

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

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

GABRIELA DIAS DA SILVA RIBEIRO

RIO DE JANEIRO

2017/2

GABRIELA DIAS DA SILVA RIBEIRO

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE 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. Fabio de Souza Silva.

RIO DE JANEIRO

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

R484c Ribeiro, Gabriela Dias da Silva
Controle Judicial de Políticas Públicas /
Gabriela Dias da Silva Ribeiro. -- Rio de Janeiro,
2017.
68 f.

Orientador: Fábio de Souza Silva.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Políticas públicas. 2. Direito à saúde. 3.
Controle Judicial. I. Silva, Fábio de Souza,
orient. II. Título.

GABRIELA DIAS DA SILVA RIBEIRO

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE 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. Fabio de Souza Silva.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/2

Dedico esta monografia aos meus pais Ricardo e Raquel, à minha irmã Dani e a Renan, por todo amor e incentivo.

RESUMO

O objeto da presente pesquisa se baseia na análise do controle judicial de políticas públicas de saúde. Trata-se de uma pesquisa cujo referencial teórico baseou-se em análise bibliográfica e documental, fundada em livros, teses, artigos e legislação. O sumário dividiu-se em quatro capítulos, o primeiro recai sobre o estudo dos direitos fundamentais, perpassando pelo entendimento de direitos humanos e sociais até chegar a proteção social da saúde. O segundo capítulo dedica-se ao estudo do direito à saúde, bem como à análise do Sistema Único de Saúde. O terceiro capítulo incide sobre o estudo das políticas públicas, essencialmente às de saúde. Por fim, o quarto capítulo, aborda o controle judicial de políticas públicas de saúde, bem como a análise acerca das possibilidades e os limites do controle judicial atinente às políticas que visem à implementação do direito à saúde. Justifica-se a presente pesquisa, tendo em vista a relevância e importância do tema na sociedade. Trata-se de um direito fundamental, que tem sido constantemente violado pelo poder público, principalmente no atual cenário de crise político-econômica. Propõem-se, assim uma reflexão acerca do papel do judiciário como concretizado do direito fundamental à saúde.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; políticas públicas; controle judicial

ABSTRACT

The objective of this research is based on the analysis of judicial control of public health policies. It is a research whose theoretical reference was based on bibliographic and documentary analysis, based on books, theses, articles and legislation. The summary was divided into four chapters, the first on the study of fundamental rights, ranging from the understanding of human and social rights to social protection of health. The second chapter deals with the study of the right to health, as well as the analysis of the Unified Health System. The third chapter focuses on the study of public policies, mainly health. Finally, the fourth chapter deals with the judicial control of public health policies, as well as the analysis of the possibilities and limits of judicial control related to policies aimed at the implementation of the right to health. This research is justified, considering the relevance and importance of the theme in society. This is a fundamental right, which has been constantly violated by the public power, especially in the current scenario of political-economic crisis. Therefore, a reflection on the role of the judiciary is proposed as embodied in the fundamental right to health.

Keywords: Fundamental rights; public policy; judicial control

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO SOCIAL À SAÚDE.....	11
1.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	11
1.2 Direitos Fundamentais e Direitos Sociais	13
1.3 Breve histórico dos direitos fundamentais	15
1.4 Dimensões dos Direitos Fundamentais	17
1.5 Direitos Fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana	19
1.6 Direito à saúde como direito fundamental	21
2. DIREITO À SAÚDE	23
2.1 A Saúde como Direito Fundamental do cidadão na CRFB de 1988	23
2.2 O Sistema Único de Saúde.....	26
2.2.1 Princípios e diretrizes do SUS.....	28
2.2.2 Níveis de atenção à saúde.....	32
3 – POLÍTICAS PÚBLICAS	35
3.1. Conceito de política pública.....	35
3.2 Saúde como política pública e dever do Estado	38
3.3 Políticas Públicas e discricionariedade.....	40
3.4 O atual cenário da saúde pública no Brasil	43
4 CONTROLE JUDICIAL DE POLITICAS PÚBLICAS	46
4.1 Considerações iniciais.....	46
4.1 Argumentos favoráveis ao Controle Judicial	48
4.1.1 Saúde como dever do Estado	49
4.1.2 Mínimo Existencial	50
4.1.3 Garantia de acesso à justiça – artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988	52
4.2 Críticas ao Controle Judicial	53
4.3.1 Reserva do possível.....	54
4.3.2 Separação de Poderes.....	56
4.3.2 Discricionariedade administrativa.....	59
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 foi o marco na instituição da nova ordem jurídica brasileira, sua promulgação se deu em resposta aos anseios e expectativas das mais diversas camadas da população e voltada especialmente para a garantia dos direitos. A Carta Constitucional de 1988, além de garantir expressamente o direito à saúde nos artigos 6º e 196 e seguintes, também foi responsável pela criação do Sistema Único de Saúde - SUS, cujo objetivo é garantir o direito à saúde de forma universal e igualitária. Neste contexto de garantia do direito à saúde, um grande passo para sua concretização se deu com a instituição da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.070/1990), a qual definiu princípios e diretrizes do SUS, com vistas a promover a saúde através de políticas públicas implementadas pelo Poder Público.

O direito à saúde apresenta-se como um dos temas mais complexos de ser discutido no âmbito do controle judicial de políticas públicas, especialmente por estar diretamente relacionado à vida digna dos indivíduos. Desde a institucionalização do Sistema Único de Saúde, diversas foram as dificuldades enfrentadas pelos gestores públicos e pela população na busca pelo acesso à saúde. As discussões sobre o assunto iniciaram-se na década de 90, com a proclamação da Constituição da República, na qual o Judiciário foi inserido no cenário das políticas públicas de saúde, através da garantia de diversos direitos e princípios. O atual cenário de crise político-econômica tem sido apontado como um grande responsável no aumento do número de ações judiciais reivindicando direitos na área da saúde.

No Brasil, os poderes Legislativo e Executivo são os principais responsáveis pela criação e execução de políticas públicas de saúde. Ao Poder Legislativo cabe a criação de normas e disposições que regulamentem a matéria, bem como a aprovação de leis orçamentárias que se mostrem suficientes para a consecução das referidas políticas. O Poder Executivo tem a função administrativa, ou seja, cabe a ele a responsabilidade na implementação e execução de políticas públicas. Assim, diante da ação ou omissão destes Poderes no cumprimento de suas tarefas de regulamentação, implementação ou execução de políticas públicas necessárias à promoção da saúde, a questão pode ser levada ao Poder Judiciário, tendo em vista que a nossa Constituição da República

garantiu o acesso à justiça, bem como a responsabilidade do Estado na garantia do direito à saúde.

Entretanto, os poderes não têm implementado as políticas públicas a contento, dessa forma, a discussão tem sido frequentemente levada ao Poder Judiciário. Diante destes problemas, os poderes executivo e legislativo tem vivenciado um quadro de crescente descrédito diante da sociedade, em consequência disso o Poder Judiciário tem sido frequentemente evocado na busca por soluções ao atendimento dos anseios sociais.

Diante da ação ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, deixando de regulamentar e implementar adequadamente as políticas públicas necessárias, a questão invariavelmente é levada ao Poder Judiciário, por meio de demandas individuais e coletivas, já que nossa Constituição Federal garantiu o acesso à justiça; atualmente, aliás, essas ações se multiplicam, porquanto os direitos a serem efetivados por meio de políticas públicas são inúmeros – para não dizer infindáveis –, notadamente num país como o nosso, onde grassam a pobreza e as desigualdades sociais, ao passo que os recursos financeiros a serem empregados para esse fim são limitados. A presente monografia destina-se, pois, a suscitar reflexões sobre a saúde como objeto de controle judicial.

Cumprе ressaltar que o presente trabalho não tem o objetivo de esgotar o assunto, tampouco pacificar a discussão. Busca-se, precipuamente, analisar a possibilidade no controle judicial de políticas públicas de saúde, bem como fomentar o debate, tendo em vista a alta relevância política, jurídica e social do tema.

A relevância do tema decorre do descompasso entre os princípios expressos na Constituição da República e a ausência de efetividade a assistência à saúde por parte do Estado. Dessa forma, a presente monografia abordará a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nos casos em que a promoção do direito à saúde se mostrar prejudicada ineficiência dos demais poderes na consecução de políticas públicas. O controle judicial se mostra possível sob a ótica dos diversos princípios consagrados na Constituição de 1988.

1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO SOCIAL À SAÚDE

A saúde foi elevada a direito fundamental social na Constituição Federal de 1988, a universalização dos serviços públicos de saúde se deu por influência do movimento sanitário brasileiro, nos anos que antecederam a Assembleia Nacional Constituinte.

A terminologia “direitos fundamentais” não é a única utilizada pela doutrina e pela jurisprudência. A Constituição da República de 1988 apresenta expressões diferentes na abordagem dos direitos fundamentais como “direitos humanos”, “liberdades individuais”, “direitos e garantias fundamentais” e “direitos e garantias individuais”. Tratam-se de expressões com sentidos muito próximos, assim, convém fazer alguns esclarecimentos acerca das terminologias “direitos humanos” e “direitos fundamentais”¹.

1.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Na clássica obra “A Era dos Direitos”², Bobbio narra que desde a Era Moderna e posteriormente, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão nos Estados Liberais, já se observava uma maior participação de direitos humanos em segmentos mundiais. O ponto de partida da positivação dos direitos humanos se deu em 1789, na França, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Assembleia Nacional, representando uma mudança de paradigma. Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos passaram de uma esfera nacional para internacional, envolvendo pela primeira vez todos os povos.

A Segunda Guerra Mundial representou um período de supressão dos direitos humanos pelo estado totalitário. Seu fim, em 1945 significou a ascensão dos direitos humanos pela comunidade internacional. O fim deste período revelou a importância da criação de mecanismos de proteção aos direitos humanos, bem como a necessidade de se revisar a tradicional noção de soberania absoluta do Estado. A criação da Organização das Nações Unidas se deu neste cenário, com objetivo de promover a

¹ FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **A judicialização do direito à saúde no SUS: limites e possibilidades**. UNIMEP, 2014.

² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Neto Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004. P. 26

cooperação internacional. O ser humano passou a ser visto como detentor de direitos e garantias fundamentais. Assim, iniciou-se o processo de internacionalização dos direitos humanos, tendo como marco a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, dispendo sobre os princípios e valores universais a serem respeitados pelo Estado, através de tratados internacionais.³

Nessa conjuntura que os direitos fundamentais assumiram uma posição relevante em transformações internas e externas dos Estados constitucionais, cujos valores assumiram um caráter universal de reconhecimento implícito no âmbito de diferentes ordenamentos jurídicos.

