INFORMATIVO 1033 (STF)	56
CONCLUSÃO	58

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à vida deve ser compreendido de maneira mais abrangente possível, visto que, todos os demais atos da humanidade decorrem dele. Dessa forma entende-se que todos os indivíduos possuem a garantia constitucional de não terem interrompido seu processo vital, salvo nos casos onde a prolongação da vida se prove inevitável.

O objeto do presente trabalho visa trazer à tona a essencialidade da intervenção do Poder Judiciário nos casos onde o Poder Executivo respectivo não se mostra devidamente capaz para efetivação do direito à saúde que decorre do direito à vida.

Sabe-se, que, a vida é o bem jurídico com maior tutela de proteção, e em função de tal primazia todo o organismo jurídico pátrio deve convergir para que o mínimo existencial desejado seja alcançado e os destinatários possam usufruir de maneira universal ao referido direito social à saúde.

Para que haja o necessário entendimento acerca do objeto de nosso tema, faz-se imprescindível eleger uma definição doutrinária acerca dos direitos fundamentais, dentre diversas excelentes conceituações existentes, adotamos como notícia o professor João Trindade Cavalcanti Filho (SI, p. 2):

Poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

Poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

Após a essencial definição de direitos fundamentais, para que o chamado Estado Social seja concretizado, o Poder Judiciário se mostra personagem legítimo e insubstituível para a devida proteção social.

A Carta de 88 fez com que o Judiciário desempenhasse também um papel social,

intervindo diretamente no cotidiano da população. Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso (2006, p. 23), assevera a seguinte lição:

...juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

O entendimento atual da doutrina e da jurisprudência acerca da efetivação do direito social à saúde, assim como a responsabilidade do Estado na omissão do mesmo, serão objeto de análise do presente trabalho. Ressalta-se que o “Estado”, será entendido em suas três faces: executiva, legislativa e judiciária.

Evidencia-se, portanto, que a interpretação do artigo 196 da CRFB tem o intento de impor ao Estado o dever de garantir a todos os indivíduos os serviços de saúde, através de políticas sociais e econômicas. Contudo, apesar do Poder Judiciário estar sendo recorrentemente utilizado para sanar tal questão, entende-se, que não é dever do Judiciário, devendo atuar apenas como *ultima ratio*, conforme seu papel institucional previsto na Constituição de 1988.

Por fim, ressalta-se, que, o cunho do presente trabalho é apontar de que forma as disposições contidas no ordenamento jurídico pátrio, em especial as de natureza constitucionais e administrativistas, deverão ser interpretadas e aplicadas, de modo a satisfazer, de forma plena, as garantias individuais e coletivas, na ordem constitucional e infraconstitucional no que tange o direito à saúde e a vida com dignidade da população brasileira.

1. OS DIREITOS PRESTACIONAIS E A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

Após ultrapassado o liberalismo, o Estado pode começar a intervir na esfera privada. A intervenção do Estado na sociedade tem base nos objetivos conferidos ao mesmo, como a promoção da igualdade e redução das desigualdades sociais e econômicas previstas na CRFB. É certo dizer que a intervenção do Estado tem como finalidade a garantia dos direitos fundamentais prestacionais, devendo assim fornecer a sociedade prestações positivas.

Essas finalidades foram criadas pois a sociedade, ao ser conduzida pelas leis ao nível de liberdade e igualdade, de forma autorregulada, acabou por provocar a desigualdade ocasionada pela abstenção do Estado.

Para que tais desigualdades sejam amenizadas e extinguidas, o Estado deve oferecer prestações positivas e respeitar a esfera privada da sociedade, principalmente a parcela hipossuficiente, para assim eliminar obstáculos sociais e econômicos que impedem a efetividade na concretização dos objetivos de igualdade e liberdade. Pode-se citar os direitos fundamentais de segunda geração, chamados sociais ou prestacionais, que correspondem ao dever estatal de apresentar prestações positivas.

O ordenamento jurídico impõe ao Estado a incumbência de prestar de forma igualitária e que abranja diversos regimes jurídicos.

Os direitos prestacionais podem ser identificados quando há a garantia constitucional de direitos, é reconhecido o dever do Estado para criar pressupostos materiais necessários ao exercício do efetivo desses direitos e há a possibilidade de a sociedade exigir as prestações oriundas desses direitos e de forma imediata.

Não obstante da quantidade de nomes e classificações desses direitos, por conta da metodologia utilizada no presente trabalho, se faz suficiente estabelecê-los em razão de sua posição e conteúdo, tratando-os como direitos prestacionais com origem material e normativa.

Os direitos prestacionais derivados se tratam daqueles onde a sociedade como um todo usufrui e participa das institucionalizações do Poder Público, através da legislação.

Diferentemente, o direito prestacional originário abrange o direito concedido pelo constituinte, que retira dos poderes constituídos a faculdade de ordená-los.

As prestações requerem do Estado uma postura mais ativa, para garantir a efetividade na concretização dos direitos a liberdade, com a finalidade de possibilitar ao cidadão condições mínimas para sobreviver, para existir, de forma digna e garantindo os conseguintes direitos previstos na legislação brasileira.

Em relação as prestações que se encontram previstas no Ordenamento Jurídico, algumas são direcionadas ao Poder Legislativo na elaboração de leis e ao Executivo de forma regulamentar, para que seja oferecido a devida previsão jurídica às leis que definem o direito prestacional.

Ademais, houve a chegada dos direitos coletivos, positivados como princípio a solidariedade, assistindo de forma subjetiva e indeterminada todo ser humano, e qualquer geração futura.

Extrai-se então, que o vínculo na proteção dos direitos acima destacados, é imposto também ao Estado, que deve garanti-los por meio de ações públicas, políticas e de conscientização para assegurar o pleno exercício da liberdade e igualdade pelos cidadãos.

Logo, ao falar de direitos prestacionais, fala-se de direitos prestacionais de segunda e terceira geração, que buscam igualitariedade e a liberdade dos indivíduos, por meio de ações do Estado que eliminam as problemáticas a serem estudadas a seguir no presente trabalho.

Contudo, até as prestações positivas sofreram mudanças em sua extensão imperatividade e exigibilidade. A intervenção do Estado pretende inicialmente transformar e consertar as distorções oriundas do liberalismo, aplicando assim, a justiça distributiva, para se sejam afastados os efeitos do livre capital sobre o trabalho que afeta os desfavorecidos. Logo, a partir da não interferência do Estado no âmbito de negócios particulares, o poder manifesta sua vontade de forma cumulativa a riqueza e sem poder contrariar a força social e econômica.

A aglomeração de bens deixa de fora vários aspectos sociais e impede a fruição dos direitos individuais, onde inicialmente o Estado coloca seus ideais no Poder Executivo, que por

sua vez tem como papel impedir e diminuir a desigualdade social e econômica com base na constituição.

O Estado teve sua confiabilidade abalada quando pode-se notar que o dirigismo fundado em normas sem imperatividade não foram suficientes para que fossem cumpridos os objetivos propostos. Para deixar para trás toda essa problemática de legitimidade, criou-se o Estado Democrático de Direito, que por sua vez, tem como finalidade cumprir a transferência do poder dirigente ao poder Estatal e as normas, para que os mesmos decidam permanentemente sobre atos e ações a serem feitas pelo Poder Público através de meios democráticos.

Essa exigência ocasiona a possibilidade de criação de novos direitos, como de participação e transparência na Administração, que acabam por se tornar direitos fundamentais. Oposto do Estado Social que utilizava de normas programáticas, o Estado Democrático de Direito trabalha na garantia dos direitos básicos dos cidadãos que estão positivados no ordenamento jurídico constitucional, e são imperativas e eficazes.

Neste sentido, tem-se o contexto do neoconstitucionalismo, cujas premissas foram descritas por Barcellos (2005, p. 83) :

(i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade, (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que a expressão carrega.

Assim, tem a sociedade garantias judiciais para que sejam praticadas suas liberdades e a participação no exercício do poder do Estado, representando este, uma valorização da lei e do Direito, e o cumprimento da vontade dos cidadãos por seus poderes constituídos. Pôde-se ver a importância da adoção do Estado Democrático de Direito pela atual Constituição, que impõem ao Estado o dever de prestar positivamente o que lhe é devido aos cidadãos, atuando para garantir liberdades e faculdades jurídicas previstas nos artigos 6, 144, 196, 225, 230, 226 e 227 da Constituição Federal. Tais artigos trazem vínculo entre o cidadão e o Estado. O

legislativo e administrativo objetivam a efetiva implementação desses direitos, que não podem revogar os definidos na Constituição, ainda mais quando a mesma não exige atuação legislativa como condição para utilização de tais direitos

1.1 Direitos Prestacionais e o Mínimo Existencial

O presente objeto desta monografia busca apurar de que forma o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que assegura o mínimo existencial deverá prevalecer sobre os obstáculos de cunho financeiro e orçamentário, respaldados pelo denominado princípio da reserva do possível.

Com relação ao termo “mínimo existencial” este, definido, em linhas gerais por grande parte da doutrina pátria, como sendo o conjunto de condições mínimas para uma vida digna. Há juristas que entendem o que referido termo constitui um direito fundamental, na medida em que é necessário ao exercício da liberdade. Há também, autores, estes com viés democrata, que defendem que o mínimo existencial é imprescindível para o exercício dos direitos políticos.

No que toca ao fundamento teórico adotado pelo Brasil, verifica-se, a denominada “teoria das necessidades”, esta desenvolvida por Paulo Leivas e concebidas pelo jurista alemão Tugendhat.

A referida teoria afirma que a característica fundante do mínimo existencial não é liberdade, nem mesma a democracia, e sim a necessidade. Aduz também, que a dimensão mais evidente do mínimo existencial está intimamente atrelado às prestações positivas do Estado, sejam elas as políticas públicas.

Em complemento ao que fora exposto no parágrafo acima, a teoria supracitada, para além das prestações positivas, também traz a necessidades de verdadeiras prestações negativas por parte do Estado para que haja a devida aproximação do mínimo existencial. Um dos possíveis exemplos dessas prestações negativas do Estado é a não tributação sobre determinadas pessoas e matérias.

O estudo do confronto principiológico acima exposto, almeja demonstrar a

racionalização por trás das recentes decisões dos Tribunais Superiores sobre a concretização do direito à saúde em todo o território nacional.

Para que o objetivo do trabalho seja cumprido, será analisada a doutrina nacional, bem como a jurisprudência brasileira, no que tange à temática abordada. Portanto, a denominada judicialização da saúde, já envolve a sociedade como um todo, se tornando necessária sua reflexão e amadurecimento sobre o referido tema.

As prestações positivas têm como finalidade a garantia do mínimo existencial, que se encontra na Constituição, e é resguardada pelo princípio da dignidade humana. Para adentrar nos direitos prestacionais, é necessário observar a dimensão que os mesmos exercem na constituição.

Os direitos prestacionais estão vinculados à esse princípio, que impõe ao poder público a tomada de decisões para atingir a finalidade prevista na constituição e a concretização da garantia do mínimo existencial.

É possível ao Poder Público que determine o cumprimento prestacional pela Administração, que fora exigido na Constituição, para evitar a insubordinação dos direitos prestacionais e alcançar a finalidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o judiciário está ligado diretamente à violação do direito que houve ciência por meio de uma ação. No caso de se tratar de uma omissão, o juiz deve ordenar o cumprimento do dever à Administração Pública, e estabelecer o ato a ser feito, para que seja efetivamente alcançada a finalidade da constituição.

No quesito de separação de funções, cabe a Administração Pública, escolher o que for necessário para cumprir com o seu dever, além dos recursos necessários. Isso facilita atender o princípio da efetividade aos direitos fundamentais sem desvencilhar da separação de funções.

Nem sempre a violação ao direito prestacional acontece por meio da omissão da Administração, por vezes, acontece por insuficiência de atividade, ou de recursos necessários para seu cumprimento que é previsto constitucionalmente. Tais práticas deverão ser analisadas por conta de sua proporcionalidade.

A Administração Pública tem a faculdade de impor a implementação dos direitos fundamentais nas ações diretas à coletividade e escolhendo os meios adequados para atingir a finalidade da concretização dos direitos prestacionais. A proporcionalidade deve ser analisada conforme entendimento de Ávila (2009, p. 116):

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim. [] Essas ponderações remetem à seguinte e importante pergunta: A Administração e o legislador têm o dever de escolher o mais intenso, o melhor e o mais seguro meio para atingir o fim, ou têm o dever de escolher um meio que ‘simplesmente’ promova o fim? A administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim. Várias razões levam a essa conclusão. Em primeiro lugar, nem sempre é possível – ou, mesmo, plausível – saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim. Em segundo lugar, o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade da Administração seria previamente reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções.

Por mais que o Poder Público desempenhe formas de implementação dos direitos, algumas vezes acontece de suas ações deixarem de lado casos específicos onde o direito não conseguirá ser implantado. Nesse caso, o ato não será invalidado desde que consiga alcançar o fim proposto, restando ao exilado a busca dos seus direitos omitidos.

Neste sentido, leciona Ávila (2003, p. 111):

A medida será adequada se o fim for realizado na maioria dos casos com sua adoção. Mesmo que exista um grupo não atingido, ou casos em que o fim não foi realizado com aquela medida, só por isso ela não será considerada inadequada. Pode-se, ainda, exigir a ação de uma medida que seja individualmente adequada para promover o fim.

Por mais que no âmbito administrativo o poder público tenha uma liberdade maior de decisão, quando se fala em direitos fundamentais prestacionais, tal liberdade é limitada pelo Poder judiciário, devendo ser adotadas formas que vão contra a violação do direito requerido.

Pode-se concluir ao analisar a implementação dos direitos constitucionais que não há

discricionariiedade que caia à Administração Pública para agir ou deixar de agir quanto aos direitos prestacionais exigidos através da Constituição.