Conforme elucida Gilmar Mendes⁴, a expressão “direitos humanos” tem sentido próprio que a difere dos “direitos fundamentais”. Direitos humanos é expressão reservada para reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem que se encontram inseridas em documentos internacionais, enquanto “direitos fundamentais” é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas inscritos em diplomas normativos de cada Estado.

Ingo Wolfgang Sarlet⁵, relativamente ao tema, esclarece:

"Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)."

³ PIOVESAN, Flávia. **A constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Fascículo 47/48, jan./dez, p.95-114, 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em: 08 de outubro de 2017

⁴ MENDES, G. F.; COELHO, I.; BRANCO, G. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 151.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36.

Percebe-se que, apesar dos direitos humanos serem mais abrangentes que os direitos fundamentais, visto que aqueles são reconhecidos em textos internacionais, enquanto estes são positivados em diplomas de Estados, ambos não estão em esferas comunicáveis, existindo interação e contato entre eles, podendo uma categoria influenciar a outra.

Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais⁶.

Assim, o termo “direitos humanos” passa a designar os direitos consagrados em textos internacionais, declarações, pactos e protocolos. Já o termo “direitos fundamentais” designa, aqueles consagrados no plano interno, em especial, nas Constituições.

A opção terminológica a ser adotada, direitos fundamentais, e não direitos humanos, justifica-se na perspectiva Constitucional com a qual desenvolveremos a presente monografia, vez que fundamentais são os direitos positivados internamente, pela Carta de 1988, ao passo que a terminologia direitos humanos mostra-se mais adequada aos direitos tomados em uma perspectiva internacional.

1.2 Direitos Fundamentais e Direitos Sociais

A Constituição da República de 1988, referencial deste estudo, foi o documento que proporcionou maiores avanços na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, nas palavras de Flávia Piovesan⁷, “[...] simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país”. Os direitos e garantias fundamentais tiveram, pela primeira vez, capítulos destinados exclusivamente a eles. A Carta de 1988 também foi a primeira a afirmar que direitos sociais são direitos fundamentais e possuem aplicabilidade imediata⁸, além de assegurar

⁶ MENDES. 2015, p. 278.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas**. Revista da Defensoria Pública, São Paulo, n. 1, jul/dez 2008.

⁸ Há de se ressaltar que o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata é defendido pela doutrina mais moderna, quando houver densidade normativa suficiente para sua aplicação, conforme demonstra FERREIRA, Ruan Espindola, Políticas públicas e limites ao poder discricionário: análise da STA-AGR 175

a participação popular no decorrer de seu processo elaborativo. Não obstante, ainda elevou direitos fundamentais sociais à condição de cláusulas pétreas.

Ressaltando a importância dos direitos sociais na história constitucional do Brasil, Bandeira de Mello⁹ resume: “os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural dos povos civilizados. Integram o patrimônio cultural do povo brasileiro. Por isso se incluem no conceito de patrimônio público”.

Sobre direitos sociais, assim discorre José Afonso da Silva¹⁰:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. Valem como pressupostos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade

Diferentemente dos direitos individuais, que exigem majoritariamente uma atividade negativa por parte do Estado, uma abstenção para que a liberdade e a autonomia dos indivíduos sejam preservadas, os direitos fundamentais sociais sem traduzem em atividades positivas a fim de proporcionar aos cidadãos determinadas garantias¹¹.

Assim, percebe-se, que os direitos sociais estão intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana, tratando-se, pois, de um meio para a manutenção da igualdade entre os indivíduos e alcance de outros direitos fundamentais, deixando de ser um fim a si mesmo.

Nesse sentido, discorre Sarlet¹²:

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. edição São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.50

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. 1, 2001. p. 20

A denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, não se prende – pelo menos não exclusivamente – ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado Social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores). De qualquer modo, entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.

Ainda sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, disserta Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo¹³:

firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.

Portanto, os direitos fundamentais sociais são direitos que dependem da efetividade do poder público, através da criação e, principalmente, manutenção de políticas públicas. A não satisfação traduz um descumprimento constitucional, garantindo ao titular desse direito -tal qual o cidadão-, ingressar judicialmente para fazer cumprir a norma.

1.3 Breve histórico dos direitos fundamentais

Para compreender a saúde como direito fundamental é importante uma breve análise histórica dos direitos fundamentais, bem como apresentar seus principais aspectos, definir a saúde dentre eles e trazer ao debate o conceito jurídico de proteção à saúde, inscrito na Carta de 1998.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18.

A composição dos direitos fundamentais no rol de direitos garantidos em uma Constituição foi lenta e gradual, perpassando por questões políticas, filosóficas e teóricas.

Apesar dos direitos fundamentais terem sido constituídos primordialmente num contexto de Estado constitucional democrático, alguns autores, como Fábio Konder Comparato, identificam na Idade Antiga elementos que a caracterizam como a pré-história dos direitos fundamentais, advindos dos ideais jusnaturalistas, fundamentados pela religião e filosofia, onde o homem era titular de direitos naturais¹⁴. São Tomás de Aquino, um dos principais filósofos da idade média, ressaltava a dignidade da pessoa humano, por ter sido o homem criado a imagem e semelhança de Deus. O filósofo também considerava duas ordens, uma formada pelo direito natural e outra pelo direito positivo, devendo esta estar de acordo com a vontade de Deus¹⁵.

A Idade Moderna, no que tange aos direitos fundamentais, foi marcada por quatro diretrizes fundamentais, quais sejam: a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act*, a *Bill of Rights* e a Declaração de Virgínia. A *Petition of Rights* foi documento lavrado na Inglaterra em 1628, pelos lordes do Parlamento, e previa a necessidade de julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias. Em 1679, também na Inglaterra, no Reinado de Carlos II, firmou-se o *Habeas Corpus Act*, importante instrumento contra prisões arbitrárias de pessoas acusadas de cometer crime¹⁶. Em 1689 foi editado o *Bill of Rights*, importante documento que reconhecia determinado atos de autoridades reais como sendo ilegais, bem como conferia alguns direitos ao indivíduo, como o direito de liberdade, segurança e propriedade privada. Elaborada em 1776, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava a liberdade e independência de todos os seres humanos, e que os mesmos possuíam direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história¹⁷.

¹⁴ SAIBO, Neli Lino. **Políticas públicas e o fenômeno da judicialização das tutelas prestacionais**.

¹⁵ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. p.1

¹⁶ MIRANDA, Pontes de Francisco Cavalcante. **História e Prática do Habeas Corpus**, vol. 1 – 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007; p.85

¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 p. 49

A institucionalização dos direitos humanos em Constituições escritas, como a brasileira, é um marco de significativa importância, pois estes se incorporaram aos ordenamentos jurídicos vigentes em um determinado território, garantindo-lhes a “indispensável força coercitiva, necessária para sua plena efetivação no plano material, o que os torna autênticos direitos subjetivos”¹⁸.

1.4 Dimensões dos Direitos Fundamentais

A inserção de direitos fundamentais nos textos constitucionais se deu de forma gradual, no decorrer das transformações sociais, tais momentos históricos a doutrina dividiu em três grupos, denominadas “dimensões dos direitos fundamentais”, que representam o surgimento e positivação destes ao longo dos séculos, nas constituições dos Estados.

Parte da doutrina utiliza a nomenclatura “gerações de direitos fundamentais”, entretanto, cabe ressaltar que tal terminologia tem sido alvo de severas críticas pelos pesquisadores contemporâneos, uma vez que transmite a ideia do surgimento de uma geração em substituição à anterior, de obsolescência da geração anterior, de fragmentação dos direitos, bem como dificulta a interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais¹⁹. Assim, mostra-se mais apropriada a utilização do termo “dimensões” dos direitos fundamentais, uma vez que não há uma sucessão de direitos, mas uma relação de coexistência entre eles. Por essa razão optou-se por empregar a expressão “dimensões” nesta monografia.

Os direitos de primeira dimensão representam as liberdades individuais, tanto civis como políticos, também são chamados de direitos negativos do cidadão em face do Estado, uma vez que, ao assegurar o direito de liberdade, estes limitam o poder. Para Bonavides²⁰, eles representam os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, possuindo caráter negativo, já que não permitem

¹⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 38

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008

ao indivíduo exigir prestações estatais, mas impõem limitações do Estado na Esfera individual.

A segunda dimensão é marcada pelas liberdades positivas, nesta dimensão encontram-se os direitos sociais, econômicos e culturais, ou seja: saúde, educação, lazer, trabalho, assistência social, dentre outros. Estas liberdades positivas traduzem um comportamento mais intervencionista do Estado, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, manifestando uma ruptura com o modelo de Estado Liberal do século anterior. Conforme ressalta Ingo Wolfgang Sarlet²¹:

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como direito a férias, e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos sociais e\ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão ‘social’ encontra justificativa, entre outros aspectos [...], na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico

Os direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de solidariedade ou fraternidade, são voltados para proteção dos interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais. Segundo Sarlet²², encontram-se na terceira dimensão “os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação”.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 50

²² Ibid. p 48

Paulo Bonavides²³ acrescenta, ainda, uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, correspondendo a uma tendência de globalização. Segundo o doutrinador: “Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional”.

Essa breve apresentação da evolução histórica dos direitos fundamentais permite concluir que a Constituição da República de 1988 abarcou as quatro dimensões de direitos fundamentais ao prever a garantia dos direitos individuais, direitos sociais, direitos de solidariedade e o direito à democracia, sob o modelo da democracia participativa. Estando o direito a saúde inserido na categoria de direitos fundamentais de segunda dimensão, visto que se encontra na categoria de direitos sociais, vinculado à dignidade da pessoa humana demandando, portanto, prestações positivas do Estado para sua efetivação.

1.5 Direitos Fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental erigido pela Constituição Federal de 1988 encontra previsão legal em seu art.1º, III, sendo um dos fundamentos da República Federativa brasileira: “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 (...) III - a dignidade da pessoa humana. ”

Para Barroso²⁴ “a dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos”.

Para Ingo Sarlet, dignidade da pessoa humana é um atributo inerente a todos os homens, pois da própria condição humana, que o torna credor de respeito por parte do Estado:

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.585

²⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.58

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁵.

No cenário mundial, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana se recentemente, conforme Sarlet: “tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal de 1948²⁶”. A Carta das Nações Unidas, acordo precursor da formação da Organização das Nações Unidas, estabelece em seu preâmbulo:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos Direitos Fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (...)

Na mesma esteira, a Declaração Universal dos Direitos do Homem indica no seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade”. Sob tais influências o legislador constitucional reconheceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da república, no artigo 1º, inciso III da CRFB/1988.

Percebe-se, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana foi assegurada como direito fundamental na Carta de 1988, dessa forma, deve ser interpretada como um valor

²⁵ SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 72

universal no sentido de garantir sua satisfação. O Estado não pode se abster dessa proteção, devendo utilizá-lo como balizador na tomada de decisões²⁷.

1.6 Direito à saúde como direito fundamental

A Constituição de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde. As Cartas anteriores possuíam disposições dispersas sobre o tema, como na Constituição de 1824, onde havia menção à proteção de “socorros públicos” (art.179, inciso XXXI). O artigo 6º é o marco consagrador da saúde como direito social, A Constituição da República de 1988 também dedicou outros dispositivos à saúde como um direito constitucional de todos os cidadãos e dever do Estado, conforme preceitua o artigo 196 o que dispõe, em caráter programático, que é dever do Estado à prestação de meios que assegurem a saúde:

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

José Afonso da Silva disserta sobre a dupla vertente do direito à saúde, de acordo com o autor, a natureza negativa diz respeito ao direito de se exigir uma abstenção estatal na tomada de decisões, de modo que seus atos não prejudiquem a saúde. A vertente positiva consiste na obrigação estatal de adotar medidas destinadas a implantação de políticas de saúde voltadas para a prevenção e tratamento de doenças.²⁸

Ainda sobre as duas vertentes do direito à saúde, leciona Ingo Wolfgang Sarlet²⁹:

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que

²⁷ Como será abordado mais adiante, a dignidade da pessoa humana vincula-se de forma direta ao conceito de mínimo existencial, visto que o direito ao mínimo para uma existência e sobrevivência se afirma no princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. P 309

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 11, p. 8, 2002. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> . Acesso em: 19.out.2017

dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

A vertente abordada neste trabalho é a positiva de cunho evidentemente prestacional, isto é, qual o papel do Estado na efetivação desses direitos e até que ponto poder ser provocado para concretizá-los.

Conforme destacado no tópico anterior, os direitos sociais são direitos fundamentais intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. A atual Carta Magna, além de garantir a proteção do direito à saúde no art. 196, também o assegurou como direito fundamental, no rol de direitos sociais, conforme preceitua artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Diante do exposto, compreendemos que o direito fundamental à saúde presente na Constituição de 1988 abrange direitos e deveres que possibilitam aos indivíduos acesso aos serviços básicos de sua necessidade, permitindo que o cidadão possa usufruir da dignidade humana, reduzindo as situações sociais desiguais, em consequência, melhorando a qualidade de vida do indivíduo.

Assim, a inserção da saúde no artigo 6º da Constituição Federal conferiu-lhe o status de direito social de segunda geração, demandante de uma atuação positiva por parte do Poder Público, não apenas curativa, com eliminação da doença, estendendo-a também a função preventiva. O direito fundamental à saúde possui como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito tem a função de dar garantia a eficácia do direito à Saúde a todos os indivíduos.

2. DIREITO À SAÚDE

O direito a saúde no Brasil passou por importantes mudanças a partir da década de 1970 com o movimento da Reforma Sanitarista³⁰, desenvolvido no contexto de luta contra a ditadura militar. O movimento buscava transformações na área da saúde, como a universalização e democratização da saúde enquanto direito fundamental³¹, em contrapartida ao então modelo de Saúde oferecido pelo Estado. No decorrer dos anos seguintes o movimento sanitaria foi crescendo e ganhando representatividade através dos profissionais de saúde, usuários e lideranças populares. O grande marco do movimento sanitaria na luta pela universalização da saúde ocorreu durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, na qual se consagrou uma concepção mais ampla de saúde, com a necessidade de se unificar os sistemas de saúde, através de mudanças em toda estrutura jurídico-institucional. O relatório elaborado nessa Conferência serviu de na elaboração da Constituição de 1988³².

2.1 A Saúde como Direito Fundamental do cidadão na CRFB de 1988

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a regulamentação do direito à Saúde, através da implementação da Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 que criou o Sistema Único de Saúde – SUS, que foi um importante avanço no reconhecimento da saúde enquanto direito fundamental e em seu art. 2º assim prevê: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

³⁰ “O movimento pela Reforma Sanitária surgiu da indignação de setores da sociedade sobre o dramático quadro do setor Saúde. Por isso, desde o início, pautou sua ação pelo questionamento desse quadro de iniquidades. Suas primeiras articulações datam do início da década de 1960, quando foi abortado pelo golpe militar de 1964. O movimento atingiu sua maturidade a partir do fim da década de 1970 e princípio dos anos 1980 e mantém-se mobilizado até o presente. Ele é formado por técnicos e intelectuais, partidos políticos, diferentes correntes e tendências e movimentos sociais diversos.” Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Caminhos do direito à saúde no Brasil**. Departamento de Apoio à Gestão Participativa.– Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2007 Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caminhos_direito_saude_brasil.pdf>, acesso em 10 out. 2017.

³¹ BRASIL. Ministério da Saúde. **A Construção do SUS – Histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da saúde 2006.

³² ROMERO, Luiz Carlos P. **O Sistema Único de Saúde – um capítulo a parte**. Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 5, p. 9

Antes da instituição do SUS, a atuação Estatal em relação à saúde era caracterizada pela falta de organização e responsabilização, pois não havia um sistema unificado, mas sim subsistemas divididos por categorias³³.

A organização dos serviços de saúde no Brasil antes do SUS vivia em mundos separados: de um lado, as ações voltadas para a prevenção, o ambiente e a coletividade, conhecidas como saúde pública; de outro, a saúde do trabalhador, inserida no Ministério do Trabalho; e, ainda, as ações curativas e individuais, integrando a medicina previdenciária e as modalidades de assistência médica liberal, filantrópica e, progressivamente, empresarial³⁴.

Desde modo, a saúde passou a ser reconhecida como direito fundamental, sendo elencada dentre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, principalmente por sua característica indissociável do direito à vida, que necessita receber a tutela protetiva estatal³⁵.

A base constitucional de garantia do direito à saúde no Brasil encontra-se no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, cujo rol, elenca os chamados direitos sociais de seguinte forma:

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

Assim, de acordo com o art. 6º da Constituição Federal, o direito à saúde é um direito social. Sendo, portanto, um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia, efetividade da saúde, sob pena de ineficácia de tal direito fundamental.

Os direitos fundamentais sociais são direitos que dependem da efetividade do Estado para atender às necessidades da população uma vez que são direitos materiais, pois fazem parte do cotidiano nas relações sociais da pessoa para uma existência satisfatória.

³³ Assim disserta Jairnilson Paim acerca das categorias: “Portanto, há estudos que reconhecem, desde o início do século XX, a formação de três subsistemas de saúde no Brasil vinculados ao poder público: saúde pública, medicina do trabalho e medicina previdenciária. Desde as suas origens tais subsistemas percorreram caminhos paralelos, de forma relativamente autônoma e respondendo a pressões distintas.” PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009.p 22.

³⁴ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009.p 45

³⁵ ORDACGY, André da Silva. **O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública**.

José Afonso da Silva conceitua os direitos sociais como sendo:

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

A efetivação de um direito fundamental, tanto no âmbito do direito à saúde quanto nos demais direitos sociais, ensejam o estabelecimento de um conceito de efetividade e segurança numa perspectiva dinâmica de realização desses direitos, sendo a efetividade um aspecto fundamental a ser considerado nas prestações estatais, principalmente na assistência à saúde, onde são claras as desigualdades³⁶.

Além do artigo 6º, de onde se extrai o direito social à saúde, a Constituição da República estabeleceu em seu artigo 196 que: —A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal, igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação³⁷. O Princípio da Universalidade no direito à saúde determina que os serviços sociais estejam direcionados para assegurar a saúde da população e devem ser acessíveis a toda a comunidade. Significa, também, que o serviço de saúde deverá empenhar esforços para abarcar o número máximo de situações possíveis³⁸.

Com o objetivo de atender irrestritamente a todos os brasileiros e resgatar a dignidade da população, a Constituição Federal de 1988 dispôs também sobre a organização dos serviços de saúde, no artigo 21 onde se lê:

³⁶ SILVA, Daniela Castro da. **Controle judicial em saúde: uma análise sobre a intervenção do poder judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde individual**. Belém, UNAMA, 2016.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁸ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 400

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I. Descentralização, com direção única em cada esfera do governo;
- II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III. Participação da comunidade

Parágrafo único: O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Resta clara a preocupação do legislador constitucional de dar tratamento e status de direito fundamental ao direito a saúde. Logo, eventual violação ao direito à saúde implica em ofensa aos direitos humanos fundamentais.

Tais apontamentos demonstram que a Constituição Federal de 1988 mostrou forte adesão ao modelo de Estado Social e Democrático, objetivando estabelecer o conteúdo dos direitos sociais e do mínimo existencial³⁹.

2.2 O Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde (SUS) constitui o meio pelo qual o Estado executa as ações e serviços públicos de saúde, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no artigo 198, os princípios gerais desse sistema:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

A direção do SUS, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, é única, sendo exercida em cada esfera do governo, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde e órgão equivalente; e no âmbito dos Municípios, pelas respectivas Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

³⁹ Ana Paula Barcellos entende por mínimo existencial como sendo o conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, considerando-se sua experiência física – de sobrevivência e manutenção do corpo – e também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado Democrático - BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230

Passados dois anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde – SUS – foi regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 e 8.142/90, com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde através do atendimento público e gratuito, com financiamento advindo de recursos arrecadados através de impostos e contribuições sociais.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, denominada “Lei Orgânica da Saúde”, dispõem “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”. A referida lei também traz a compreensão do Sistema Único de Saúde – SUS, como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, abrangendo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para a saúde. Já a Lei nº 8.142, de 28 de setembro de 1990 dispõem acerca da participação da comunidade na gestão desse sistema.

A sua estrutura do Sistema Único de Saúde abarca as esferas federal, estadual e municipal, tendo, cada ente da federação, diferentes responsabilidades quanto a prestação do serviço de saúde.

Todo esse complexo arcabouço administrativo que compõe o Sistema Único funda-se no acesso universal (princípio da universalidade) e igualitário (princípio da equidade)⁴⁰, significando o primeiro desses princípios que o SUS deve estender seu atendimento a toda a população, seja através de serviços estatais, seja por meio de serviços privados prestados a partir de convênios e contratos com a Administração Pública, sem privilégios ou barreiras⁴¹. Por outro lado, o princípio da equidade significa o dever de promover a igualdade material através de prestações que possam compensar a desigualdade social. Tal princípio objetiva tratar desigualmente os desiguais,

⁴⁰ Art. 2º §1º da Lei nº 8.080/90.