Deve a Administração analisar e determinar os meios mais eficientes para implementar os direitos prestacionais. Quanto a isso, todas as suas ações se dão para cumprir a finalidade constitucional da implementação dos direitos e garantia do mínimo existencial.

Segundo entendimento de Bandeira De Mello (1985, p. 100, 101):

Nós no Direito Público, erradamente eu diria, ousou tomar a liberdade de dizer 'erradamente', queremos articular os institutos de Direito Público e os de Direito Administrativo em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da idéia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – o Poder Público – está posto em uma situação que os italianos chamam de *doverosità*, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outra fórmula para se atingir esta finalidade, para cumprir este dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. E o dever assinalado na lei, e a finalidade estampada na lei, colocam-se para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.

Sob análise do STJ e do STF, entendeu-se também pela oposição da discricionariiedade administrativa a concretização do direito prestacional no âmbito da educação básica e infantil.

Vejamos os julgados:

A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariiedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais (BRASILIA, 2009, p. 2).

Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariiedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento da crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.²⁸ A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental (BRASILIA, 2003, p.1).

Quanto a tutela de direitos prestacionais, não se considera a ofensa aos princípios de separação de poderes, vez que é aplicado o princípio da inafastabilidade da jurisdição quando a Administração não cumpre com sua função e deixa assim uma omissão que ocasione ameaça ou lesão a um direito, tendo o Judiciário que interferir quando chamado, para tomar decisões que afastem a lesão ou prejuízo.

Segundo de Moraes (1998, p. 197):

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Ademais, a ligação entre os direitos prestacionais e o mínimo existencial permite exigir e delimitar a tutela jurisdicional no âmbito de exigir ao Estado a implementação quando determinado cidadão não possui como garantir uma situação de dignidade e o mínimo existencial. É resguardado assim o princípio da igualdade, onde considera tratar de maneira desigual os desiguais.

Após constatada a desigualdade nos direitos prestacionais devem ser verificados as delimitações para sua tutela, além dos meios processuais para reivindicação desses direitos, e a previsão jurídica para tais prestações.

O Direito Prestacional e a Reserva do Possível

O princípio da reserva do possível trata do momento em que o Estado, quando para prestar políticas públicas relacionadas aos direitos sociais e prestacionais, precisa se respaldar em elementos como a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço prestado (STIBORSKI, 2015).

Com relação ao termo “reserva do possível”, imperioso ressaltar que o referido termo surgiu em sede de decisão do Tribunal Constitucional Alemão, significando a ausência de recursos financeiros para se prestar determinada atividade (STIBORSKI, 2015).

Nesse sentido, correto afirmar que a doutrina distingue a reserva do possível em seu âmbito fático e jurídico. Em sua incidência fática, refere-se à comprovação, de forma objetiva, de ausência de recursos financeiros no orçamento respectivo, impossibilitando, assim, o devido custeio para a execução satisfatória de determinada atividade

Em prosseguimento o que fora exposto alhures, com relação ao âmbito jurídico da reserva do possível, tem-se, quando não há específica dotação orçamentária para a realização de determinado direito social constitucionalmente posto.

Esclarecida a devida distinção doutrinária acerca do princípio da reserva do possível, afirma-se, que, seja em seu âmbito jurídico ou fático, esses são insuficientes para limitar a efetivação de direitos sociais.

A uma, sempre irá haver recursos financeiros no orçamento público como um todo. A duas, utilizar a reserva do possível jurídica seria afirmar que os direitos sociais não são autoaplicáveis, de forma a violar frontalmente o que aduz o texto constitucional de 1988.

Sendo assim, conclui-se que o Estado está limitado economicamente e não tem condições de atender toda a população de forma igualitária

Logo, quando há necessidade de prestação de serviços, deverá haver conformidade com a reserva do possível, sendo dever do poder público prestar o serviço de forma adequada, observando a estrita necessidade em respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

É importante, portanto, entender as peculiaridades da sociedade brasileira, esta marcada fortemente pela desigualdade social e econômica que assola grande parte da população, para que o Poder Público não desperdice recursos financeiros, de forma a manter sua estratégia gerencial para se ter o suficiente para o atendimento das demandas prestacionais necessárias à sociedade no geral.

Com relação à atuação do Poder Judiciário pátrio na efetivação do direito prestacional à saúde, é possível verificar, que, se mostra descabida a intervenção do judiciário no planejamento das políticas públicas, podendo a atuação do referido Poder, determinar que a própria Administração Pública realize a definição adequada.

Nesse sentido, nas palavras da Corte Constitucional brasileira, o direito à saúde, constitui própria garantia constitucional, não sendo cabível que o Estado Gerencial, no que toca a parte financeira, alegue indisponibilidade.

Nas palavras do eminente jurista Duciran Van Marsen Farena (1997, p 12):

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode a evocação da reserva do possível converte-se “em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagrada em matéria de direitos sociais.

É notório que o Poder Judiciário, ao impor o cumprimento de determinadas medidas por parte do Poder executivo recebe inúmeras críticas, embasadas estas, em sua maioria, em afronta à separação de poderes estabelecidas pela Carta Magna de 1988.

No que toca as severas críticas descritas no parágrafo acima, faz-se de importante ressalva trazer, as palavras do Supremo Tribunal Federal, exaradas estas na pessoa do Min. Marco Aurélio de Mello (2020, p. 2):

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Em complemento ao que fora exposto nas palavras acima transcritas do ora mencionado ministro da Tribunal Constitucional, afigura-se correta a postura da Corte, pois não há fundamento lógico ou teórico que seja suficiente à obstar a promoção de direito subjetivo fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana amparados constitucional e infraconstitucionalmente.

1.2 O Direito À Saúde e a Constituição Federal de 1988

Apesar das constituições passadas terem normas que incluíssem a saúde, o foco eram as

capacitações legislativas e administrativas. Porém, ao ser promulgada a constituição de 1988, nela foi elencada a saúde como um direito fundamental dos cidadãos. Ao que se refere os cuidados com a saúde, é estabelecido no art. 23, inciso II, a competência congruente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O artigo 24, inciso XII, diz que entes retro referidos possuem competência concorrente ao legislar se tratando de defender a saúde, pois é tema de interesse local, afinal, a prestação de serviços de saúde está na maioria dos casos, municipalizada.

É importante lembrar que, por arbítrio de Emenda Constitucional 29 de 13/9/2000, a alínea "e" ao inciso VII do art. 34, foi acrescentada, assim fazendo possível a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal em caso de não-aplicação do mínimo exigido da receita decorrente de impostos estaduais no cuidado e melhoria do ensino e nas ações e serviços de saúde prestados pelo estado. Esta mesma Emenda Constitucional alterou o inciso III do art. 35, facultando, de forma semelhante, a intervenção dos estados nos municípios na mesma conjectura citada no inciso VII do artigo 34.

Sendo ainda importante citar que o artigo 197 da Constituição Federal reconheceu que os feitos realizados nos serviços de saúde são de importância pública, ou seja, submetidos nos termos da lei em regulamentação, fiscalização e controle, sendo sua execução necessariamente feita por terceiros, pessoa física ou jurídica do direito privado.

O artigo 129, inciso II, passa a função de zelar pelo respeito dos Poderes públicos e dos serviços de relevância pública ao Ministério Público, que passa a velar pelos direitos concedidos em constituição.

O artigo 198, formulou a estrutura geral do sistema único de saúde (SUS), concebendo o por um órgão com hierarquia, organizada pelas diretrizes: Descentralização, com única direção para cada parte do governo, atendimento integral, priorizando atividades preventivas sem perdas econômicas para a comunidade.

Como é visto, são diversas as normas constitucionais que abordam de forma direta o direito a saúde, apesar de não os listar em totalidade. Isso mostra a preocupação do poder constituinte em dar a devida importância e plena efetividade às ações em relação a área da

saúde. Todas as normas possuem, em maior ou menor grau, efeito jurídico e podem também serem usadas para a fundamentação de pedidos e decisões sobre a saúde.

1.3 O Direito Prestacional voltado para a Saúde

No que se refere as normas constitucionais citadas na Constituição Federal de 1988, o direito a saúde tende por exigir do Estado prestações que sejam efetivas de fato, sendo assim, um direito indisponível que além de ser fundamental, representa o bem jurídico.

É pois, um direito prestacional (GOUVEA, 2003). É mister observar o conteúdo do direito fundamental a saúde, da perspectiva da constituição de 1988, que ao evoluir em direitos fundamentais, avançou fortemente nos direitos do Brasil, que ocupando grande posição no ordenamento pátrio, trouxe reconhecimento como efetiva força jurídica, com aplicação direta e imediata (art. 5, inciso 1, da CF 88). E então referido, ao se deparar com situação similar de direito fundamental, é possível ao operador de direito se utilizar de meios processuais para assim efetivar o direito, independentemente de norma infraconstitucional integradora (mandado de injunção) ou mesmo norma que dificulte o direito a ser de fato, usado (mandado de segurança).

É previsto também, na Constituição Federal, uma abertura aos direitos fundamentais (art.5, inciso 2 da CF 1988) de forma que faz possível encontrar direitos fundamentais fora do art. 5 da constituição. No que se trata dos direitos fundamentais, são também denominadas cláusulas pétreas (art. 60, inciso 4, inciso IV).

A interpretação de que os direitos são impossibilitados de serem direitos e imediatos por não estarem no artigo 5 também se torna equivocada, principalmente se considerar que a aplicação direta e imediata é consequente do princípio de máxima efetividade, inerente a qualquer norma da constituição. Sem dúvidas, os direitos fundamentais não são o princípio da lei, mas a lei deve estar fundamentada neles, pois a vontade de concretizar tais direitos deve ser independente da vontade ou ausência de lei.

2. A PROBLEMÁTICA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAUDE

O presente estudo tem o cunho de investigar por quais razões a prestação do direito fundamental à saúde não tem sido concretizada em sua devida forma no Brasil, ainda que haja

previsão constitucional e infraconstitucional sobre o tema.

No que tange o aspecto político-social, ressalta-se, que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à saúde tem sido expresso nas constituições que regem os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Em tempos de ativismo judicial, apesar da positivação do referido direito, sua concretização está longe do que se almeja, portanto, o Poder Judiciário se mostra como uma espécie de “salvação” para grande parcela da sociedade que necessita de cuidado médico, e o atraso em sua prestação, muitas das vezes, resulta em danos irreparáveis a quem precisa.

Imperioso ressaltar, que, o termo utilizado no parágrafo acima, “ativismo judicial”, pode ser definido como um comportamento, uma atitude, de determinados juízes ou tribunais. Comportamento este que consiste numa escolha, uma forma específica de interpretar e aplicar o texto constitucional, no sentido de expandir seu sentido e alcance.

Afirma-se, que, um dos possíveis fatores sociais que acarretaram na exigência de uma postura mais ativa por parte do Poder Judiciário seria a notável crise de representatividade que assola o país.

É possível verificar a referida crise ao passo que a população, há muitos anos, não se mais representada pelos Poderes Executivo e Legislativo, fato este que acarreta em uma automática transferência de poder para o Poder Judiciário, aumentando de maneira considerável sua credibilidade frente à população.

Verificando, desta forma, verdadeiro empoderamento do Poder Judiciário Pátrio na concretização de valores e fins constitucionais, e evidente retração dos demais poderes políticos constituídos.

Ainda com relação que fora exposto nos parágrafos acima, a doutrina costuma apontar três características fundantes do ativismo judicial. O primeiro se perfaz na aplicação direta do texto constitucional a situações que não estão previstas, de forma expressa, no texto constitucional, independentemente da manifestação dos atores políticos do legislador ordinário (VALE, 2015).

Um segundo comportamento apontado pela doutrina de um tribunal ativista é a própria declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos editados pelo Parlamento, e também de atos do Chefe do Poder Executivo, utilizando para tanto critérios menos rígidos. De forma a reconhecer a inconstitucionalidade de determinado objeto sem que seja possível identificar a presença de um vício flagrante (VALE, 2015).

O terceiro comportamento, este que mais interessa ao presente estudo, é a própria imposição de condutas positivas e negativas ao Poder Público, em sua grande maioria em sede de Políticas Públicas. Uma das possíveis situações que servem para exemplificar a referida característica deste parágrafo é a condenação do Ente Político a entregar determinado medicamento, manter quantidade mínima de medicamento em estoque, condenar ente público a pagar auxílio habitacional, entre outros (VALE, 2015).

Expostas, nos parágrafos acima, as três características marcantes de um tribunal ativista, verifica-se, em comum, no sentido de poder afirmar que um Poder Judiciário Ativista age de forma positiva, de modo a superar eventuais bloqueios institucionais para possibilitar assim, efetivo cumprimento aos direitos subjetivos fundamentais.

Diante do acima exposto, constata-se, que, o referido direito é universal e poderá ser demandado por cada um dos membros da população brasileira. Entretanto, qual tem sido o critério utilizado pelo Poder Judiciário para justificar sua atuação?

Por meio de um breve estudo sobre a judicialização da saúde em âmbito nacional, constata-se, que, por mais que não haja uma padronização nas decisões judiciais sobre o tema objeto deste estudo, já é possível identificar algumas das razões fundantes, bem como alguns de seus vetores axiológicos.

É possível verificar, que, por mais que a referida postura mais ativa do Poder Judiciário possa se mostrar, aparentemente, indevida, seja ela na forma com que determinados direitos prestacionais têm sido implementados via judicial, tal postura se mostra correta, frente à um estado flagrante de ilegalidade dos agentes públicos que, não conseguem, de modo satisfatório, promover a prestação devida de direitos fundamentais constitucionalmente postos.