⁴¹ Cruz MM. **Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde**. In: Gondim R, Grabois V, Mendes Junior WV, organizadores. Qualificação dos Gestores do SUS. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD; 2011. p.35-46. Disponível em: <http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12543&Tipo=B>.

respeitando suas individualidades e investindo em locais que apresentam maior carência.

Conforme preceitua os parágrafos 1º e 2º do art. 198, da Constituição Federal, o financiamento do SUS se dará com recursos de orçamento da seguridade social⁴² da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devendo estes entes aplicar anualmente recurso mínimos em ações e serviços públicos de saúde.

O artigo 5º da Lei nº 8.080/90 elenca os objetivos do Sistema Único de Saúde da seguinte forma: i) identificar os fatores condicionantes e determinantes da saúde, ii) formular a política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução dos riscos de doenças e outros agravos ao bem estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade; ii) prestar assistência às pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, integrando as medidas assistenciais com as preventivas.

O SUS é, portanto, um programa social que objetiva a efetivação do direito fundamental à saúde, desenvolvendo ações de promoção, prevenção e tratamento da saúde. Para tanto, é necessário a observância do aspecto econômico, tendo em vista que a efetivação desse direito demanda recursos financeiros do Estado.

2.2.1 Princípios e diretrizes do SUS

Os princípios inseridos na Constituição de 1988 atuam como balizadores na formulação e execução do Sistema Único de Saúde, a fim de assegurar a concretização do direito fundamental à saúde. Nas palavras de Bomfá⁴³: “Os princípios funcionam como vetores axiológicos da atividade política do Estado, de modo a concretizar o

⁴²Assim Araújo 2006, p. 11 conceitua Seguridade Social “Seguridade Social é a proteção que a sociedade proporciona a seus membros, mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que, de outra forma, derivam do desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência como consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice, e também a proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias com filhos”.

⁴³ BOMFÁ, Carlos Antônio Petter. **O chamamento ao processo dos entes federados em demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

comando constitucional relativo aos direitos fundamentais, por meio da elaboração e execução de políticas públicas”.

Os princípios estabelecidos para o SUS, constantes na Constituição e na Lei nº 8.080/90 são: descentralização, integração, regionalização, hierarquização e universalização dos serviços, integralidade e participação popular⁴⁴.

O princípio da integralidade se destina a conjugar as ações direcionadas à materialização da saúde como direito e como serviço, buscando atendimento das necessidades dos três níveis de atenção à saúde: básico, médio e alta complexidade⁴⁵. Logo, deve-se articular com outras políticas públicas como forma de assegurar uma atuação entre as diferentes áreas que repercutem na saúde e na qualidade de vida dos indivíduos⁴⁶. Acerca deste princípio, assim discorre com Carmem Teixeira⁴⁷:

Um modelo “integral”, portanto, é aquele que dispõe de estabelecimentos, unidades de prestação de serviços, pessoal capacitado e recursos necessários, à produção de ações de saúde que vão desde as ações inespecíficas de promoção da saúde em grupos populacionais definidos, às ações específicas de vigilância ambiental, sanitária e epidemiológica dirigidas ao controle de riscos e danos, até ações de assistência e recuperação de indivíduos enfermos, sejam ações para a detecção precoce de doenças, sejam ações de diagnóstico, tratamento e reabilitação.

A Universalização é processo de extensão de cobertura dos serviços, de modo que garanta a todos os cidadãos acesso aos serviços de saúde, sem discriminações de qualquer natureza e de forma gratuita⁴⁸. Assim, a universalidade é um princípio constitucional que tem por finalidade efetivar o dever do Estado de promover, prevenir e recuperar a saúde de todos os cidadãos.

⁴⁴ CAMPOS, C. V. A. ; MALIK, A. M. ; BUENO, R. L. P. . **A implantação do SUS e o processo de descentralização na área da saúde até 2002**

⁴⁵ PINHEIRO, Roseni. Integralidade. In: Dicionário da Educação Profissional em Saúde.

⁴⁶ BRASIL, Ministério da Saúde. Departamento de Atenção Básica **Guia prático do programa de Saúde da Família**. Brasília, MS, 2001

⁴⁷ TEIXEIRA, Carmen. **Os Princípios do Sistema Único de Saúde**. Salvador: Secretaria da Saúde, 2011. P. 6. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da saúde 2000

A Descentralização com direção única para o sistema, diz respeito à redistribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre os entes da federação, objetivando uma prestação de serviços com mais eficiência e qualidade e também a fiscalização e o controle por parte da sociedade. O pressuposto dessa diretriz é o de a proximidade do gestor público com a comunidade facilita o processo de atendimento ao problema e busca por soluções.

A regionalização e a hierarquização dos serviços, dizem respeito à forma de organização dos estabelecimentos (unidades de unidades) entre si e com a população usuárias. A regionalização dos serviços constitui uma estratégia de delimitação de uma base territorial para o sistema de saúde, com o intuito de reduzir desigualdades sociais e territoriais, promover a equidade e a integralidade da atenção, racionalizar os gastos, otimizar os recursos e potencializar o processo de descentralização. Neste princípio a descentralização e autonomia não são trabalhadas de forma estanque, sendo possível a cooperação dos entes federativos para definição racional das atribuições. A hierarquização dos serviços, por sua vez, relaciona-se à organização das unidades de acordo com o grau de complexidade tecnológica dos serviços⁴⁹.

Sob a ótica da descentralização, a Lei 8.080/90 estabeleceu determinadas funções à cada ente federativo. Os Estado⁵⁰ e Municípios⁵¹ ficaram incumbidos de funções específicas, de forma regionalizada, buscando a concretização do sistema em seu “*locus*”. À União foram designadas responsabilidades mais genéricas em relação à saúde, como o provimento e repasse de verbas aos demais entes⁵².

⁴⁹ TEIXEIRA, Carmen. **Os Princípios do Sistema Único de Saúde**. Salvador: Secretaria da Saúde, 2011.

⁵⁰ Conforme art. 17 da Lei n. 8.080/90, a direção estadual do SUS compreende: a promoção da descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; o acompanhamento, o controle, bem como a avaliação das redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS); a prestação de apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; a coordenação e, em caráter complementar, execução das algumas ações e de determinados serviços (vigilância epidemiológica e sanitária, alimentação, nutrição e saúde do trabalhador).

⁵¹ Conforme art. 18 da Lei Orgânica da Saúde informa que a direção municipal do SUS abrange algumas atribuições dentre as quais convém destacar: o planejamento, a organização, o controle e avaliação as ações e os serviços de saúde de modo a gerir e executar os serviços públicos de saúde; a participação no planejamento, na programação e na organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), articulando-se com sua direção estadual; o controle e fiscalização dos procedimentos dos serviços privados de saúde.

⁵² ASSIS, Denise Almeida Albuquerque de. **O papel do poder judiciário na concretização das políticas públicas relativas ao fornecimento de medicamentos**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará

Importante esclarecer que, muito embora a descentralização tenha atribuído algumas responsabilidades distintas para cada ente da federação, não se pode olvidar que a competência quanto à responsabilidade do poder Público é comum à União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios e que estes deverão “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, conforme o artigo 23, inciso II da Constituição Federal. As atribuições dos entes federativos também encontram previsão no art. 15 da Lei 8.080/90:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

- XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;
- XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;
- XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;
- XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Dessa forma resta claro que todos os entes federativos são responsáveis pela promoção de políticas públicas, bem como responsáveis pela sua efetivação, afinal, a efetivação do direito à saúde envolve recursos financeiros de todo o Poder Público.

2.2.2 Níveis de atenção à saúde

Como visto no tópico anterior, a descentralização promoveu a organização do sistema de saúde em níveis de atenção, promovendo triagem dos casos, destinando os de alta complexidade aos centros especializados. O princípio da integralidade é tido como o articulador dos níveis de complexidade do SUS, gerenciando as ações de saúde no âmbito de todos os níveis. Desta forma, o SUS mostra-se como um sistema hierarquizado, organizado de forma a promover a atenção básica, atenção de média e de alta complexidade.

O nível primário é responsável por promover políticas direcionadas à prevenção de doenças e promoção do bem-estar nas comunidades, além da realização de pequenos procedimentos. Para tanto utilizam como rede de assistências os centros de saúde e unidades básicas de saúde, organizados pela esfera municipal. O Ministério da Saúde define a atenção básica como “um conjunto de ações de caráter individual ou coletivo, situadas no primeiro nível de atenção dos sistemas de saúde, voltadas para a promoção de saúde, prevenção de agravos e a reabilitação”⁵³. O nível primário de atenção é tido como a “porta de entrada” para o Sistema Único de Saúde. A Política Nacional da Atenção Básica define como estratégia para atuação da atenção básica: i) eliminação da hanseníase; ii) controle da tuberculose; iii) controle da hipertensão arterial; iv) controle

⁵³ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 2023 de 23 de setembro de 2004. Define responsabilidade pela gestão da Atenção Básica no sistema municipal de saúde*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt2023_23_09_2004.html>. Acesso em: 20 out. 2016.

do diabetes mellitus; v) eliminação da desnutrição infantil; vi) saúde da criança; vii) saúde do idoso; viii) saúde da mulher e ix) promoção da saúde⁵⁴.

O nível secundário é responsável são direcionados casos de média complexidade, e são realizados determinados procedimentos de intervenção, bem como atendimento de emergência. O Ministério da Saúde define a média complexidade ambulatorial como um conjunto de “ações e serviços que visam atender aos principais problemas e agravos de saúde da população, cuja complexidade da assistência na prática clínica demande a disponibilidade de profissionais especializados e a utilização de recursos tecnológicos para o apoio diagnóstico e tratamento⁵⁵”. Os grupos que compõem os procedimentos de média complexidade do Sistema de Informações Ambulatoriais são os seguintes:⁵⁶i) procedimentos especializados realizados por profissionais médicos e por outros profissionais de nível médio e nível superior; ii) cirurgias ambulatoriais especializadas; iii) procedimentos traumato-ortopédicos; iv) ações especializadas em odontologia; v) patologia clínica; vi) anatomopatologia e citopatologia; vii) radiodiagnóstico; viii) exames ultrassonográficos; ix) diagnose; x) fisioterapia; xi) terapias especializadas; xii) próteses e órteses; xiii) anestesia.