2.1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INSATISFATÓRIA PRESTAÇÃO DO DIREITO MÉDICO

Pelas considerações iniciais acerca do presente capítulo deste estudo, se mostra necessário apresentar, de forma breve, a evolução da responsabilidade civil do Estado no que toca sua parte teórica, para entendermos como se deu o processo histórico evolucionário que culminou na constituição de um Estado Social Prestacional, seja ele vinculado ao cumprimento efetivo de direitos fundamentais da população em geral.

Ao longo dos anos, é possível identificar três principais teorias que trataram acerca da responsabilidade civil do Estado em seu caráter histórico. A primeira fase da referida responsabilidade é possível identificar a incidência da “teoria da irresponsabilidade”, pois havia total ausência de responsabilidade estatal pelos atos praticados por seus agentes, característica marcantes dos Estados Absolutistas.

Em um segundo momento, verifica-se a presença das “teorias civilistas”, de forma a abarcar a “teoria dos atos de império e de gestão”, que, posteriormente, evoluiu para a “teoria da culpa civil” ou da “responsabilidade subjetiva”.

Por fim, tem-se, que a terceira fase da responsabilidade civil, há incidência das “teorias publicistas”, de forma a compreender as teorias da culpa administrativa e a teoria do risco administrativo, que se desdobra em risco integral e risco administrativo.

Nesse contexto, com base no art. 36, parágrafo 6º da CFRB/1988, tem-se:

§ 6º - as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Explorado o dever constitucionalmente exposto, será trazido o conceito de responsabilidade civil do Estado pela eminente jurista Maria Helena Diniz (2003, p. 34):

Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do statu quo ante ou em uma importância em dinheiro.

Buscou-se, nos parágrafos iniciais deste capítulo, apontar, de forma breve, as principais características da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, trazendo também, seu fundo constitucional expresso, bem como definição doutrinária do instituto jurídico ora apresentado.

De início, é de importante ressalva trazer à tona a missão crucial do Administração Pública brasileira, seja ela o cumprimento do denominado “interesse público primário”, que, pelo eminente e saudoso jurista Luiz Flavio Gomes (2010, p.1), tem a seguinte definição:

O interesse público primário é o verdadeiro interesse a que se destina a Administração Pública, pois este alcança o interesse da coletividade e possui supremacia sobre o particular, já no que diz respeito ao interesse público secundário este visa o interesse patrimonial do Estado. Este interesse secundário, explica, por exemplo, a demora do Estado no pagamento dos precatórios uma vez que ele (Estado) está defendendo seu próprio interesse (art. [100, CF](#)).

Com o auxílio do arcabouço doutrinário descrito acima, é de fácil perpeção identificarmos os verdadeiros fins da constituição de um aparato organizado estatal deve perserguir, seja ele a satisfação das demandas coletivas, propiciando assim, uma maior qualidade de vida à população.

Verifica-se, que a possibilidade de se atribuir responsabilização civil ao ente federativo pela má prestação de direitos subjetivos dos indivíduos se mostra como uma excelente ferramenta de controle da atuação dos agentes públicos responsáveis por tal interesse da coletividade.

Conforme o que fora dito nos parágrafos anteriores, a devida prestação do direito fundamental à saúde é inegociável, havendo previsão constitucional expressa nesse sentido, seja ele na forma do art. 196 da CRFB/1988:

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

Evidencia-se, portanto, que se constitui como um dever do Estado promover a devida execução do direito à saúde, para o cumprimento desse direito, fora criado o SUS – Sistema Único de Saúde, entidade esta que possui atuação em todas as esferas da federação, possuindo base constitucional posta no art. 200 da Carta Magna de 1988:

Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; (Revogado)
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Em conclusão, constata-se, que, a devida atribuição devida da responsabilidade civil em tela se mostra imprescindível ao cumprimento efetivo desse dever de agir do Poder Público, que ao se manter inerte, no que toca à sua concretização, fere de forma flagrante o princípio reitor do Estado Democrático de Direito, seja ele o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 A Omissão do Governo quanto o direito prestacional a saúde e o Risco do Genocídio Indígena

Através da ADPF 709, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) se aliou à Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ e a seis partidos para combater a omissão do Estado

no combate à pandemia e cobrar as devidas precauções quanto ao risco de genocídio oriundo do corona-vírus.

Foi utilizado o controle concentrado de constitucionalidade, que expõe um marco para a comunidade indígena e a imposição ao Poder Judiciário atender as necessidades frente a um problema grave de omissão do Estado brasileiro quanto a implementação dos direitos sociais e o direito prestacional da saúde.

Foi pedido ao STF que fosse determinado ao governo federal a instalação de barreiras sanitárias em diversos territórios indígenas, assim como a retirada de invasores destas. Pediram, ainda, que fossem atendidos todos os indígenas para a criação de um planejamento de enfrentamento à pandemia por meio do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH).

A ação proposta torna efetivo o art. 232 da Constituição que expõe a legitimidade dos povos indígenas e de suas organizações para atuar em juízo na defesa de seus direitos e interesses. Assim permite a democratização e a facilitação do acesso à justiça e o exercício da interpretação constitucional pelos grupos minoritários.

Adotar políticas de saúde conforme a Constituição Federal propõe o abandono de conceitos ultrapassados quanto a identidade indígena e suas práticas tradicionais. Por mais que a lei 9.638/99 tenha sido um marco importante, não permitiu o enfrentamento de todas as problemáticas da saúde indígena no Brasil.

Importe salientar que há um preconceito entranhado com a premissa de que os indígenas são apenas aqueles que vivem nas aldeias, devendo os que vivem nas cidades ser excluídos. É retratado diariamente a discriminação que os indígenas não atendidos pela SESAI sofrem ao tentar atendimentos no SUS, não recebendo a atenção devida, que considere suas diferenças socioculturais.

Todo o exposto acima mostra que há bastante obstáculo a ser derrubado e percorrido para que o povo indígena tenha com efetividade o respeito e o cumprimento das normas prestacionais contidas na Constituição Federal.

2.3 A atuação da Justiça brasileira para a efetivação do direito à saúde

Sabe-se que a Carta Magna molda uma dimensão de direitos, onde pode se encontrar o plano de proteção social. É evidente a importância do direito social e juntamente a isto o direito a saúde, ainda mais nos dias atuais. Naquilo que tange o sistema político, diretrizes voltadas para o equilíbrio entre os Poderes, foram necessárias, e por isso atingiu-se o equilíbrio entre os Poderes, menciona-se ainda, que houve o processo democrático na esfera política.

É importante ressaltar que a Lei Orgânica da Saúde, gerou grande e inúmeros debates entre o Poder Legislativo e o Executivo. Ao citar tal fato, expõe-se a demanda da garantia ao direito da universalidade e integralidade da saúde e com isso a responsabilidade do Executivo. Sabendo da existência das competências ao Sistema Único de Saúde, onde sua representação é dada através do Ministério da Saúde, coloca-se em pauta a descentralização política-administrativa. Com isso, para que ocorra uma melhor participação e eficácia do Poder Executivo Nacional, deveria o mesmo tratar diretamente a regulamentação pertinente para a direção política do SUS e seus princípios.

Contudo, infelizmente existem lacunas nessa relação, de forma equivocada, onde normas foram criadas em diversos âmbitos a nível nacional, a qual prejudicou diretamente a compreensão do objetivo da política para o SUS.

Sendo assim, é nítida a observação do Ministério da Saúde que atua de forma intercalada em esferas, tanto estadual, quanto municipal e com isso não respeitando a universalidade e integralidade da saúde no sistema único no país.

É significativa a atuação do poder Legislativo no decorrer da implantação do SUS, onde foi possível ver a total conformidade com todas as demandas do Executivo. Ainda sim, por mais que as políticas criadas pelo Ministério da Saúde fossem contra muitos princípios e direitos explícitos, o Legislativo se manteve fiel ao cumprimento de todas as normas criadas. Ao analisar de outro ponto, nota-se que o Legislativo passa uma imagem de fragmentação acentuada, juntamente, com um aumento no atendimento com inúmeras demandas legítimas.

Após 1988, o Poder Judiciário, como também, o Ministério Público, atuam com novas regras constitucionais. Com isso, houve modificação e um novo crescimento de suas

atribuições, emergindo então novas contradições e dilemas para que houvesse a garantia do direito a saúde no País.

Com a existência da desarticulação entre os Poderes, é produzido o conhecimento acerca do mecanismo de “pesos e contrapesos” no âmbito da saúde no país. Por mais que o futuro chegue e com ele novas atualizações acontecem no legislativo, ainda sim, permanece veementemente a obrigação do Estado de praticar o papel de mediador para estabelecer ações prioritárias e justas com o objetivo de melhorar o bem-estar coletivo.

Nos moldes da Constituição Federal, no Brasil, a saúde é um direito fundamental para o povo, advindo de uma natureza social. Com base nisso, cita-se o art. 6º, CF/88, que está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Um direito fundamental que não pode ficar de fora é o direito à Vida, onde pode ser encontrado no título II da CF, que irá dispor dos direitos e garantias fundamentais. É importante dizer, que o direito a vida faz parte da dignidade do ser humano. Até porque, se não houver saúde, como haverá uma vida.

Conforme verifica-se, há um sem número de estudos jurídicos que corroboram a importância do tema deste trabalho científico, seja ele a necessidade de uma atuação positiva do Estado no que toca o cumprimento do referido direito fundamental, nesse sentido, mostra-se de especial relevância mencionar:

“O Constituinte, assim, concedeu especial tratamento e atenção a esse direito, fazendo toda uma disciplina quanto à sua tratativa, estabelecendo um rol de normas a serem seguidas e executadas pelo Estado, previstas ali do art. 196 ao 200, da Constituição, tudo no intuito de proteger esse bem de tão elevada importância à vida das pessoas. É um direito fundamental dos mais valiosos que precisa ser protegido e efetivado, como forma de propiciar ao indivíduo condições de realizar sua vida, ao menos com o mínimo de dignidade que lhe é inerente. “

INFORMAÇÕES RETIRADAS DO ARTIGO DE ESTUDO DO GEOVÂNIO DE MELO CAVALCANTE: “A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO MEIO DE PROTEÇÃO E RECONHECIMENTO

SOCIAIS DA PESSOA HUMANA.”

Questiona-se diante do supramencionado, quem deverá ser responsável por zelar pela garantia à saúde do cidadão. Até porque, existe a previsão constitucional que garante a dignidade da vida humana. Para que tal questionamento possa ser sanado, a responsabilidade encontra-se em todos os entes estatais, desde a União até os municípios, assim discorre-se o art. 196, CF/88.

Conforme o que fora explicitado acerca dos objetivos constitucionais do Sistema Único de Saúde, sendo certo de sua indispensabilidade, por mais que haja sua devida instituição no âmbito dos entes políticos, uma postura atenta do Poder Judiciário ainda se mostra devida para que não haja eventual desvirtuamento dos referidos fins constitucionais de tal sistema.

Foi considerado inconstitucional pelo Ministro Dias Toffoli em 2015, a necessidade do paciente atendido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ter que arcar com despesas financeiras em razão de exigir uma acomodação específica ou atendimento por um profissional da sua preferência, corroborando com a Portaria 113/1997 que proíbe a a diferença de classe.

Por início, para que haja a devida análise acerca da decisão ora exposta, se faz necessário trazer à tona os princípios basilares do Sistema Único de Saúde, sejam eles: universalidade, equidade e integralidade.

Verifica-se, que, para que o referido instuto atue conforme sua finalidade legal de forma íntegra, a isonomia se mostra como características marcante no referido subssistema, de modo a afastar qualquer tipo de discriminação no que toca ao tratamento de pacientes na mesma situação.

O pagamento por acomodações superiores ou mesmo tratamento com “médico de sua confiança” aponta total subversão lógica do SUS. Ao passo que o fomento e manutenção do Sistema Único de Saúde está a cargo do Poder Público.

Evidencia-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade de qualquer regra que burle a proibição da diferença de classes no SUS, protege aqueles indivíduos que se encontrem em situações de maior vulnerabilidade. Pois o objetivo do SUS é claro, oportunizar o devido

tratamento médico-hospitalar preventivo e repressivo de forma indiscriminada, gratuita e eficiente.

Constatando, em mais uma decisão judicial a inegável importância da devida intervenção do Poder Judiciário no cotidiano dos brasileiros, garantindo assim o fiel cumprimento às missões institucionais do Sistema Único de Saúde.

Foi reconhecido através da 2ª Turma. AREsp 1534208/RN o provimento judicial para a distribuição de medicação baseado em uma recomendação médica do profissional que não esteja associado ao Sistema Único de Saúde, visto que, a determinação do tratamento fornece ao médico habilitado e que compreenda o quadro clínico em questão, o que pode ser discutido é a necessidade médica e a comprovação de hipossuficiência financeira.

É correto afirmar que a devida tutela dos direitos fundamentais por parte do poder judiciário, também encontra aplicação na jurisprudência do Tribunal da Cidadania. O resumo da decisão acima posto, aponta que o Superior Tribunal de Justiça, de forma acertada, e em arrimo com os ditames constitucionais, conferiu proteção integral do direito à saúde.

Exigir determinado vínculo profissional para que se possa fornecer determinado medicamento se mostra irrazoável e desproporcional, configurando afronta à sua devida efetivação.

A característica fundante que permite o fornecimento de medicamentos é a sua indispensabilidade ao tratamento médico, este só podendo ser corroborado por profissional legalmente habilitado, bem como a hipossuficiência daquele que o requer.

Com relação à competência médico-profissional, não há de ser feita nenhuma distinção acerca do profissional integrar ou não o quadro de funcionários do Sistema Único de Saúde. O requisito que deve ser preenchido é a lisura do médico em conferir documentos médicos-legais que atestem a indispensabilidade do referido medicamento.

Ainda no que toca a postura esperada por uma Corte Constitucional atenta às realidades sociais,

pode-se verificar, na forma do que fora decidido, recentemente, pela referida Corte, que eventuais posturas insatisfatórias dos agente públicos respectivos, no que toca a efetivação do direito à saúde, não serão simplesmente “toleradas”.

Sendo certo que as consequências por uma postura indevida do Estado no que toca ao cumprimento do direito à saúde, poderão dar ensejo a decisões judiciais de caráter preventivo, bem como a decisões de caráter reparatório, seja este pela utilização de fatos pretéritos como razões de decidir.

De acordo com o informativo 1017 STF, foi ajuizada uma ação civil pública por parte do Ministério público federal em face ao município de Nova Iguaçu – RJ e a União, em virtude do não cumprimento da aplicação mínima dos recursos destinados a saúde de acordo com a exigência do art. 198, § 2º, III, da Constituição, observados os parâmetros do art. 77, § 1º, do ADCT.

O julgado acima, diferentemente do caráter preventivo das decisões que foram objeto deste estudo até então, possui caráter eminentemente reparatório, pois utiliza, como suas razões de decidir, situações fáticas pretéritas.

A decisão judicial tem o intuito de resguardar, a devida aplicação econômica para a proteção de bens jurídicos tão caros ao Estado Social de Direito. Nos moldes do que fora decidido tem-se, que, é plenamente exigível a devida compensação da diferença que não fora devidamente aplicada nos anos anteriores. Constituindo assim decisão justa e voltada à satisfação dos interesses coletivos da sociedade.

Sendo inegável o caráter indispensável da devida prestação do direito à saúde pelos atores públicos e políticos, para que haja assim o cumprimentos dos fins do denominado Estado Social de Direito, a atuação estatal, na persecução do direito fundamental em comento, não se mostra apenas relevante, mas sim imprescindível.

Nesse sentido, o eminente jurista Homero Neto preleciona:

“No campo dos direitos fundamentais, a saúde é uma tônica basilar do Estado Social de Direito, pois para além das meras prestações estatais devidas pela dicção

normativa que lhe é inerente, posiciona-se como *conditio sine qua non* do exercício pleno das liberdades que permitem ao indivíduo executar seus planos racionais de uma vida boa na sociedade de cooperação, portanto, solidária, tendo-se sempre em mente que o Estado terá, nesse aspecto, por intermédio de suas políticas públicas papel não apenas relevante, mas imprescindível e, portanto, determinante, para a consecução desses projetos. (2018, ps. 89-90).”

HOMERO, Lamarão Neto. Judicialização da saúde: o indivíduo e a sociedade de cooperação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

3. O PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL NO ENFRENTAMENTO À CRISE ACARRETADA PELO NOVO CORONAVÍRUS.

Inicialmente, será trazido à tona a essencial relevância à missão institucional da Suprema Corte Constitucional brasileira, exercida esta na qualidade de seus onze ministros e demais profissionais altamente habilitados que compõe a referida corte.

É notório que a Carta Federal de 1988, na forma do seu art. 102, trouxe, de forma expressa a missão incumbida ao Supremo Tribunal Federal, seja ela a guarda to texto maior, por meio de mecanismos legítimos que possibilitam a manutenção da segurança jurídica, esta necessária e fundante de um Estado Democrático de Direito.

Feitas as considerações iniciais acerca da função essencial desempenhada pela Corte objeto deste capítulo, verifica-se, que, a referida missão ganha especial relevância quando estamos diante de grave crise econômica-social que assolou todo o planeta, marcando a história da sociedade humana moderna.

Inúmeras ações judiciais, no decorrer do referido estado de calamidade, trouxeram à tona a evidente crise de governabilidade presente no atual governo, configurando enorme descompasso entre as esferas políticas administrativas, acarretando assim, insegurança jurídica extremamente prejudicial à população brasileira.

Evidencia-se, portanto, que a “guarda da constituição” exercida pela Corte Constitucional está além da análise de constitucionalidade de atos normativos, em seu sentido lato, abarca também, a capacidade de moderação entre os poderes consituídos, de forma a preservar a separação harmônicas constitucionalemnte prevista.

Por mais que a Corte Constitucional não tenha exercido o papel gerencial da crise

sanitária acarretada pelo vírus em tela, é possível identificar relevante atuação do Poder Judiciário pátrio, por meio de seu órgão máximo, definiu três grandes pilares no que toca ao enfrentamento da crise.

O primeiro dos pilares mencionados na parágrafo anterior, se dá pela devida chancela do Tribunal Constitucional em permitir que Estados e Municípios, ao lado da União pudessem enfrentar, de forma conjunta, a crise em comento, constituindo assim, verdadeira gestão pública associada.

Em complemento ao que fora exposto acima, deve-se mencionar a decisão exarada pelo Supremo Tribunal de Federal em sede de Ação Direto de Inconstitucionalidade de número 6341, na qual fora referendada medida cautelar preservando a competência de cada esfera política ao definir sobre a execução de serviços públicos e demais atividades essenciais.

Por seu turno, no que toca ao exercício de determinada matéria por mais de um ente federativo de forma simultânea, tem-se, que, é perfeitamente possível e o ordenamento jurídico pátrio possui mecanismos que legitimam a referida execução de forma conjunta.

Segundo Fernandes (2017, p. 885):

“É aquela técnica na qual dois ou mais entes vão atuar conjuntamente ou concorrentemente para uma mesma matéria. A repartição vertical surge na Constituição alemã de Weimar, de 1919. No Brasil, aparece pela primeira vez na Constituição de 1934. Atualmente, ela existe na Constituição de 1988. Essa técnica advém do modelo de federalismo cooperativo ou de integração.”

Pode-se, verificar, de plano, a incidência do princípio da preponderância dos interesses, no sentido em que, a União sempre terá interesse geral acerca de determinada matéria, porém, referido interesse geral, não exclui, nem obsta o exercício de competência suplementar pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A segunda linha estratégica no combate a crise sanitária-social acarretada pelo Covid-19, foi a definição de que a vacinação contra o referido vírus tem caráter obrigatório, possibilitando assim, cumprido os requisitos necessários, a denominada “imunização em rebanho”.

O terceiro pilar difundido pela Corte Constitucional, se deu na exigência de elaboração de um plano nacional de vacinação, de forma a definir grupos prioritários de pacientes, bem a

ordem de preferência dentro do referido grupo prioritário.

Evidencia-se, portanto, que a referida postura do Supremo Tribunal Federal se deu no sentido de evitar maiores prejuízos à sociedade tem em vista a flagrante crise de governabilidade de que assola os brasileiros.

Por fim, cumpre ressaltar, que, a referida moderação, esta com o intuito de manter o devido diálogo constitucional entre os poderes, será objeto de capítulo próprio neste presente estudo, onde serão trazidas, e analisadas, julgados dos tribunais superiores na qual haja a referida moderação.

3.1 A OMISSÃO DO GOVERNO E O RISCO DO GENOCÍDIO INDÍGENA

Através da ADPF 709, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) se aliou à Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ e a seis partidos para combater a omissão do Estado no combate à pandemia e cobrar as devidas precauções quanto ao risco de genocídio oriundo do corona-vírus.

Foi utilizado o controle concentrado de constitucionalidade, que expõe um marco para a comunidade indígena e a imposição ao Poder Judiciário atender as necessidades frente a um problema grave de omissão do Estado brasileiro quanto a implementação dos direitos sociais e o direito prestacional da saúde.

Foi pedido ao STF que fosse determinado ao governo federal a instalação de barreiras sanitárias em diversos territórios indígenas, assim como a retirada de invasores destas. Pediram, ainda, que fossem atendidos todos os indígenas para a criação de um planejamento de enfrentamento à pandemia por meio do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH).

A ação proposta torna efetivo o art. 232 da Constituição que expõe a legitimidade dos povos indígenas e de suas organizações para atuar em juízo na defesa de seus direitos e interesses. Assim permite a democratização e a facilitação do acesso à justiça e o exercício da interpretação constitucional pelos grupos minoritários.

Adotar políticas de saúde conforme a Constituição Federal propõe o abandono de conceitos ultrapassados quanto à identidade indígena e suas práticas tradicionais. Por mais que

a lei 9.638/99 tenha sido um marco importante, não permitiu o enfrentamento de todas as problemáticas da saúde indígena no Brasil.

Importe salientar que há um preconceito entranhado com a premissa de que os indígenas são apenas aqueles que vivem nas aldeias, devendo os que vivem nas cidades ser excluídos. É retratado diariamente a discriminação que os indígenas não atendidos pela SESAI sofrem ao tentar atendimentos no SUS, não recebendo a atenção devida, que considere suas diferenças socioculturais.

Todo o exposto acima mostra que há bastante obstáculo a ser derrubado e percorrido para que o povo indígena tenha com efetividade o respeito e o cumprimento das normas prestacionais contidas na Constituição Federal.

3.2 O RESTABELECIMENTO DOS LEITOS DE UTI INATIVADOS PELA UNIÃO

Segundo o informativo 1037 do STF, a União destinou recursos financeiros para aquisição de leitos de UTI (Unidade de Terapia Intensiva) reservados para atender pacientes com Covid-19. Entretanto, essas UTI foram inativadas em 12/2021 e em 09/02/2021 os municípios acionaram judicialmente a União para que as UTI voltassem a funcionar, bem como o fomento de recurso para a manutenção.

De início, vale ressaltar que a decisão em comento fora trazida em sede de plenário pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a validar e julgar procedentes as tutelas de urgência concedidas na ação civil originária.

A referida chancela de constitucionalidade conferida pela Corte Constitucional se mostra irretocável, tendo em vista que seja qual for a medida que acarreta na diminuição da proteção à sociedade em tempos de pandemia deve ser extirpada.

Importante lição trazida no julgamento final de mérito da decisão em análise, seja a de encarar a crise sanitária causada pelo denominado “Covid-19”, por meio de uma estratégia multilateral, exigindo assim, atuação efetiva dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Sob o contexto da decisão em comento, pode-se verificar, que, uma vez constatada a omissão estatal na devida atuação em sede de gerenciamento de uma situação de crise, a interferência dos atores políticos do poder judiciário se mostra imprescindível para o devido acesso igualitário e universal ao direito à saúde.

3.3 A MITIGAÇÃO DA EXERCÍCIO EXTERNO DA ATIVIDADE RELIGIOSA

Em razão do crescimento de contaminados por Covid-19, os Estados e Municípios publicaram decretos suspendendo provisoriamente atividades religiosas como medida para evitar aglomerações e contribuir para o disseminação do vírus.

Inicialmente, deve-se fazer a devida ressalva no sentido de o que apesar de o exercício da liberdade religiosa estar expressamente previsto na carta magna de 1988, abrangendo tanto a sua dimensão interna, bem como a externa, este não pode ser entendido de forma absoluta, comportando assim, devidas restrições.

A própria Carta Federal de 1988 faz a devida ressalva no que toca a concretização da dimensão externa da liberdade religiosa, seja ela na forma do art. 5º, inciso VI, pois estabelece que a referida garantia individual será exercida na forma da lei.

A reserva legal trazida de forma expressa pelo texto constitucional exposta no parágrafo acima é suficiente para afastar qualquer eventual alegação de que se aduz absoluta a realização de cultos religiosos coletivos.

Evidencia-se, portanto, que é perfeitamente possível a restrição ao exercício da liberdade religiosa externa coletiva pelos entes federativos respectivos. Verifica-se, ao analisar o caso concreto a ponderação de direitos fundamentais, onde se atribui maior valor à saúde, tendo em vista que o principal intuito da referida restrição é evitar a propagação de doença altamente contagiosa que assolou de forma devastadora a população brasileira.

3.4 A CONSTITUCIONALIDADE DA “VACINAÇÃO COMPULSÓRIA”

Segundo a Lei 13.979/20, que dispõe de ações que podem ser admitidas para combater problemas endêmicos consequentes da Covid-19, tais ações constituídas neste dispositivo tem

por objetivo minimizar a contaminação da população, que também abrange a vacinação compulsória.

De início, deve-se ressaltar que a lei em análise, seja ela a Lei nº 13.979/2020, visa implementar medidas sanitárias efetivas com vistas à redução da propagação do denominado “Covid-19”, trazendo medidas que deverão ser obrigatoriamente cumpridas pela sociedade.

A referida “vacinação compulsória”, em nada se confunde com a “vacinação forçada”, seja ela a possibilidade de conduzir à força as pessoas para locais de vacinação. Há, no ato legislativo em análise, diversas medidas indiretas de coação, afastando a necessidade de emprego de força física para que haja a devida imunização coletiva.

Ressalta-se, que, nos moldes do que fora decidido pela Suprema Corte brasileiras, as referidas medidas indiretas, ora postas no parágrafo acima, devem observar estritamente aos ditames principiológicos da razoabilidade e proporcionalidade, afastando qualquer violação ameaça à integridade física ou psíquica da população brasileira.

Portanto, em mais um julgado da Corte Constitucional trazido à baía é possível verificar a postura ativa do judiciário brasileiro na prestação de direitos fundamentais. Em momento algum o prévio consentimento do usuário é descartado, o que fora decidido é a constitucionalidade acerca das medidas indiretas previstas em lei, sendo assim, estas, chanceladas pelo Supremo Tribunal Federal.

3.5 O RESPEITO À AUTONOMIA FEDERATIVA NO QUE TOCA O PLANEJAMENTO DE VACINAÇÃO POPULACIONAL.

O Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face à União, em razão da diminuição da distribuição de vacinas contra a Covid-19, que ocorreu repentinamente, provocando infortúnio para o planejamento de vacinação da população.