O nível terciário recebe casos de alta complexidade e que necessitam de recursos humanos especializados. As principais áreas que compõem a alta complexidade do SUS estão organizadas em rede e são: i) assistência ao paciente oncológico; ii) cirurgia cardiovascular, cirurgia vascular e cirurgia cardiovascular pediátrica; iii) procedimentos de cardiologia intervencionista; iv) procedimentos endovasculares extracardíacos; v) laboratórios de eletrofisiologia; vi) assistência em traumato-ortopedia; vii) procedimentos de neurocirurgia; viii) assistência em otologia; ix) cirurgia de implante coclear; x) cirurgia de vias aéreas superiores e da região cervical; xi) cirurgia da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; xii) procedimentos em fissuras lábio-palatais; xiii) reabilitação protética e funcional da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; xiv) assistência ao paciente portador de doença renal crônica (diálise);

⁵⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política**

Nacional de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 13

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios**. 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 207-208.

⁵⁶ Conselho Nacional de Secretários De Saúde. **Assistência de média e alta complexidade no SUS**. Brasília: CONASS, 2007. p. 17-18.

xv) procedimentos para avaliação e tratamento de transtornos respiratórios do sono; xvi) assistência aos pacientes portadores de queimaduras; xvii) assistência aos pacientes portadores de obesidade mórbida (cirurgia bariátrica); xviii) cirurgia reprodutiva; xix) genética clínica; xx) terapia nutricional; xxi) distrofia muscular progressiva; xxii) osteogênese imperfecta; xxiii) fibrose cística e reprodução assistida.

Assim, o Sistema Único de Saúde constitui-se como um complexo conjunto de ações e serviços relacionados à garantia do direito à saúde de toda a população, tendo os entes da federação responsabilidade pela sua prestação. No mais, resta claro a harmonia entre a Constituição Federal de 1988 e os dispositivos da Lei nº 8.080/90, de modo a se comprometer com a garantia dos direitos fundamentais.

3 – POLÍTICAS PÚBLICAS

Este capítulo pretende descrever as políticas públicas e suas características gerais, situando-as no âmbito do Controle Judicial. Descreve, igualmente, o papel do Estado na criação de políticas públicas, atividade pela qual se garante a efetivação do preceito constitucional.

3.1. Conceito de política pública

Com o advento do Estado Social, houve ampliação dos direitos sociais, os quais demandaram do Estado a adoção de medidas positivas, de forma a criar, dirigir, implementar e garantir esses direitos à população. As políticas públicas surgem nesse cenário, promovendo um aumento na importância do Poder Executivo, tornando-o responsável na consecução de metas e objetivos.

O conceito de política pública é muito controverso e variado. Não havendo um consenso na definição de políticas públicas, visto que se trata de um termo polissêmico, que se abarca em várias áreas do conhecimento, como a ciência política. A importação do uso de políticas públicas no campo jurídico é fruto da interdisciplinaridade cada vez mais presente na ciência do Direito. Assim, pode-se afirmar que política pública retrata uma relação entre Direito, política e economia⁵⁷. Fábio Konder Comparato⁵⁸ reporta-se a Dworkin como o pioneiro no estudo das políticas, o qual estabeleceu uma distinção entre princípios e políticas, sendo políticas:

Espécie de padrão de conduta (standard) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil

Dessa forma, a ideia de política busca estabelecer uma finalidade coletiva, ao passo que os princípios tendem a estabelecer um direito individual⁵⁹.

⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas**. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, abr/jun.1998, p. 44. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>> Acesso: 08 outubro 2017..

⁵⁹ Ibid. p 45.

A ideia de “Políticas Públicas” não deve se confundir com o plano, o programa ou a normas governamentais, que são, normalmente, os instrumentos pelos quais elas se exteriorizam. Nas palavras de Bucci⁶⁰: “A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, como a participação dos agentes públicos e privados.” Plano, atividade, norma e programa são instrumentos de políticas públicas. Logo, políticas públicas é a forma como o Estado, representado pelos três poderes, irá alcançar os objetivos, fins, escolhas, valores que foram eleitos pela sociedade por meio do Constituinte de 1988.

Na concepção de Barcellos⁶¹, políticas públicas são ações e programas dos diferentes tipos implementados pela Administração Pública, com o fim de garantir a prestação de determinados serviços, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais.

As políticas públicas possuem caráter de diretriz para a atuação governamental, constituindo-se num conjunto de planos estratégicos e instrumentos necessários para sua executem. Adotando uma concepção estritamente jurídica, entende Maria Paula Dallari Bucci ser a política pública⁶²:

Um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Assim, as políticas públicas traduzem-se como instrumento de concretização de diversos direitos, sob a ótica do presente trabalho: concretização do direito fundamental à saúde. As políticas públicas estão diretamente relacionadas com a atividade estatal de promoção à saúde, devendo esta atividade estar voltada para a concretização dos princípios estabelecidos na Constituição.

⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sob e o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006 p. 259

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**.

⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sob e o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, 14

As políticas públicas, além de envolverem um conjunto de medidas que compreendem a elaboração de normas programáticas e atos de execução pelos entes administrativos, também está atrelada à reservas e disponibilidades orçamentárias⁶³, comumente evocados pela Administração Pública em sede judicial como “reserva do possível⁶⁴”.

Dessa forma, o conceito de política pública implica em uma compreensão do Poder Público em seu conjunto, resultando na ideia de coordenação entre os poderes:

Pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo, entre as várias pastas, e seja, ainda, considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado⁶⁵.

Por fim, cabe destacar lição de Frederico Augusto d'Avila Riani, onde afirma que a concretização das políticas públicas não se dá simplesmente com qualquer ação ou omissão Estatal, trazendo as características necessárias para que políticas públicas não sejam confundidas com meras intervenções do governo:

Para se considerar uma política pública, a ação (ou omissão) do Estado precisa: (i) ser intencional; (ii) ser racional; (iii) ter objetivos estabelecidos; (iv) ser produtora de efeitos duradouros e de longo prazo, apesar de também interferirem na realidade imediata; (v) estar envolvida por um grande universo de atores; (vi) ser um processo, não um ato isolado, e, portanto, (vii) resultado de diferentes etapas: agenda/ decisão, formulação, implementação, monitoramento e avaliação; e (vii) ter diferentes níveis: política pública, programa, projeto⁶⁶.

Assim, política pública não se confunde com intervenções internas de gestão ou governança, tampouco simples normas, mas um complexo conjunto de diretrizes governamentais e de decisões político-administrativas, cujo conteúdo incorpora normas, regramentos e atos administrativos, com objetivo de tornar materiais os direitos fundamentais postos na Constituição.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108

⁶⁴ No 4 capítulo será abordada a problema da “reserva do possível”.

⁶⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sob e o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44

⁶⁶ RIANI, Frederico Augusto d'Avila. **Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário**. Sequência (Florianópolis) 2013, n.66, pp. 152.

3.2 Saúde como política pública e dever do Estado

Conforme visto anteriormente, a saúde foi sendo incorporada paulatinamente aos Pactos Internacionais e Constituições, entretanto, a efetivação desse direito depende da implementação de políticas públicas pelo Estado, observando as necessidades da sociedade com objetivo de promover o bem-estar social. Tão importante quanto a criação de políticas públicas, é a efetivação e manutenção das mesmas, a inexistência e ineficiência desses deveres estatais é responsável pelo o crescente número de ações judiciais.

Tratando-se de um direito prestacional, a efetivação da saúde pressupõe a realização de atividades que asseguram a fruição do direito, bem como fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental, tais quais: atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames, prestação de tratamentos⁶⁷.

Cumprir salientar que, em regra, a mera edição de lei, por si só não é capaz de garantir a execução e implementação de tais políticas públicas. Com efeito, as leis devem ser meios de regulação e fixação de diretrizes, e a atuação do legislativo e executivo devem ser no sentido de garantir sua efetiva consecução. Canotilho⁶⁸ leciona que os direitos sociais demandam um atuar dos poderes públicos no sentido da implantação de medidas políticas, legislativas e administrativas. Observa-se que o não cumprimento destes deveres estatais são o combustível para o grande número de demandas judiciais em face do Estado.

Assim discorre Andreas Krell⁶⁹:

No entanto, a eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e

⁶⁷ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 01 out. 2017.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 519.

⁶⁹ KRELL, Andreas J. **“Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais**

na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e Municípios.

Podemos citar como exemplo de política pública criada com objetivo de auxiliar na efetivação da saúde, a instituição da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)⁷⁰, a qual estabelece como ponto central políticas de medicamentos. Nesta política, a assistência farmacêutica é definida como um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, individual ou coletivamente, tendo o medicamento como insumo essencial, visando seu acesso e uso racional. Podemos observar o princípio da descentralização da gestão nesta política, uma vez que cada ente deve elaborar as suas próprias listas de medicamentos⁷¹.

Além do exemplo de política pública de saúde mencionado acima, cita-se, para fins elucidativos, a existência de políticas públicas voltadas à assistência de portadores do vírus HIV/AIDS, instituídas a partir da edição de leis, programas e coordenações de saúde, assim descritas, conforme destaca VILLARINHO⁷²:

No Brasil, a adoção de políticas pública de saúde voltadas à epidemia da AIDS aconteceu em paralelo a mudanças políticas importantes, como a aprovação da nova Constituição Federal em 1988 e, especificamente no campo da saúde, a aprovação do SUS. Nessa época, o sistema de saúde brasileiro começou a distribuir medicamentos específicos para as doenças oportunistas e a zidovudina, mais conhecidas como AZT. Este inibidor da transcriptase reversa (ITR) abriu novas perspectivas terapêuticas ao ampliar o tempo de sobrevivência do paciente HIV positivo.

Em 1988, a Organização Mundial da Saúde instituiu o dia 1º de dezembro como dia internacional de luta contra a AIDS, como parte de uma estratégia de mobilização, conscientização e prevenção em escala global. Esta data também passou a ser observada no Brasil, criando-se uma oportunidade para divulgar informações sobre a AIDS e realizar campanhas educativas.

Como pode-se observar, várias foram as políticas de saúde estruturadas na década de 1980, decorrente do surgimento da AIDS.

⁷⁰ Tendo em vista a complexidade doutrinária e jurisprudencial de políticas públicas relacionadas ao fornecimento de medicamentos, vez que abarca diversos outros aspectos, cumpre ressaltar que o presente trabalho não se centrará exclusivamente no estudo da Política Nacional de Assistência farmacêutica, tendo sido usada neste tópico apenas para fins elucidativos.