De início, nos moldes do fora decidido pelo Tribunal Constitucional na decisão em análise, é possível verificar, que a brusca redução do números de doses da vacina, fere, de forma frontal os norteadores da previsibilidade e continuidade do referido plano de vacinação

É fato que a referida redução do número de doses, compromete os fins traçados pelas Políticas Públicas elaboradas pelos estados membros, acarretando assim, no aumento da propagação da doença, e automaticamente, do número de óbitos.

Para além dos malefícios médicos e sanitários trazidos pela postura do governo federal em análise, há de se mencionar também a quebra da legítima confiança na população local, aumentando, sobremaneira, a crise de representatividade.

Evidencia-se, portanto, que o Tribunal Constitucional, ao determinar que a União realize as remessas necessárias da quantidade de vacinas para que haja a aplicação da segunda dose no prazo estipulado pelos profissionais técnicos fabricantes, de forma a concluir o que fora estipulado nos denominados “ciclos de imunização”.

Em conclusão, é possível identificar, em mais um momento, a postura do Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir eficácia, em seu âmbito fático, ao que estabelece os direitos fundamentais constitucionais.

Ainda no que toca à manifestação da autonomia federativa no que toca ao cumprimento de planejamento de vacinação populacional, pode-se verificar que, em há decisão do Supremo Tribunal Federal com relação ao tema de competência legislativa concorrente.

Foi divulgado pelo Ministério da Saúde, não autorizando a imunização de pessoas com idade superior a 12 anos mesmo sem comorbidades. Todavia, mesmo com essa orientação os Estados e Municípios decidiram que os adolescentes seriam imunizados, a decisão foi tomada conforme recomendação da ANVISA.

Em razão dessa situação, foi requerido ao STF para que houvesse a suspensão do informativo do Ministério da Saúde, de modo a garantir a manutenção da vacinação dessa população.

Em se tratando de competência legislativa concorrente, é possível afirmar que incumbe-se à União editar normas gerais e os Estados Membro suplementarem tais normas gerais de modo a conferir maior eficácia, conforme as suas peculiaridades.

A Corte Constitucional, ao cancelar a possibilidade de Estados, Municípios e Distrito Federal de promoverem a vacinação de crianças e adolescentes, decisão esta que vai de encontro ao que fora expedido por meio de portaria informativa do Ministério da Saúde, pois esta, aduzia pela não vacinação de crianças e adolescentes.

É correto afirmar que a referida decisão do Tribunal Constitucional, fez com que o parâmetro axiológico do federalismo cooperativo incidisse sobre a demanda em tela, de forma a possibilitar assim, efetivo combate integrado dos entes federativos ao Covid-19.

4. FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE PELO JUDICIÁRIO

A necessidade dos direitos da constituição de serem reconhecidos criou uma realidade que acabou por constituir o poder judiciário a se tornar um importante ator quanto às necessidades de implementar e incentivar os direitos concedidos em Constituição, fazendo assim a administração pública prestar as assistências necessárias ao povo Brasileiro.

O capítulo em tela, tem por objetivo identificar e destacar os fundamentos axiológicos utilizados pelo Judiciário para a devida intervenção e efetivação do direito fundamental à saúde, de modo a afastar eventual violação à harmônica separação de poderes constitucionalmente estabelecidos.

Nisto, o Estado, em seu sentido lato, deve cuidar para que o direito a saúde de fato se concrete, e a administração pública deve elaborar ideias e ações, conjunto de atividades que é denominado como política pública (FREIRE JUNIOR, 2005), não se pode ignorar que toda ação do governo em relação às políticas públicas depende da alocação de verbas e recursos públicos que são, limitados.

Além dos recursos limitados, há certa burocracia nas ações estatais o que também leva tempo. A administração pública acaba por ter de priorizar algumas frentes de atuação, principalmente ao se tratar de direitos fundamentais, a espera não pode ser grande, o que faz necessária a atuação do poder judiciário para que o direito seja garantido em caso concreto. Fazendo valer o escrito em Constituição.

É necessário citar que isto não reflete a um judiciário de livre ação, sem qualquer limitação ou "acima da lei", pois a interferência total é vedada, sendo apenas usada em garantia dos direitos fundamentais da Constituição Federal, assim defendendo o direito. Tal realidade cria diversas tensões e antinomias, pois os direitos fundamentais exigem que sejam executados e validados.

É importante que os tribunais não resolvam ou decidam se baseando em contexto extrajurídico, mas sim, utilizando os mecanismos de hermenêutica constitucionalmente postos e acertados pelo ordenamento jurídico pátrio, com vistas à concretização do direito fundamental ora citado.

4.1 Princípio da Eficiência na atuação da Administração Pública

As normas a que se refere, encontram sintonia com o princípio da eficiência, quanto a função de utilizar meios para impulsionar a Administração para o cumprimento do seu dever prestacional. Pois, quando a ociosidade não é possível pelo disposto na norma, é obrigatório a sua atuação para a satisfação das necessidades sociais.

Tal fato é explicado novamente por Ávila (2003, p. 27), ao escrever que: “eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos”.

No sentido de atender plenamente as necessidades que objetiva suprir, se desenvolve o Estado, no momento e forma adequados. Logo, tanto a administração pública quanto seus agentes estão impostos à expressa disposição constitucional a observância dos princípios prestacionais e da eficiência.

Em outro caso, o STJ também decidiu por meio da Ministra Eliana Calmon que o princípio da eficiência impõe à Administração Pública o dever de atuar, pois não se admite que a sociedade fique desamparada à espera de que seja cumprido o seu dever conforme previsto no ordenamento jurídico.

Sendo certo que há diversos valorosos estudos no que toca a incorporação do princípio constitucional da eficiência no caput do art. 37 da CRFB/88, optamos por trazer algumas lições acerca da referida introdução ora elencadas pelo eminente jurista e professor de Direito Administrativo André Cyrino PAGINA 75 DO LIVRO DIR. ADMIN. DE CARNE E OSSO.:

“Há muito a dizer sobre a eficiência administrativa. Acredita-se que a inserção do dever de eficiência na cabeça do art. 37 da Constituição é *relevante, necessária e simbólica*. É relevante, porque indica a incorporação clara e didática de um conceito próprio da economia como forma de aperfeiçoar o enfrentamento de problemas jurídicos. A cláusula obrigou a literatura do direito administrativo a, no mínimo, saber da existência da lógica econômica, num convite à interdisciplinaridade.”

Conforme se aduz da referida exposição feita pelo professor André Cyrino, verifica-se,

que, há, após a referida inclusão no caput do art 37 da CF de 88, um entrelaçamento de lições econômicas ao próprio discurso e cognição jurídica.

Sendo certo que o referido entrelace entre os ramos da Economia e Direito não importa em uma sobreposição de pensamentos econômicos, de forma a diminuir a devida interpretação jurídica. A referida inclusão se mostra útil ao discurso e cognição jurídica, pois tem por objetivo recordar que direitos, mesmo aqueles constitucionalmente postos, demandam recursos.

Após a análise do parágrafo supra, observa-se que, as lições trazidas pelo referido professor de Direito Administrativo, tem por objetivo propiciar ao operador do direito, uma análise que envolva a devida alocação dos recursos disponíveis a administração pública no caso concreto, de forma a satisfazer da melhor maneira ao interesse público.

Ainda no que toca a inclusão do princípio constitucional da eficiência no caput do art. 37 ora em comento, funcionando este como um verdadeiro princípio de comando geral para a administração pública, mostra-se essencial trazer o valor “simbólico” trazido pelo eminente jurista André Cyrino PAGINA 75 E 76 DO DIR ADM DE CARNE E OSSO:

“Por tudo isso, a inserção é também simbólica. Vale dizer: um marco de que a economia tem bastante a oferecer ao direito administrativo. A análise econômica do direito no âmbito administrativo veio para ficar e transformar a nossa disciplina cujo foco deve ser a efetiva solução de problemas com os menores custos possíveis.”

Por fim, entende-se que incumbe ao Estado atuar e alcançar a concretização das necessidades sociais ou prestacionais. Dessa maneira, a tutela jurisdicional dos deveres compete além de para a implementação dos direitos prestacionais, também para que seja alcançado o princípio da eficiência, que como pode-se ver, evita a insuficiência ou a deficiência da atuação do Estado.

4.2 O Princípio da Máxima Efetividade

O referido princípio, também denominado de “princípio da interpretação efetiva”, tem por objetivo conferir maior abrangência e efetividade às normas e direitos conferidos pela Carta Federal de 1988.

Com vistas à concretização dos direitos fundamentais, o princípio em análise, possibilita ao intérprete da norma, utilizar a norma em sua ampla capacidade, para assim conferir a sua devida efetividade não apenas jurídica, mas também social.

Nos moldes do que assevera o professor e jurista Pedro Lenza (2015, p. 182), deve-se mencionar seu conceito: “Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social”

Conforme o fora exposto acima, pode-se afirmar que a devida utilização do princípio em comento se mostra imprescindível instrumento para a concretização do direito à saúde, afastando o denominado “caráter retórico” dos direitos fundamentais.

Em prosseguimento ao que fora exposto alhures, os operadores dos direitos e garantias fundamentais, devem, ao máximo, afastar o que se denomina por “caráter retórico”, tendo em vista que, não benefício algum haver apenas sua previsão constitucional. É de extrema relevância que os intérpretes do Direitos dispunham de meios constitucionais suficientes para que haja a devida concretização do que está posto no texto constitucional.

Evidencia-se, portanto, a essencial função do axioma tratado neste subtítulo, pois trata-se de instrumento interpretativo indispensável ao efetivo cumprimento das metas fundamentais e sociais postas pelo constituinte originário.

4.3 O princípio do Acesso à Ordem Jurídica Justa

Com vistas à afastar o que se denomina por “erosão da consciência constitucional”, que pode ser entendida como a forma indiferente com que os agentes públicos destinatários do poder atuam frente às exigências legítimas perante a Lei Fundamental, fazendo com que se crie certo desprestígio ao texto constitucional, dado à sua inefetividade (EVANGELISTA, 2016).

A correta aplicação do princípio do acesso à ordem jurídica justa, possibilita, que todo e qualquer indivíduo exerça seu direito de exigir o cumprimento de seu direito subjetivo

constitucional posto perante o Estado, bem como tenha, à sua disposição, instrumentos judiciais para pleitear sua devida tutela.

De nada adianta possuir um texto constitucional com vasta gama de direitos fundamentais postos se estes permanecerem escritos em uma folha de papel, sob pena de estarmos diante de uma constituição eminentemente inefetiva.

Em um Estado Social Democrático de Direito, é conferido, de forma indistinta, a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a efetiva tutela de seus direitos. Ou seja, é intrínseco ao Estado Social, a legitimação da população em se requerer o que está posto em sua Carta Maior.

Neste sentido, vale trazer à tona a brilhante definição do princípio do acesso à justiça pelo jurista Souza (2011, p.26):

Sendo assim, toda vez que houvesse violação a direito ou garantia substancial, não fosse o acesso à justiça, esse direitos e garantias não teriam como ser exercidos. Por outras palavras, o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça.

Evidencia-se, portanto, que o axioma em análise, visa, de forma concreta, conferir meios eficientes à tutela efetiva dos direitos fundamentais, mostrando-se como verdadeiro alicerce axiológico à concretização dos ditâmes constitucionais.

4.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

De início, aponta-se que o axioma da dignidade da pessoa humana atua de forma basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, exercendo grande influência na formação contemporânea democrática.

Em que pese o referido princípio possuir um caráter abstrato, é possível identificar que sua incidência tem se mostrado imprescindível ao bom funcionamento do Estado Democrático

de Direito, de forma a embasar uma tomada de decisão mais ativa por parte do Poder Judiciário pátrio.

A especial relevância do dignidade da pessoa humana está posta no texto constitucional, integrando assim um dos fundamentos primários da Consituição brasileira (1988), nos moldes do art. 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

É sabido que o axioma em tela se mostra como um verdadeiro norte interpretativo constitucional, que se irradia por todo o Direito brasileiro posto, nesse sentido, iremos trazer à discussão seu conceito, trazido por Moraes (2017. p. 345), em sua obra “Direito Constitucional”:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Nas palavras ora ditas pelo autor de obras jurídicas e, atual, ministro da Corte Constitucional brasileira, verifica-se que a efetiva incidência e aplicação do princípio em tela se mostra inerente à denominada busca ao Direito à Felicidade.

Portanto, é perfeitamente possível relacionarmos o direito fundamental à saúde como sendo um desdobramento lógico da incidência irradiadora do principio da dignidade da pessoa humana, constituindo assim um direito inegociável dos indivíduos, vinculando a atuação dos aplicadores do direito no sentido de buscar sua concretização.

Com o intuito de fomentar a importância doutrinária do axioma em tela, vale a ressalva

feita pela brilhante jurista Ana Paula De Barcellos (2011. p.237), a seguir:

A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica.

Nos moldes do que fora trazido pela eminente jurista acima, conclui-se, que, a própria natureza humana legitima um status diferenciado de titularização de direitos fundamentais. Ressaltando, que, os referidos direitos são anteriores a positividade dos direitos em texto constitucional, ou seja, a referida positividade só reforça ainda mais o fato da necessidade de seu cumprimento.

4.5 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Em se tratando de um ordenamento jurídico de direito, o referido princípio se mostra essencial ao efetivo cumprimento das metas estabelecidas pelo constituinte originário.

Porém, tendo em vista que, estamos diante de um Estado Democrático de Direito, unido este pela separação harmônica dos poderes políticos, se perfaz necessário, que, seja incumbido à um órgão a atribuição de realizar a devida análise, frente ao texto maior da carta federal de 1988.

Nesse sentido Silva (2002, p.41):

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.

É sabido que a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico pátrio constitucional, de forma a inadmitir qualquer ato normativo que viole os ditames constitucionais materiais ou formais.