⁷¹ BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Jurisprudência Mineira, a. 60, n. 188, Belo Horizonte, p. 35-50, jan./mar. 2009

⁷² VILLARINHO, Mariana Vieira; PADILHA, Maria Itayra; BERARDINELLI, Lina Márcia Miguéis; BORENSTEIN, Miriam Susskind; MEIRELLES, Betina Horner Schlindwein; ANDRADE, Selma Regina de. **Políticas públicas de saúde face à epidemia da AIDS e a assistência às pessoas com a doença**. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 66, n. 2, p. 271-277, Brasília. mar./abr. 2013. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672013000200018>. Acesso em: 09 de out. 2017

Em suma, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, no exercício de suas atividades típicas, criar e efetivar políticas públicas de saúde. Verificada a inexistência ou má prestação destas políticas, poderá o cidadão socorrer-se ao Poder Judiciário para buscar cumprimento da obrigação Estatal, fazendo valer o preceito constitucional.

3.3 Políticas Públicas e discricionariedade

No âmbito de políticas públicas, o debate acerca da discricionariedade administrativa se mostra muito importante, visto que é um dos argumentos mais utilizados por aqueles que criticam seu controle judicial. Não serão feitas longas digressões sobre esse tema, tendo em vista sua complexidade teórica, mas convém dedicar algumas linhas a respeito.

A discricionariedade administrativa é objeto de grande discussão na academia, parafraseando o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, já se verteram rios de tinta sobre esse tema⁷³. A Administração Pública dispõe de prerrogativas e poderes que lhe conferem posição de supremacia sobre o particular, sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Contudo, sob a égide do Estado de Direito, estes poderes possuem limitações decorrentes do princípio da legalidade, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades⁷⁴.

A discricionariedade administrativa também encontra limites no interesse público, uma vez que cabe o Estado garantir os direitos e interesses da coletividade. Importante salientar que, muito embora a discricionariedade seja caracterizada pela margem de liberdade da atuação do administrador, não se traduz essa liberdade com poder sem limites da Administração Pública, mas sim um instrumento que possui como fim o gerenciamento da coisa pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define discricionariedade administrativa como: “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 09.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**, 30ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 252

critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.”⁷⁵.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, discricionariedade⁷⁶:

[...] é a margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Sobre o tema, Di Pietro⁷⁷ também destaca que não se trata apenas de discricionariedade da Administração Pública, cabendo por vezes debater a própria discricionariedade do legislador ao definir políticas públicas com base em metas maiores postas pela Constituição.

Importante trazer a diferenciação que clássica doutrina administrativa faz entre atos vinculados e atos discricionários. Conforme com Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁸, atos vinculados são entendidos como atos em que a lei não deixou margem de liberdade para a Administração, tendo em vista que todas as opções a serem adotadas já foram reguladas pela lei, restando uma única hipótese de conduta admissível frente ao caso concreto. Quanto aos atos discricionários a lei concede ao administrador público certa margem de liberdade para decidir a melhor opção de acordo com o caso concreto⁷⁹.

Por sua vez, ato discricionário é aquele em que o texto legal concede ao administrador certa margem de liberdade para decidir de acordo com circunstâncias do caso concreto, contudo, tal escolha deve obedecer a critérios subjetivos de conveniência

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. P. 67

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 916

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. Consultor Jurídico (CONJUR). 28 mai. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 15 out. 2017

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 393

⁷⁹ Trata-se de uma diferenciação importante para a compreensão do tópico, entretanto, em se tratando de políticas públicas de saúde, não são frequentes os exemplos de atos administrativos vinculados.

e oportunidade, além de estar nos limites da legalidade e garantir melhor atendimento à lei⁸⁰. Este juízo de conveniência e oportunidade é chamado de “mérito administrativo”, o qual reside no objeto e no motivo do ato administrativo. Bandeira de Mello define mérito do ato administrativo como sendo⁸¹:

[...] o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência ou oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

A doutrina mais clássica discorre sobre a impossibilidade de controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, sob o fundamento da separação de poderes. Conforme Bandeira de Mello⁸²:

O campo de apreciação meramente subjetiva - seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato - permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Contudo, a doutrina mais moderna já admite – com devidas ressalvas-, a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo, tal qual José dos Santos Carvalho Filho⁸³:

Modernamente, como já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou a fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio,

⁸⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 150/151

⁸¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013p. 965.

⁸²Ibid. p. 992.

⁸³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53.

como, por exemplo, o da igualdade, ou ainda se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso. Não é tarefa simples, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de Poderes, cujo axioma fundamental é o do equilíbrio entre eles ou, como denominam os constitucionalistas em geral, o princípio dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

O campo das políticas públicas é, historicamente, ambiente de discricionariedade administrativa⁸⁴, pois envolve um processo de escolhas, de estabelecimento de prioridades, voltadas à consecução de certos fins sociais, de acordo com critérios estabelecidos pelo próprio legislador. Contudo, atos discricionários, como é o caso das políticas públicas, embora não sejam vinculados estritamente à lei, devem obedecer a pressupostos legais para atingir uma finalidade constitucional, adequada aos direitos sociais.

Portanto, discricionariedade é a margem de liberdade com a qual o administrador pode optar pela melhor solução que atenda às necessidades da Administração Pública, através de uma valoração subjetiva, mediante critérios de conveniência e oportunidade, devendo todas as soluções apresentadas serem válidas perante o direito. A escolha do Administrador deve se pautar na satisfação das necessidades da população, assim, verifica-se a submissão do gestor público à lei, e, conseqüentemente a garantia de direitos fundamentais.

3.4 O atual cenário da saúde pública no Brasil

Passados mais de vinte e cinco anos da instituição do Sistema Único de Saúde no Brasil, é possível se traçar algumas considerações acerca da efetividade deste sistema no que tange ao atendimento à saúde. Sabe-se que a concretização dos objetivos do Sistema Único de Saúde depende de atuação dos poderes administrativos para este fim, principalmente através da criação e manutenção de políticas públicas. É certo que diante de tantos problemas enfrentados pelos entes da federação, o direito à saúde não tem se efetivado da forma preconizada pela Constituição da República, afrontando os próprios princípios do SUS, tais quais a universalização e integralidade de atendimento.

⁸⁴ DAL BOSCO, Maria Goretti; VALLE, Paulo Roberto Dalla. **Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais**.p. 01

As dificuldades no acesso à saúde, bem como a ineficiência do serviço prestado são destacadas por Ricardo Madeiro⁸⁵:

Entretanto, em que pesem os louváveis diplomas legais criados para garantir e viabilizar a efetivação do direito à saúde no Brasil, enquanto direito fundamental de todos e dever do Estado, é observada atualmente pela sociedade a decadência da saúde pública em todos os estados brasileiros e o consequente sucateamento do SUS, assistido na mais completa inércia ao longo dos anos pelos sucessivos governos brasileiros. A crise na saúde pública do Brasil deve ser considerada sob três aspectos básicos, quais sejam, a deficiência na estrutura física, a falta de disponibilidade de material-equipamento-medicamentos e a carência de recursos humanos

[...]

A dificuldade no acesso e a ineficácia dos serviços prestados na Atenção Primária têm contribuído cada vez mais para a superlotação dos hospitais públicos, onde milhares de brasileiros padecem nas filas, mendigando por uma simples consulta, um exame diagnóstico ou uma cirurgia eletiva. A deficiência no número de leitos obriga os pacientes, na maioria das vezes, a passarem semanas acomodados no chão, em colchões ou em macas, largados nos corredores ou na recepção dos hospitais, à espera de um leito de enfermaria ou de UTI. Tal situação fere não só a dignidade do povo, mas também dos profissionais de saúde que são obrigados a conviverem diariamente com cenas tão fortes. A precariedade dessa situação fática leva ao retardo no diagnóstico de doenças e, conseqüentemente, uma piora em muitos prognósticos, podendo ocasionar em alguns casos, a própria morte, antes mesmo do atendimento

Acontece, porém, que no atual contexto político e administrativo brasileiro, a proteção à saúde tem-se mostrado deficiente. Inúmeros são os casos de má gestão e desvio de verbas públicas, que tem afetado diretamente a promoção da saúde. Observa-se diariamente a precariedade nos hospitais públicos e unidades básicas de saúde: ausência de leitos, carência de material médico, equipamentos inoperantes, medicamentos e insumos com data de validade vencida são a prova do argumento de que o gestor público não tem utilizado dos princípios constitucionais para atingir o interesse comum e garantir a saúde. Recorrentemente os veículos de comunicação utilizam o termo “Sucateamento do SUS” para se referir e demonstrar a atual situação enfrentada pelo Sistema Único de Saúde.

A crise que assolou o país nos últimos anos é frequentemente utilizada pelos gestores públicos como argumento justificante da precariedade do Sistema Único de Saúde, contudo, a ineficiência nas políticas de saúde não é cenário recente, em 2009

⁸⁵ MADEIRO, Ricardo. **Crise na saúde pública**. Disponível em: <[http://oabce.org.br/2013/08/artigo-
crise-na-saude-publica/](http://oabce.org.br/2013/08/artigo-
crise-na-saude-publica/)> Acesso em: 20 out. 2017.

Janílson Paim já retratava as péssimas condições enfrentadas pelos cidadãos nas unidades de saúde:

Esse modelo de desatenção se expressa em um caleidoscópio de maus tratos e desrespeito ao direito à saúde: filas vergonhosas para a assistência médica desde a madrugada ou o dia anterior; descortesia nos guichês dos hospitais e unidades de saúde; desatenção de seguranças, recepcionistas, auxiliares e profissionais da saúde diante de pessoas fragilizadas pela idade avançada, pelo sofrimento e pelas doenças; corredores superlotados de macas nos serviços de prontsocorro; disputas por fichas para exames complementares tantas vezes desnecessários; longas esperas em bancos desconfortáveis para a realização de uma consulta ou exame; *via crucis* do paciente entre diferentes unidades de saúde, médicos e especialistas; “cortejo fúnebre” de vans e ambulâncias em frente aos hospitais públicos das capitais para transferência de doentes e familiares de outros municípios; pagamento por consulta e exames em clínicas particulares de periferias por preços “módicos” ou “por fora” nos serviços do SUS; mercantilização da doença e do sofrimento por planos de saúde e prestadores privados [...] pesquisas indicam que os mais pobres esperam mais que o dobro do tempo para ser atendido do que os que dispõem de seguro saúde⁸⁶.

Assim, percebe-se que o acesso à saúde pelos indivíduos, nos moldes dos princípios elencados na Constituição da República de 1988 ainda encontra diversas barreiras. A concretização de políticas públicas necessita de boa gestão estatal, bem como disponibilidade de recursos orçamentários. É cediço que o país se encontra em um período de latente crise econômica, entretanto, não se pode olvidar que se trata de um direito fundamental, garantido constitucionalmente e intimamente ligado à vida dos indivíduos.