Nos moldes do que aduz Barroso (2008, p.23):

A Constituição se revela suprema, sendo o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Evidencia-se, portanto, que o referido princípio em análise, se mostra como mais um argumento axiológico que legitima a atuação mais ativa do Poder Judiciário. Pois a norma constitucional é imperativa, dotada de ordem pública e sendo decorrente vontade popular.

5. PAPEL IMPULSIONADOR DO PODER JUDICIÁRIO NO QUE TOCA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O CONTEXTO PÓS 1988

Em uma análise acerca da atuação do Poder Judiciário sob o contexto pós 1988, seja ele a própria promulgação da Carta Cidadã, é sabido que a Corte Constitucional assumiu papel protagonista na proteção e efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Ressalta-se, que, a expoente influência da Suprema Corte pátria está para além do cumprimento dos direitos prestacionais, por exemplo, decisão de grande monta jurídica que permitiu e conferiu legitimidade às uniões homoafetivas.

É possível notar, ao menos em um primeiro momento, que a verificada verticalização da jurisdição constitucional no que toca os direitos fundamentais seja benéfica a sociedade brasileira como um todo, porém, deve-se fazer o seguinte apontamento: em qual medida a atuação prestacional do judiciário brasileiro contribui para o Estado Democrático de Direito?

Segundo Pereira (2016, p. 140):

A proteção jurídica dos direitos fundamentais pode ser encarada com algum otimismo nos cenários em que se verifique que os legisladores e os juízes são aptos a atuar como facilitadores da emancipação de grupos oprimidos. Os modelos de proteção legal, em verdade, não são autossuficientes, mas dependem de uma série de fatores contingentes e externos ao Direito. A eficiência da proteção jurídica de direitos fundamentais pressupõe um sistema de construção e aplicação das normas permeado pelo pluralismo e sensível às demandas por inclusão. Isso não é simples, considerando que os sistemas jurídicos e seus operadores tendem a refletir e reproduzir as relações de

opressão presentes na sociedade.

Em seguida ao questionamento que fora exposto acima, a referida atuação atípica do judiciário não pode ser de forma incondicionada, sob pena de violação frontal ao princípio reitor da ordem democrática brasileira, seja ele o da separação harmônica de poderes constitucionalmente postos.

Em que pese a legítima intenção dos agente políticos estabelecidos no Poder Judiciário, é preciso observar a estrita incidência da regra da lógica-democrática brasileira, ou seja, há de se respeitar as funções típicas dos poderes políticos dos Estado de Direito.

O que fora exposto nos parágrafos anteriores tem por objetivo apontar, que, apesar de ser imprescindível o imediato cumprimento de determinados direitos fundamentais pelo Estado, o papel atualmente exercido pelo poder judiciário, deve ser interpretado em sede de caráter excepcional, sob pena de desvirtuação das competências constitucionalmente estabelecidas.

O referido papel concretizador do Judiciário pode ser compreendido como “impulsionador”, pois incumbe-se, ao Poder Executivo, elaborar e dar fiel cumprimento às Políticas Públicas, principalmente relacionadas a direitos fundamentais indisponíveis, como à saúde. De forma a reforçar o objeto principal deste estudo, seja ele a necessária intervenção do Judiciário na efetivação do direito prestacional à saúde.

Por fim, cumpre ressaltar que a promoção de verdadeiras revoluções de direitos por meio do Poder Judiciário não é pacífica na doutrina constitucional pátria, contudo, o presente artigo busca trazer à tona a especial relevância de determinados direitos fundamentais, de forma a justificar a devida intervenção.

6. AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

De início, ressalta-se, que, o denominado “autocontenção judicial” se mostra faceta oposta ao ativismo judicial, este explorado de forma explícita em capítulo contido neste presente estudo.

Nesse sentido, com vistas à ilustrar uma decisão judicial pautada pela referida postura

autocontida do Poder Judiciário, na forma do julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, MS 34.327/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 8/9/2016 (Info 838), tem-se, o resumo do julgado, citado por Cavalcante (2021, p. 1):

O ex-Deputado Federal Eduardo Cunha impetrou mandado de segurança no STF pedindo a suspensão do processo de cassação que tramitava contra ele na Câmara dos Deputados por quebra de decoro parlamentar. O pedido do impetrante foi negado. O STF só pode interferir em procedimentos legislativos (ex: processo de cassação) em uma das seguintes hipóteses:

- a) para assegurar o cumprimento da Constituição Federal;
- b) para proteger os direitos fundamentais; ou
- c) para resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas.

Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias, onde o Supremo poderá intervir. No caso concreto, o STF entendeu que nenhuma dessas situações estava presente. Em se tratando de processos de cunho acentuadamente político, como é o caso da cassação de mandato parlamentar, o STF deve se pautar pela deferência (respeito) às decisões do Legislativo e pela autocontenção, somente intervindo em casos excepcionalíssimos. Dessa forma, neste caso, o STF optou pela técnica da autocontenção (judicial self-restraint), que é o oposto do chamado ativismo judicial. Na autocontenção, o Poder Judiciário deixa de atuar (interferir) em questões consideradas estritamente políticas.”

Nota-se, que, a referida postura do Poder Judiciário pátrio transcrita nas palavras acima se mostra em compasso com o que aduz o texto constitucional pátrio, pois, o objeto da decisão supra possui, inegavelmente, caráter acentuadamente político, configura indevida eventual interferência por parte do Poder Judiciário.

Ressaltando-se, que, o caráter mencionado da decisão em comento, seja ela a negativa do que fora pleiteado em sede de mandado de segurança pelo então Deputado Federal Eduardo Cunha, em nada se assemelha com a concretização de direitos subjetivos constitucionais, estes que justificam eventual intervenção do Poder Judiciário no que toca à efetivação de Políticas Públicas.

Se a postura do agentes políticos integrantes do Poder Judiciário no ativismo judicial se

mostra confortável em atuar nas esferas decisórias atribuídas a outros poderes, adotando comportamento eminentemente proativo, na denominada autocontenção judicial o juiz age de forma mais contida, restringindo sua atuação por deferência aos demais poderes, ou seja, o juiz não se sente confortável à tomada de determinadas decisões.

Em prosseguimento ao que fora exposta acima, tem-se que, a ora denominada “deferência”, ocorre quando o Poder Judiciário adota propriamente um comportamento autocontido, reconhecendo a independência entre os poderes.

Superada a oportuna conceituação do título deste capítulo, é necessário que seja ressaltado alguns riscos ocasionados pelo postura auto restrita do Poder Judiciário, sendo o principal destes possíveis riscos, a falha na garantia de proteção do mínimo existencial.

Desde a sua promulgação, a Carta Federal de 1988, prevê diversos direitos e garantias individuais, que, até o presente momento não foram efetivados em algumas regiões do país, gerando assim uma omissão inercial.

A situação ora relatada é uma das hipóteses em que uma postura mais proativa do Poder Judiciário se mostra necessária, de forma a romper com a inércia das esferas políticas de poder, para compelir os demais poderes a efetivar os direitos em tela, fazendo cumprir o que está posto no Carta Magna de 1988.

Em conclusão, fora buscado trazer, para além das críticas à postura proativa do Poder Judiciário, a real necessidade de um judiciário atuante, de forma a proteger a força normativa da Constituição Federal de 1988.

7. FUNÇÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

De início, deve ser feita a menção de que, frentes as peculiaridades da situação política-econômica da sociedade brasileira verificadas atualmentes, pode-se afirmar que o país vive um momento de significativa judicialização de diversas questões que interferem de modo

direto o próprio cotidiano das pessoas, situação esta que acaba por atribuir especial relevância aos efeitos da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Pode-se afirmar, que, as Supremas Cortes constitucionais espalhadas ao redor do mundo, observadas a soberania de cada um desses Estados, desempenham, de forma precípua ao menos três funções principais, que serão analisadas de forma pormenorizada em devido subtópicos neste capítulo de estudo

Sendo certo que, a especial relevância das decisões mencionadas no parágrafo acima encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro pela própria adoção do modelo brasileiro de jurisdição constitucional, possuidor este de diversas características que possibilitam que a Suprema Corte examine e decida acerca dos mais variados temas.

Uma das características que justificam o que fora alegado alhures é a ampla legitimação dos personagens que podem provocar a análise constitucional pela referida Corte, na forma do dispositivo constitucional:

103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) [\(Vide Lei nº 13.105, de 2015\) \(Vigência\)](#)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Superada a explanação acerca da legitimidade para provocar a referida análise constitucional, uma outra peculiaridade do modelo de jurisdição constitucional brasileiro são os efeitos da decisão da Suprema Corte, classificados pela doutrina constitucional moderna como “erga omnes” e vinculantes.

Inicialmente, pode-se definir “erga omnes” como termo jurídico em latim que significa uma norma ou decisão terá efeito vinculante, de modo que, sua incidência valerá para todos, e não somente para aqueles agentes que intentaram a referida análise constitucional.

No que toca ao caráter vinculante da decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, verifica-se que estas decisões, de teor constitucional, funcionam de forma a obrigar que os demais tribunais de direito, bem como seus respectivos operadores do direito atuem em consonância ao que fora decidido pela referida Corte, de modo a consagrar o que parte dos autores constitucionais denominou como sistema de precedentes, propiciando uma atuação mais célere da justiça brasileira, bem como a devida obediência ao princípio da segurança jurídica.

Ainda no que toca o ora mencionado sistema de precedentes, mostra-se fundamental trazer as lições trazidas pelo eminente jurista e professor Hermes Zaneti Jr:

Os precedentes [...] não se confundem também com as decisões judiciais. Isso porque as decisões judiciais, mesmo que exaradas pelos tribunais superiores ou Cortes Supremas, poderão não constituir precedentes. Neste sentido, duas razões podem ser indicadas para que nem toda decisão judicial seja um precedente: a) não será precedente a decisão que aplicar lei não-objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa; b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da

decisão presente no caso-atual [...] Assim como, não será precedente, a decisão que apenas se limitar a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros.

7.1 FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

Com relação ao papel, ora denominado, contramajoritário da Corte Constitucional, verifica-se que este tema tem ganhado valorosos estudos na teoria constitucional. De forma sucinta, define-se a função título deste subtópico como a possibilidade conferida a Corte Constitucional de invalidar leis ou atos normativos editados tanto pelo Poder Legislativo, na forma de suas Casas - Câmara dos Deputados e Senado Federal - como pelo Poder Executivo, exercendo sua função atípica de legislar.

Contudo, a mencionada possibilidade atribuída ao poder judiciário faz com que diversas reflexões acerca da legitimidade constitucional da medida venham à tona. Indaga-se: há ofensa à separação harmônica da tripartição de poderes constitucionalmente previstos?

Não obstante entendimentos doutrinários em sentido contrário, entende-se, de forma majoritária na doutrina e nos tribunais superiores, que a referida atuação é legítima e não afronta a Carta Federal de 1988. Há aplicação da Constituição de forma direta, ou seja, protege-se direitos e garantias fundamentais ainda que contra a vontade da maioria, seja sua manifestação política se dando de forma direta, por meio de plebiscito ou referendo, seja em sua forma indireta, onde agentes políticos, devidamente investidos de legitimidade democrática, representam a vontade de seus eleitores.

Ressaltando, que, a própria atuação do Poder Judiciário, atualmente, com a transmissão de julgamentos em tempo real ou mesmo com a possibilidade de audiências públicas frente a assuntos relevantes ganhou mais relevância e atenção de parte da população brasileira do que o processo legislativo em si.

Sendo certo de que essa grande visibilidade da atuação do poder judiciário acaba por fomentar a expectativa da população brasileira no que toca a guarda e efetivação dos direitos que estão postos ao longo do texto constitucional, que, por vezes se mostra “incompatível” com os

anseios da população, em sua maioria, e em outros casos, mostrará ser congruente com essa mesma população, constituindo a função “representativa”, objeto do próximo subtópico deste capítulo.

7.2 FUNÇÃO REPRESENTATIVA

Com relação ao papel representativo, ora exercido pela Corte Constitucional, em contraponto ao que aduz a função contramajoritária, objeto de estudo contido no subtópico anterior deste capítulo, verifica a atuação do poder judiciário no sentido de satisfazer demandas sociais que não foram regularmente cumpridas pelo Poder Legislativo em um prazo satisfatório.

Um dos possíveis exemplos acerca do referido papel representativo exercido pelo Supremo Tribunal Federal pode ser verificado na proibição de nomeação de parentes até o terceiro grau para exercerem cargos de livre nomeação nas esferas dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

A referida atuação positiva da Suprema Corte, ao editar a súmula vinculante número treze, encontra respaldo teórico nos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade, constitucionalmente previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Sendo certo de que os então mencionados princípios expressamente previstos no artigo 37 da Carta Magna funcionam como uma espécie de comando geral para toda a Administração Pública, de modo a justificar a atuação do Judiciário frente a eventual omissão legislativa esperada por toda a coletividade em prol da melhor satisfação do interesse público.

Imperioso destacar, que, o legislador, na forma da edição da Lei 14.230/2021 (“Nova Lei de Improbidade Administrativa”), incluiu a referida proibição de contratação de parentes até o terceiro grau para os quadros da administração pública, de forma expressa no corpo da referida lei.

Atualmente, a proibição de contratação mencionada nos parágrafos acima constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios que regem a devida atuação administrativa, na forma do dispositivo em comento:

[“Art. 11.](#) Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

Com relação ao que fora exposto nos parágrafos acima, pode-se entender como essencial a postura do Poder Judiciário, ao editar a referida súmula vinculante, velou pelos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade de forma anterior a edição de lei em sentido formal, promovendo assim a devida guarda da Constituição.

Sendo certo que a referida postura (positiva) da Corte Constitucional se mostra essencial aos fins do Estado Democrático de Direito, mostra-se pertinente trazer mais um caso concreto onde o Supremo Tribunal Federal se mostrou atento aos anseios da população e superou indevida postura inerte do Congresso Nacional no caso que será retratado.

Há menção expressa no texto constitucional do que se denomina por “direito de greve” conferido aos trabalhadores do setor privado, bem como aos servidores públicos. Porém, a própria Carta Federal de 1988, condicionou o referido exercício de greve pelos servidores públicos à edição de uma lei em sentido estrito, seja ela editada pelo Poder Legislativo. Contudo, após 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 88 o Congresso Nacional permaneceu inerte no que toca ao cumprimento da condição constitucionalmente prevista para o referido exercício de greve pelos servidores públicos.

Frente a essa situação de omissão legislativa inconstitucional e com vistas à efetivação de um direito subjetivo constitucionalmente posto, o próprio Supremo Tribunal Federal disciplinou a matéria. Fora decidido, por meio da técnica de interpretação da analogia, que até que o Congresso Nacional edite a referida lei específica, será possível sim o exercício de greve pelos servidores públicos, de forma a aplicar a lei que estabelece os parâmetros para o referido exercício por parte dos servidores do setor privado.

Um outro caso emblemático acerca da função da corte constitucional em comento está situada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de número 26, sendo de necessária

ressalva as palavras proferidas pelo Ministro Celso de Mello:

“do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República”.

“determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana”.

“liberdade e a autenticidade de cada ser humano constituem valores revestidos de inquestionável essencialidade, a revelar que o indivíduo, sendo autor de seu próprio destino, deve conduzir a sua vida segundo suas escolhas fundadas em valores por ele aceitos e aos quais ele voluntariamente se submete no exercício de sua liberdade pessoal e na prática efetiva de sua capacidade de autodeterminação”.

7.3 FUNÇÃO ILUMINISTA

No que toca a essa terceira função (ou papel) exercido pelas Cortes Constitucionais Contemporâneas, deve-se salientar que a referida posição não se mostra uníssona na doutrina, sendo certo de que não se trata de tema convergente na doutrina constitucional moderna.

Para que haja uma melhor interpretação acerca do tema em tela, mostra-se de especial valor trazer ao corpo deste subtópico as palavras exaradas pelo eminente jurista e professor de direito constitucional Luís Roberto Barroso, exercendo (ao tempo deste estudo) o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal:

“Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em

nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população.”

Utilizando as lições trazidas pelo eminente jurista, pode-se afirmar que a referida função tem por objetivo “empurrar” a história para a progressão social, promovendo assim devida proteção a direitos e garantias fundamentais de uma minoria até então desprotegida.

7. COLETÂNEA JURISPRUDENCIAL

7.1 INFORMATIVO 1037 STF

Segundo o informativo 1037 do STF, a União destinou recursos financeiros para aquisição de leitos de UTI (Unidade de Terapia Intensiva) reservados para atender pacientes com Covid-19. Entretanto, essas UTI foram inativadas em 12/2021 e em 09/02/2021 os municípios acionaram judicialmente a União para que as UTI voltassem a funcionar, bem como o fomento de recurso para a manutenção.

De início, vale ressaltar que a decisão em comento fora trazida em sede de plenário pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a validar e julgar procedentes as tutelas de urgência concedidas na ação civil originária.

A referida chancela de constitucionalidade conferida pela Corte Constitucional se mostra irretocável, tendo em vista que seja qual for a medida que acarreta na diminuição da proteção à sociedade em tempos de pandemia deve ser extirpada.

Importante lição trazida no julgamento final de mérito da decisão em análise, seja a de encarar a crise sanitária causada pelo denominado “Covid-19”, por meio de uma estratégia multilateral, exigindo assim, atuação efetiva dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Sob o contexto da decisão em comento, pode-se verificar, que, uma vez constatada a omissão estatal na devida atuação em sede de gerenciamento de uma situação de crise, a interferência dos atores políticos do poder judiciário se mostra imprescindível para o devido acesso igualitário e universal ao direito à saúde.

7.2 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.454/2017

Resumo do julgado:

É incompatível com a Constituição Federal ato normativo que, ao dispor sobre a comercialização de medicamentos anorexígenos, dispense o respectivo registro sanitário e as demais ações de vigilância sanitária. STF. Plenário. ADI 5779/DF, Rel. Min. Nunes Marques, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 14/10/2021 (Info 1034).

O ato normativo que discorre sobre a venda de fármacos anorexígenos, assim como a desobrigação do registro sanitário não foi considerado compatível de acordo com os moldes da Constituição Federal.

Com suporte nos fundamentos do julgado ora supracitado, é possível afirmar que o Poder Judiciário, de forma acertada, declarou a inconstitucionalidade de ato legislativo que permitira comércio e distribuição de medicamento prejudicial à saúde.

Sob o prisma de uma relação justa e harmônica de poderes da república, verifica-se, que, somente haverá intervenção de um poder no exercício de função típica de outro poder quando fora observada tomada de decisão manifestamente ilegal, desvirtuando os dogmas do Estado Democrático de Direito.

É de fácil constatação a violação ora citada no que toca a incidência do ato legislativo em tela, pois permitir que determinado produto, seja ele medicamento, seja comercializado

sem a chancela do órgão técnico devido, configura inconstitucionalidade desvairada.

Com relação à devida análise técnica acerca de produtos destinados ao consumo da população em geral, tais quais, produtos alimentícios, farmacêuticos, estéticos, entre outros, estes somente poderão ser difundidos após a chancela técnica da ANVISA.

Evidencia-se, portanto, que, a postura do Poder Judiciário neste caso foi garantista, ou seja, restringiu-se ato do Poder Legislativo que não preencheu os pressupostos técnicos necessários à sua devida formação, assegurando assim o funcionamento devido do Estado Social de Direito.

7.3 INFORMATIVO 1012 STF

Em razão do crescimento de contaminados por Covid-19, os Estados e Municípios publicaram decretos suspendendo provisoriamente atividades religiosas como medida para evitar aglomerações e contribuir para o disseminação do vírus.

Inicialmente, deve-se fazer a devida ressalva no sentido de o que apesar de o exercício da liberdade religiosa estar expressamente previsto na carta magna de 1988, abrangendo tanto a sua dimensão interna, bem como a externa, este não pode ser entendido de forma absoluta, comportando assim, devidas restrições.

A própria Carta Federal de 1988 faz a devida ressalva no que toca a concretização da dimensão externa da liberdade religiosa, seja ela na forma do art. 5º , inciso VI, pois estabelece que a referida garantia individual será exercida na forma da lei.

A reserva legal trazida de forma expressa pelo texto constitucional exposta no parágrafo acima é suficiente para afastar qualquer eventual alegação de que se aduz absoluta a realização de cultos religiosos coletivos.

Evidencia-se, portanto, que é perfeitamente possível a restrição ao exercício da liberdade religiosa externa coletiva pelos entes federativos respectivos. Verifica-se, ao analisar o caso concreto a ponderação de direitos fundamentais, onde se atribui maior valor à saúde, tendo em vista que o principal intuito da referida restrição é evitar a propagação de doença altamente

contagiosa que assolou de forma devastadora a população brasileira.

7.4 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.979/2020

Segundo a Lei 13.979/20, que dispõe de ações que podem ser admitidas para combater problemas endêmicos consequentes da Covid-19, tais ações constituídas neste dispositivo tem por objetivo minimizar a contaminação da população, que também abrange a vacinação compulsória.

De início, deve-se ressaltar que a lei em análise, seja ela a Lei nº 13.979/2020, visa implementar medidas sanitárias efetivas com vistas à redução da propagação do denominado “Covid-19”, trazendo medidas que deverão ser obrigatoriamente cumpridas pela sociedade.

A referida “vacinação compulsória”, em nada se confunde com a “vacinação forçada”, seja ela a possibilidade de conduzir à força as pessoas para locais de vacinação. Há, no ato legislativo em análise, diversas medidas indiretas de coação, afastando a necessidade de emprego de força física para que haja a devida imunização coletiva.

Ressalta-se, que, nos moldes do que fora decidido pela Suprema Corte brasileiras, as referidas medidas indiretas, ora postas no parágrafo acima, devem observar estritamente aos ditames principiológicos da razoabilidade e proporcionalidade, afastando qualquer violação ameaça à integridade física ou psíquica da população brasileira.

Portanto, em mais um julgado da Corte Constitucional trazido à baía é possível verificar a postura ativa do judiciário brasileiro na prestação de direitos fundamentais. Em momento algum o prévio consentimento do usuário é descartado, o que fora decidido é a constitucionalidade acerca das medidas indiretas previstas em lei, sendo assim, estas, chanceladas pelo Supremo Tribunal Federal.

7.5 INFORMATIVO 1017 STF

De acordo com o informativo 1017 STF, foi ajuizada uma ação civil pública por parte do Ministério público federal em face ao município de Nova Iguaçu – RJ e a União, em virtude do não cumprimento da aplicação mínima dos recursos destinados a saúde de acordo com a

exigência do art. 198, § 2º, III, da Constituição, observados os parâmetros do art. 77, § 1º, do ADCT.

O julgado acima, diferentemente do caráter preventivo das decisões que foram objeto deste estudo até então, possui caráter eminentemente reparatório, pois utiliza, como suas razões de decidir, situações fáticas pretéritas.

A decisão judicial tem o intuito de resguardar, a devida aplicação econômica para a proteção de bens jurídicos tão caros ao Estado Social de Direito. Nos moldes do que fora decidido tem-se, que, é plenamente exigível a devida compensação da diferença que não fora devidamente aplicada nos anos anteriores. Constituindo assim decisão justa e voltada à satisfação dos interesses coletivos da sociedade.

7.6 INFORMATIVO 1003 STF

É correto afirmar que para garantir o retorno seguro das atividades presenciais foi permitido garantir a obrigatoriedade da imunizante, desde que o mesmo fosse registrado em órgão da vigilância sanitária; incluído no Programa Nacional de Imunizações ; através de determinação dos município, estado e União, que sejam aprovados após consenso médico-científico.

É possível constatar, sem grandes dificuldades que o direito e exercício da liberdade de crença tem ganhado especial relevância e proteção por parte dos tribunais superiores que integram o ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, verifica-se, que a referida garantia individual não poder vista sob uma ótica absoluta, por mais que o pluralismo tenha inegavelmente caráter fundante na democracia constitucional brasileira.

Feita essa breve explanação acerca do direito fundamental à liberdade religiosa, a referida análise ganha especial contorno quando há incidência estendida, ou seja, quando há seu exercício pelo seu responsável legal, sejam eles os pais do filho menor.

Embora o referido direito seja garantido pela carta constitucional de 1988, devemos nos

atentar ao fato de que a análise em comento se deu sob a incidência de um estado excepcional, seja ela o causado por uma pandemia mundial.

Nesse sentido, tem-se, que, não se mostram legítimas as escolhas individuais, ainda que por seus genitores, que atentem contra direitos de terceiras pessoas. Pois é sabido que, ao longo de toda a história moderna, a vacinação em massa, implementada e efetivada pelo Estado, foi responsável pela erradicação de inúmeras doenças altamente letais ao ser humano.

Importante fazer a ressalva de que o Poder Público, ao tomar tais medidas, visa alcançar a denominada “imunização em rebanho”, ou seja, ao vacinar grande parcela da população, é possível que estas pessoas já vacinadas passem a disseminar os próprios anticorpos necessários. As afirmações acima encontram fundamento técnico e científico, apenas após a chancela científica o Estado passa a agir na forma de executar tais medidas cientificamente comprovadas.

Fora buscado trazer, nesse tópico a relevante atuação do poder judiciário brasileiro em um tema tão caro para direito constitucional, seja ele a entidade familiar. Apesar da previsão e proteção constitucional especialmente postas, fora decidido em sede de repercussão geral que, o argumento da obrigatoriedade da vacinação com respaldo técnico e científico prevalece acerca de eventual convicção filosófica dos progenitores do menor.

7.7 INFORMATIVO 810 STF

Foi considerado inconstitucional pelo Ministro Dias Toffoli em 2015, a necessidade do paciente endido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ter que arcar com despesas financeiras em razão de exigir uma acomodação específica ou atendimento por um profissional da sua preferência, corroborando com a Portaria 113/1997 que proíbe a a diferença de classe.

Por início, para que haja a devida análise acerca da decisão ora exposta, se faz necessário trazer à tona os princípios basilares do Sistema Único de Saúde, sejam eles: universalidade; equidade e integralidade.

Verifica-se, que, para que o referido instituto atue conforme sua finalidade legal de forma íntegra, a isonomia se mostra como características marcante no referido subsistema, de modo

a afastar qualquer tipo de discriminação no que toca ao tratamento de pacientes na mesma situação.

O pagamento por acomodações superiores ou mesmo tratamento com “médico de sua confiança” aponta total subversão lógica do SUS. Ao passo que o fomento e manutenção do Sistema Único de Saúde está a cargo do Poder Público.

Evidencia-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade de qualquer regra que burle a proibição da diferença de classes no SUS, protege aqueles indivíduos que se encontrem em situações de maior vulnerabilidade. Pois o objetivo do SUS é claro, oportunizar o devido tratamento médico-hospitalar preventivo e repressivo de forma indiscriminada, gratuita e eficiente.

Constatando, em mais uma decisão judicial a inegável importância da devida intervenção do Poder Judiciário no cotidiano dos brasileiros, garantido assim o fiel cumprimento às missões institucionais do Sistema Único de Saúde.

7.8 INFORMATIVO 752 STF

O Ministério Público do Rio de Janeiro por meio de uma ação civil pública solicitando que o Estado do Rio de Janeiro garantisse em quantidade suficiente uma medicação importado dos EUA e que é utilizada para o tratamento do mal de Gaucher, uma grave doença genética.

Segundo o Parquet, esse é o único remédio eficaz para a doença, mas frequentemente ele tem faltado no estoque da Secretaria de Saúde, o que tem prejudicado o tratamento dos pacientes.