⁸⁶ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é SUS?** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. p. 89

4 CONTROLE JUDICIAL DE POLITICAS PÚBLICAS

A efetivação do direito à saúde dá-se por meio de políticas públicas estatais, cuja elaboração e implementação dependem de atuações específicas por parte dos poderes legislativo e executivo. Contudo, após mais de vinte e cinco anos da implementação do SUS, a saúde ainda enfrenta muitos desafios, o Sistema Único de Saúde ainda não conseguiu atingir seus objetivos: universalidade, integralidade e igualdade. Diante dessa insuficiência na assistência à saúde, o cidadão demanda ao Poder Judiciário para que este garanta seu direito constitucional, através da determinação de execução de políticas públicas.

A atuação do Poder Judiciário face às políticas públicas surge nesse cenário de insuficiência e ineficiência estatal, cabendo a este poder a possibilidade de efetivar os direitos sociais, respeitando os ditames estabelecidos pela própria Constituição,

4.1 Considerações iniciais

Conforme visto nos tópicos anteriores, a Carta Constitucional de 1988 previu uma série de direitos relativa a prestações estatais, chamados de direitos sociais fundamentais. Assim, no Estado Pós-Social o Legislativo e o Executivo passaram a ter atribuição precípua de levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação de direitos fundamentais. Todavia, as políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, autorizadas pelo Legislativo, não têm sido suficientes para garantir e dar eficácia aos Direitos Fundamentais. Diante da ocorrência de atuação ineficaz pelos poderes executivo e legislativo, vislumbra-se a possibilidade de intervenção judicial na atuação com objetivo de efetivar os direitos fundamentais, mormente, o direito à saúde.

Partindo do conceito analisado no capítulo anterior, podemos definir a ação do administrador em relação às políticas públicas de duas formas: Inexistente ou ineficiente. A Inexistência de política pública ocorre quando o gestor público deixa de proceder à criação e/ou implementação de determinada política pública, a atuação do judiciário neste caso será no sentido de expedir um comando para que a Administração formule a política necessária. Já a Ineficiência de Política Pública ocorre quando o poder público já criou determinada política pública, entretanto esta se mostra ineficaz,

não cumprindo com seus objetivos. Neste caso, a atuação do Judiciário será no sentido de determinar o cumprimento de determinada obrigação, como, por exemplo, proceder a realização de uma cirurgia.

Canela Junior⁸⁷ defende que a atuação do Judiciário se trata de atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Para o autor a lesão a direito fundamental pode dar-se de duas formas: em virtude de omissão completa do Estado na satisfação espontânea de direito constitucionalmente previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988; e por comportamento comissivo ou omissivo por parte do Estado, permitindo a ocorrência de desigualdades sociais relacionadas ao bem da vida disposto no art. 6.

Sobre a *judicialização*⁸⁸ de questões políticas e sociais, disserta Barroso⁸⁹:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual

O Controle Judicial de políticas públicas funda-se principalmente nos princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade de jurisdição, bem como o direito fundamental à saúde, protegido pelo mínimo existencial. Sob tais aspectos, torna-se possível a possibilidade de apreciação judicial da política pública relacionada à saúde. Os princípios constitucionais autorizam a apreciação judicial do atuar administração, quando este se mostrar falho, ferindo direitos fundamentais.

⁸⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**

⁸⁸ Em suas obras, Luís Roberto Barroso utiliza o termo “judicialização”, para o autor: “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.”

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso: 26 out. 2007

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, p. 34

4.1 Argumentos favoráveis ao Controle Judicial

Embora expresso constitucionalmente, com um instituto fundamental, o direito à saúde não tem se efetivado conforme determina a Constituição. Tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo por vezes se mostram insuficientes, a satisfação de políticas públicas tem ficado a cargo do Poder Judiciário, através de determinações judiciais em casos concretos levados a sua apreciação. Autores como Marília Lourido dos Santos⁹⁰ defendem que a interferência judicial em políticas públicas encontra fundamento na supremacia da Constituição, vez que o Poder Judiciário não invade a esfera executiva, mas tão somente aplica a o preceito constitucional no caso objeto da celeuma. A superioridade da Constituição confere legitimidade ao controle judicial na atuação em políticas públicas.

Assim defende Sarmiento⁹¹:

Atualmente, a melhor doutrina não mais aceita a ideia de que exista uma esfera de poder estatal absolutamente imune ao controle judicial, sobretudo em campo envolvendo os direitos fundamentais. Conceitos clássicos antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizados, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais, como os da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência.

Como bem anota Marília Lourido dos Santos, “a judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição, tida como lei fundamental.” Com isso conclui-se que “o Judiciário não invade o âmbito do Executivo, apenas aplica a Constituição, esta sim superior a todos os Poderes Estatais, por serem poderes constituídos.” Dessa forma, é a própria Constituição, em face de sua superioridade, que confere legitimidade à atuação do Judiciário e à judicialização das políticas públicas.

Segundo Wacheleski⁹², o “agigantamento” do Poder Judiciário decorre não só da facilidade em seu acesso, mas principalmente pela incompetência dos gestores públicos

⁹⁰ SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. *Revista de Informação Legislativa*, p. 272.

⁹¹ 5 SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 580.

em responder os anseios da sociedade. Assim, o Poder Judiciário é posto como substituto do Estado diante da necessidade de igualdade e da ineficiência das instituições políticas em prover essa necessidade.

4.1.1 Saúde como dever do Estado

Novamente trazemos à baila o art. 2º da Lei do Sistema Único de Saúde “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Assim, não há de se falar em limitação a esse direito fundamental, motivo pelo qual a atuação do Poder Judiciário se mostra correta, de forma a garantir sua concretização quando o Estado se mostrar insuficiente e inerte. Sarlet trabalha a relevância da questão:

É, contudo, no âmbito do direito à saúde que talvez encontremos a maior gama de questionamentos, bem como a produção mais relevante na seara doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que concerne à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição. Além disso, é nesta seara que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito.

Assim, trata-se de um bem jurídico que merece proteção máxima do Estado e da sociedade. Ademais, cumpre ressaltar que o controle de políticas públicas que tem como objeto a análise de direitos fundamentais decorre de três elementos teóricos, conforme discorre Barcellos⁹³:

A) As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio, são dotadas de *normatividade*, isto é: são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais que isso, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico.

B) Os direitos fundamentais têm um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, a *fortiori*, do sistema jurídico como um todo. Fala-se da *centralidade* dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa, de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e

⁹² WACHELESKI, Marcelo Paulo. **Jurisdição e políticas públicas: a eficácia dos direitos fundamentais e a politicidade do Poder Público**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 16, fev. 2007.

Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63527/jurisdiacao_politicas_publicas_eficacia.pdf >. Acesso em: 10 out. 2017

⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 115.

promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz.

C) Os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção de *Estado de Direito*, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justam ente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.

Observa-se, que as políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais decorrem direta e logicamente desses três elementos teóricos, sendo necessário analisá-los de variadas formas, de modo a observar as diferentes formas de impacto na esfera político-social. Dessa forma, a autora conclui que, uma vez que conjunto de gastos e definições de políticas públicas são atribuições do gestor público, e que suas escolhas produzirão efeitos mais ou menos eficientes no campo social, logo a impossibilidade de controle jurídico de políticas públicas reduziria drasticamente a normatividade constitucional de direitos fundamentais dependentes de políticas públicas para sua concretização.

4.1.2 Mínimo Existencial

Tendo em vista que os direitos sociais previstos na Constituição não podem ser reduzidos a mero texto, sem efetiva proteção e disponibilidade, grade parte da doutrina e da jurisprudência tem se manifestado a favor da interferência do poder judiciário na prestação de determinadas prestações sociais. Um dos principais argumentos utilizados pelos que defendem essa posição é diz respeito a possibilidade de intervenção judicial qual o Estado não estiver promovendo a garantia do “mínimo existencial”.

Conforme visto anteriormente, o “mínimo de existencial” está intimamente relacionado aos princípios da dignidade humana e do Estado Social, dessa forma, o cidadão teria o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação dos serviços sociais necessários à garantia de uma existência digna⁹⁴. No âmbito da saúde, este padrão mínimo diz respeito ao atendimento básico e eficiente.

⁹⁴ Joskowicz, Graziela Mayra. Título. **A eficácia dos direitos sociais e o controle judicial das políticas públicas**. 2010. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617571, acesso em 12 de outubro de 2017

Assim defende Ana Paula de Barcellos⁹⁵:

O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. [...] É que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo, mas também espirituais e intelectuais aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Como já fez menção, esse quarto conteúdo de mínimo existencial não corresponde a uma escolha aleatória, ou exclusivamente normativa (considerando-se o texto da Carta de 1988); ao contrário, eles integram uma estrutura lógica de fácil demonstração. Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, o qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente.

Andreas Krell defende que esta teoria do mínimo existencial foi importada para o Brasil de maneira inapropriada, visto que sua criação se deu no seio da realidade jurídica alemã e sua aplicação no Brasil, sem as devidas ponderações mostra-se incoerente, face à realidade econômica e social. Nesse sentido, disserta o autor⁹⁶:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

Assim, mínimo existencial compreende-se como um conjunto de prestações indispensáveis a uma vida digna, estando intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, contido no inciso III, art. 1º da Constituição de 1988, que reconhece direitos e garantias do ser humano, devendo, portanto, ser protegido por meio de

⁹⁵ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248

⁹⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 108/109

prestações judiciais quando não houver a aplicação e efetivação dele por parte do Estado.

4.1.3 Garantia de acesso à justiça – artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988

A Constituição da República de 1988 consagrou, em seu 5º, inciso XXXV o princípio da inafastabilidade da jurisdição segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa disposição constitucional é um dos principais argumentos favoráveis ao controle judicial em saúde, uma vez que o dispositivo supramencionada o direito fundamental de Acesso ao Poder Judiciário.