O juiz e o TJRJ acolheram o pedido do MP, tendo o Estado do RJ interposto recurso extraordinário. Vale ressaltar que o Estado do RJ não se recusa a adquirir o referido medicamento; o que ele questiona, no entanto, é a determinação judicial de que exista sempre uma quantidade mínima em estoque, afirmando que isso contraria o princípio da separação dos poderes.

Para a Fazenda Pública, o Estado tem o direito de ir comprando o medicamento conforme as suas disponibilidades financeiras. ”

A decisão da Corte Constitucional em tela, determinando que o Estado, mantenha determinado medicamento em estoque, não se mostra violadora da sistemática de separação de poderes constitucionalmente estabelecida.

A alegação acima encontra fundamento no fato de que, os fundamentos da decisão em análise, em nenhum momento determinou quais devem ser as prioridades das políticas públicas a serem adotadas pelo Poder Executivo. Para além do fato de que não há, em nenhuma linha da decisão suscitada, indevida ingerência na agenda financeira do Executivo.

Fato é que a postura do judiciário não poderia ser outra, tendo em vista a flagrante ilegalidade do Poder Executivo em mesmo após ter verificado a inefetividade da prestação do direito em tela, ter permanecido inerte, configurando, desta maneira, inaceitável omissão institucional por parte do Poder Executivo.

Conclui-se, que, a aparente intromissão do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, esta incumbida inicialmente à execução pelo Poder Executivo, se mostra válida e necessário à concretização dos direitos e garantias constitucionalmente postos.

7.9 INFORMATIVO STJ. 2ª Turma. AREsp 1534208/RN

Foi reconhecido através da 2ª Turma. AREsp 1534208/RN o provimento judicial para a distribuição de medicação baseado em uma recomendação médica do profissional que não esteja associado ao Sistema Único de Saúde, visto que, a determinação do tratamento compete ao médico habilitado e que compreenda o quadro clínico em questão, o que pode ser discutido é a necessidade médica e a comprovação de hipossuficiência financeira.

É correto afirmar que a devida tutela dos direitos fundamentais por parte do poder judiciário, também encontra aplicação na jurisprudência do Tribunal da Cidadania. O resumo da decisão acima posto, aponta que o Superior Tribunal de Justiça, de forma acertada, e em arrimo com os ditames constitucionais, conferiu proteção integral do direito à saúde.

Exigir determinado vínculo profissional para que se possa fornecer determinado

medicamento se mostra irrazoável e desproporcional, configurando afronta à sua devida efetivação.

A característica fundante que permite o fornecimento de medicamentos é a sua indispensabilidade ao tratamento médico, este só podendo ser corroborado por profissional legalmente habilitado, bem como a hipossuficiência daquele que o requer.

Com relação à competência médico-profissional, não há de ser feita nenhuma distinção acerca do profissional integrar ou não o quadro de funcionários do Sistema Único de Saúde. O requisito que deve ser preenchido é a lisura do médico em conferir documentos médicos-legais que atestem a indispensabilidade do referido medicamento.

7.10 INFORMATIVO 1029 (STF)

O Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face à União, em razão da diminuição da distribuição de vacinas contra a Covid-19, que ocorreu repentinamente, provocando infortúnio para o planejamento de vacinação da população.

De início, nos moldes do fora decidido pelo Tribunal Constitucional na decisão em análise, é possível verificar, que a brusca redução do número de doses da vacina, fere, de forma frontal os norteadores da previsibilidade e continuidade do referido plano de vacinação

É fato que a referida redução do número de doses, compromete os fins traçados pelas Políticas Públicas elaboradas pelos estamos membros, acarretando assim, no aumento da propagação da doença, e automaticamente, do número de óbitos.

Para além dos malefícios médicos e sanitários trazidos pela postura do governo federal em análise, há de se mencionar também a quebra da legítima confiança na população local, aumentando, sobremaneira, a crise de representatividade.

Evidencia-se, portanto, que o Tribunal Constitucional, ao determinar que a União realize as remessas necessárias da quantidade de vacinas para que haja a aplicação da segunda dose no prazo estipulado pelos profissionais técnicos fabricantes, de forma a concluir o que fora

estipulado nos denominados “ciclos de imunização”.

Em conclusão, é possível identificar, em mais um momento, a postura do Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir eficácia, em seu âmbito fático, ao que estabelece os direitos fundamentais constitucionais.

7.11 INFORMATIVO 1033 (STF)

Foi divulgado pelo Ministério da Saúde, não autorizando a imunização de pessoas com idade superior a 12 anos mesmo sem comorbidades. Todavia, mesmo com essa orientação os Estados e Municípios decidiram que os adolescentes seriam imunizados, a decisão foi tomada conforme recomendação da ANVISA.

Em razão dessa situação, foi requerido ao STF para que houvesse a suspensão do informativo do Ministério da Saúde, de modo a garantir a manutenção da vacinação dessa população.

Em se tratando de competência legislativa concorrente, é possível afirmar que incumbe-se à União editar normas gerais e os Estados Membro suplementarem tais normas gerais de modo a conferir maior eficácia, conforme as suas peculiaridades.

A Corte Constitucional, ao cancelar a possibilidade de Estados, Municípios e Distrito Federal de promoverem a vacinação de crianças e adolescentes, decisão esta que vai de encontro ao que fora expedido por meio de portaria informativa do Ministério da Saúde, pois esta, aduzia pela não vacinação de crianças e adolescentes.

É correto afirmar que a referida decisão do Tribunal Constitucional, fez com que o parâmetro axiológico do federalismo cooperativo incidisse sobre a demanda em tela, de forma a possibilitar assim, efetivo combate integrado dos entes federativos ao Covid-19.

CONCLUSÃO

O direito prestacional à saúde é considerado um direito fundamental, e deve ser prestado pelo Estado o seu fornecimento, independente de qual ente seja abordado. Visto isso, o presente trabalho abordou as ideias iniciais sobre os direitos fundamentais e políticas sociais, a solidariedade quanto aos entes federados em relação a economia e políticas econômicas como o financiamento e ações de saúde pública, e no incentivo da iniciativa privada na participação dessas ações.

Objetivou-se no presente trabalhos apresentar as garantias do acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação e os dispositivos constitucionais que preveem sua aplicação imediata.

Os direitos prestacionais proporcionam a garantia da compensação das desigualdades na sociedade, sendo um direito passível de exigir e conhecido também como direito de crédito pois exige uma atuação positiva do Estado para que haja a implementação da igualdade social e promoção da melhor qualidade de vida.

Foi possível compreender que os direitos fundamentais podem causar conflitos, e portanto, devem ser observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, para a resolução de tais questões, e na prevenção de deficiências quanto aos direitos prestacionais.

A ociosidade do Estado é vista como uma ofensa à constituição e ao direito do indivíduo, pois acaba por dificultar a configuração das condições mínimas de vida e a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro oferece a possibilidade de tutela para que sejam garantidos tais direitos, impondo ao Estado obrigatoriamente a implementação dos direitos devidos e facultando a coerção indireta para forçar a ação estatal.

Ao utilizar do judiciário para a efetivação dos direitos prestacionais, será garantida a satisfação das necessidades sociais do cidadão, pois conclui-se que: o direito à saúde é um direito fundamental a todo ser humano, e é um dever do Estado, que deve promover todas as condições necessárias à sua concretização, e havendo negligência do Estado, poderá ser determinado através de mecanismos judiciais.

Conclui-se que a saúde, segundo a Constituição Federal de 1988, é direito de todos e dever do estado, sendo, portanto, direito social fundamental inerente à vida, abrangendo o âmbito mental e físico e devendo ser observado e proporcionado através de políticas de tratamento, prevenção e assistência médica, garantindo a efetividade do previsto constitucionalmente e atingindo o direito da dignidade da pessoa humana.

Logo, se houver comprovada necessidade, recurso e possibilidade de exercício da efetividade, deve o Estado concretizar o direito e cumprir o exposto no princípio da dignidade da pessoa humana e considerando a necessidade da coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADPF 709: a voz indígena contra o genocídio. Utilização direta do controle concentrado de constitucionalidade representa um marco na defesa de direitos indígenas.

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, abr. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31129>>.

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. p. 23. Disponível na Internet. Acesso em: 17 de maio de 2022.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

BARCELOS, Ana Paula de. (2005). Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista De Direito Administrativo*, 240, 83–105.

BARROSO, Luís Roberto. *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies*. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=23. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal:

BRASILIA. Tribunal Superior de Justiça. Recursos especial Nº 779.810 - SP (2005/0148716-9). Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_779810_1262109406638.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1655643565&Signature=SvkPnGWj0k0sBkXRBrd8FQ37EW8%3D Brasília-DF, 29 de agosto de 2009.

BRASILIA. Supremo Tribunal de Justiça. Recursos extraordinário REº 594787 RS (Diário de Justiça Eletrônico. Brasília-DF, 4 de agosto de 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª Edição. Coimbra. Editora Coimbra. 2007.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 6. Ed. rev. e atual São Paulo: Juspodivm, 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Caso Deputado Daniel Silveira. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/efb3d8be0319721ef751da0b05d9f6a5>>. Acesso em: 13/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Diferença de classes no SUS é inconstitucional . Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/182be0c5cdcd5072bb1864cdee4d3d6e>>. Acesso em: 13/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9c4e6233c6d5ff637e7984152a3531d5>>. Acesso em: 08/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É inconstitucional a Lei 13.454/2017, que havia permitido a comercialização de medicamentos anorexígenos (para emagrecer) mesmo depois de eles terem sido proibidos pela Anvisa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c47eedbcf5a800ee4216797e5665eb21>>. Acesso em: 13/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível a determinação judicial ao fornecimento de medicamentos com base em prescrição elaborada por médico particular, não se podendo exigir que a receita seja subscrita por profissional vinculado ao SUS.. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4fa04fbc0b0ce68711f7550ce6113720>>. Acesso em: 10/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível condenar judicialmente Estado ou Município a investir na saúde os valores mínimos que não foram aplicados em anos anteriores. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/774412967f19ea61d448977ad9749078>>. Acesso em: 13/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Estados e Municípios podem restringir temporariamente atividades religiosas coletivas presenciais a fim de evitar a proliferação da Covid-19. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/dfccdb8b1cc7e4dab6d33db0fef12b88>>. Acesso em: 13/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Judiciário pode obrigar administração pública a manter quantidade mínima de medicamento em estoque. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1f2b325dcdaf12a68ed498273206d263>>. Acesso em: 11/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios foram autorizados a fazer a vacinação dos adolescentes, mesmo havendo nota informativa do Ministério da Saúde em sentido contrário. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7a70c831f7cd407750d00c839b23a496>>. Acesso em: 17/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Poder Público pode determinar a vacinação compulsória contra a Covid-19 (o que é diferente de vacinação forçada). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/aa85e45da94cb0d78853c50ba636a15a>>. Acesso em: 13/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Processo de cassação de mandato parlamentar e autocontenção do Poder Judiciário. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/fea16e782bc1b1240e4b3c797012e289>>. Acesso em: 10/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. STF determinou à União o restabelecimento dos leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 que estavam custeados pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, e que foram reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro de 2021. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/032abcd424b4312e7087f434ef1c0094>>. Acesso em: 13/01/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. STF determinou que a União enviasse ao Estado-membro as vacinas necessárias para a aplicação da segunda dose dentro do prazo estipulado nas bulas dos fabricantes e autorizado pela Anvisa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7d1e6b02af59efefd53323255d6ded3d>>. Acesso em: 12/01/2022

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. v.7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

EVANGELISTA, Israel. Você sabe o que é o "fenômeno da erosão da consciência constitucional"? 2016. Disponível em:

<https://jurisrael.jusbrasil.com.br/artigos/396889732/voce-sabe-o-que-e-o-fenomeno-da-erosao-da-consciencia-constitucional>. Acesso em: 20 maio 2022.

FILHO, João Trindade Cavalcanti. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23 de fev. 2019

GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por interesse público primário e secundário no Direito Administrativo? 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2244872/o-que-se-entende-por-interesse-publico-primario-e-secundario-no-direito-administrativo-fernanda-carolina-silva-de-oliveira>. Acesso em: 10 maio 2022.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. Curso de Direito Constitucional – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em:
<http://portalms.saude.gov.br/dicas-de-saude/portal/saude/gestor/default.cfm>. Acesso em 17 de abril. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 10 à 50 da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O JUDICIÁRIO COMO IMPULSIONADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: entre fraquezas e possibilidades. Rfd- Revista da Faculdade de Direito da Uerj, [S.L.], n. 29, p. 127-157, 25 jun. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Vera Leilane Mota Alves de. Breves considerações sobre o acesso à justiça. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3578, 18 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24200>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SOUZA, Wilson Alves de. Acesso a Justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011.

STIBORSKI, Bruno Prange. Reserva do possível: Origem, conceito e ordens: origem: a Alemanha como o berço da razoabilidade das pretensões contra o estado. Origem: A Alemanha como o berço da razoabilidade das pretensões contra o Estado. 2015. Disponível em: <https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens#:~:text=A%20teoria%20da%20reserva%20do,prezando%20pelo%20direito%20da%20maioria..> Acesso em: 13 maio 2022.

VALE, Ionilton Pereira do. O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação. 2015. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao#:~:text=O%20ativismo%20judicial%20%C3%A9%20caracterizado,em%20crit%C3%A9rios%20menos%20r%C3%ADgidos%20que>. Acesso em: 13 maio 2022

LEITE, G. S. (2010). A Extensão da Eficácia Erga Omnes e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação (In)Constitucional. *Direito Público*, 6(29). Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1625>

ZANETTI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador:
Editora JusPodivm, 2015, p. 328-329