O Estado Democrático de Direito pressupõe a garantia do direito de acesso à Justiça, como foram de defesa de seus interesses fundamentais, bem como proteção de arbítrios e omissões estatais. O artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988⁹⁷ dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Dessa forma, o Poder Judiciário, ao analisar a demanda, poderá determinar seu cumprimento imediato, pois a finalidade primordial das políticas públicas é expressa em garantir direitos⁹⁸. A propósito, ressalte-se o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁹:

A norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que se propugna ainda em boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a

^{97cc} Artigo 5 § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. ”

⁹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O Conceito de Política Pública em Direito. In: Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico** (org). São Paulo: Saraiva, 2008. p. 31

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas **considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 11, p. 8, 2002. p. 9. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf>. Acesso em: 19.out.2017

proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador

Sobre a garantia do acesso à justiça, leciona Di Pietro¹⁰⁰:

Pela atual Constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV, proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito, sem distinguir se ele é individual ou coletivo; além disso, previu, além da ação popular, outras medidas judiciais cabíveis para a defesa dos direitos e interesses coletivos, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Com isso, ampliou também a possibilidade de apreciação judicial dos atos exclusivamente políticos.

Dessa forma, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal não é apenas uma garantia, mas um direito fundamental indispensável à concretização de todos os outros direitos constitucionalmente assegurados¹⁰¹.

4.2 Críticas ao Controle Judicial

Embora a doutrina majoritária dialogue acerca da possibilidade de controle judicial em políticas públicas relacionadas à saúde, alguns doutrinadores trazem apontamentos contrários a esta ideia, debatem acerca das (im)possibilidades e (in)competência do poder judiciário para interferir nas escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo no desenvolvimento e aplicação de políticas públicas. Discorrem também acerca da necessidade de haver limites para a intervenção judiciária no âmbito da efetivação das políticas públicas de saúde, cuja atuação não pode se revestir de caráter absoluto e sem critérios objetivos que atentem para a realidade brasileira diante dessa questão.

Luís Roberto Barroso discorre acerca dos limites entre política e justiça, evidenciando a linha obscura que divide a criação e a interpretação do direito. O doutrinador também alega que o Judiciário não possui conhecimento necessário para

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**, 30ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 617

¹⁰¹ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Novos estudos jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 7, n. 14, jul. 2008, passim. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1>>. Acesso em: 09 out. 2017.

instituir políticas de saúde, não possui condições de avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida¹⁰².

4.3.1 Reserva do possível

A reserva do possível configura a principal escusa de que se vale o Poder Executivo para justificar a não implementação de uma determinada política pública¹⁰³. Trata-se de limitação dos recursos orçamentários disponíveis para efetivação de uma ilimitada e dispendiosa demanda social. Em outras palavras, reserva do possível compreende a limitação econômico-financeira que impede a plena implementação de todas as políticas públicas e o rápido e concretização dos preceitos contidos na Carta Constitucional da República. Sobre a atuação judicial neste cenário, elucida Sarlet¹⁰⁴:

A dependência, da realização de direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica ou mera 'ideologia'. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.

Desenvolvida na Alemanha nos anos 70, pela teoria da reserva do possível, os direitos sociais possuem limites para a sua realização. Limites estes dependentes da existência de recursos fáticos, da disponibilidade jurídica desses recursos, em função da distribuição de receitas entre os entes da federação¹⁰⁵.

Rogério Tair¹⁰⁶ esclarece acerca de recursos fáticos e jurídicos: “componente fático da reserva do possível relaciona-se à efetiva disponibilidade de recursos necessários à satisfação do direito prestacional”, por exemplo, o direito à saúde, enquanto que “o componente jurídico depende de existência de autorização

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Jurisprudência Mineira, a. 60, n. 188, Belo Horizonte, p. 35-50, jan./mar. 2009

¹⁰³ SILVA, Alessandra Obara Soares. **Inexistência Ou Ineficiência Da Políticas Públicas E Controle Judicial**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 327

¹⁰⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008,

¹⁰⁶ TAIAR, Rogério. **A efetividade dos direitos humanos e a cláusula da reserva do possível**. Revista de informação legislativa: v. 46, n. 182 (abr./jun. 2009), p. 47. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194914>> Acesso: 16/09/2015. Acesso em: 07 out. 2017

orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos”. Isto denota a grande dificuldade na concretização de direitos sociais, uma vez que sua efetivação se dá não apenas com a criação de medidas e políticas garantidoras, mas também pela disponibilidade orçamentária, tal qual denominada “reserva do possível”. Barcellos compartilha da mesma teoria sobre as duas dimensões da reserva do possível: fática e jurídica¹⁰⁷. Resumidamente, esclarecendo que reserva do possível fática estaria ligada à existência de recursos para a efetivação da prestação social, já o aspecto jurídico diz respeito à previsão orçamentária para a despesa.

Diferente da ideia clássica de duas espécies de reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁸ aborda a existência de uma tríplice dimensão: i) disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; ii) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que diz respeito à autorização e distribuição orçamentária; e iii) proporcionalidade e razoabilidade da prestação, no tocante à sua exigibilidade.

Evidentemente que não há como se efetivar o direito à saúde sem recursos financeiros suficientes. Entretanto, a doutrina majoritária¹⁰⁹ vem lapidando o entendimento sobre não caber a oponibilidade da cláusula da reserva do possível em matéria de direitos garantidos pelo do mínimo existencial. Vale ressaltar, para tanto, que a Constituição da República de 1988¹¹⁰ priorizou os direitos fundamentais, dentre os quais se encontra a saúde, e que estes direitos podem ser aplicados de forma imediata e direta¹¹¹. Dessa forma, defende Sarlet¹¹²:

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. SARLET, Ingo Wolfgang (org), TIMM, Luciano Benetti (org), BARCELOS, Ana Paula de, entre outros. Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

¹⁰⁹ Nesse sentido J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 481), Ana Paula de Barcellos (A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, p. 287-288) e Ingo Sarlet (Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 36).

¹¹⁰ **Constituição Federal da República de 1988** Artigo 5º, § 1º.

¹¹¹ Conforme Marillene Carneiro Matos: “A Constituição brasileira dispõe, no § 1º do art. 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, via de regra, as garantias que configuram direitos fundamentais não dependem de atuação legislativa, visto que a própria Carta Política lhes assegura a imediata aplicabilidade. Isso porque, nos termos consagrados pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é considerada como fundamento próprio da República Federativa do Brasil. Tal valor é vetor de aplicação de toda a Carta Constitucional, motivo pelo qual a efetividade dos direitos fundamentais não poderia ser deixada à mercê da vontade legiferante no que se refere à sua aplicação.”

em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada

Para Alessandra Obara Soares da Silva, a limitação a um direito fundamental só pode se dar nos seguintes moldes: “consagra-se um “limite à limitação”, ou seja, a restrição a um direito fundamental de segunda dimensão somente será admitida pelo ordenamento jurídico se e somente se não estiver ferido o mínimo existencial. ”¹¹³ Segundo o entendimento de Barcellos¹¹⁴, uma vez que o mínimo existencial se estrutura no princípio da dignidade da pessoa humana, o judiciário pode intervir para assegurá-lo.

De tal modo, percebe-se que, muito embora a reserva do possível seja um óbice real na efetivação de políticas públicas, o mínimo existencial se mostra como princípio limitador. Mesmo na hipótese de ser aferida objetivamente a impossibilidade material de implementação de uma política garantidora de um direito social fundamental como a saúde, o Estado deve garantir um mínimo aos seus administrados. Assim, a chamada “reserva do possível” não pode constituir argumento capaz de, por si só, afastar a atividade jurisdicional. Ademais, quando utilizado pela Administração Pública, o argumento da “reserva do possível” deve vir acompanhado de comprovação acerca da real impossibilidade orçamentária na execução da política pública objeto de celeuma.

4.3.2 Separação de Poderes

Ao lado da “reserva do possível”, outro argumento muito evocado por gestores públicos e pela doutrina que critica a judicialização de políticas públicas é a possível

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 324

¹¹³ SILVA, Alessandra Obara Soares. **Inexistência Ou Ineficiência Da Políticas Públicas E Controle Judicial**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. 2007 p. 7. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/730>>. Acesso em 21 de outubro de 2017.

¹¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.274.

afronta ao princípio da separação de poderes. Mormente no que tange aos direitos sociais prestacionais, como a saúde, suscitam-se questionamentos quanto ao poder dos juízes em conferir plena eficácia e aplicabilidade imediata a estas normas. Para melhor debate acerca deste argumento, cabe fazer algumas considerações acerca do princípio da separação de poderes:

O princípio da separação dos poderes, positivado no artigo 2º da Constituição Federal, prevê que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário¹¹⁵. De início, cabe fazer uma ressalva quanto a nomenclatura “separação de poderes”, que deve ser entendida como separações das funções legislar, administrar e julgar, e não como efetivamente separação dos poderes, pois o poder estatal é uno.

Do ponto de vista histórico, comumente se atribui a Montesquieu, e a sua obra “O Espírito das Leis”, a ideia de tripartição dos poderes. Muito embora pensadores anteriores a Montesquieu já tecessem ideias acerca do tema, foi a referida obra que deu os contornos específicos e determinados aos poderes do legislativo, executivo e judiciário, influenciando a maior parte das Constituições pós-Revolução Francesa e chegando à sua forma mais aceita na atualidade¹¹⁶.

O princípio da separação de poderes sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, exceto no período da Ditadura Militar, no qual ocorreram fortes intervenções do Poder Executivo no Poder Judiciário. Nesse período os Tribunais em geral não se manifestavam sobre questões que envolvessem ingerência nas funções dos demais poderes, sendo, inclusive, marcante a reverência ao poder discricionário da Administração. Com a promulgação da Carta de 1988, houve o estabelecimento da independência entre os poderes, com o propósito de que um não seja ultrapassado por outro, ou, em outras palavras, que não tenha suas funções usurpadas por outro ou pelos demais. Contudo, o princípio da separação de poderes não é defendido mais com a rigidez de outrora.

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. “ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. ”

¹¹⁶ COUCEIRO, Julio Cezar. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/? Artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 13 de outubro de 2017.

Atualmente, sob a égide do Estado de Direito, tem-se mostrado necessária uma reformulação na clássica ideia de tripartição de poderes, nessa linha frisa Andreas Krell¹¹⁷: “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde a sua atualidade”. Dessa forma, o que se busca é assegurar a plena eficácia das normas constitucionais, em especial do direito fundamental à saúde. Ainda sobre o tema, ressalta Sérgio Cruz Arenhart¹¹⁸:

Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o modus operandi da medida. Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.

Ainda sobre o tema, disserta Krell¹¹⁹:

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

Dessa forma, não cumprindo o Poder Executivo com o seu papel de garantir determinada política pública, seja por ausência de recursos orçamentários, seja por falta de políticas públicas, é evidente a possibilidade de o cidadão¹²⁰ recorrer ao Judiciário a

¹¹⁷ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 90.

¹¹⁸ ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 504-527

¹¹⁹ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 22

¹²⁰ Cabe destacar a possibilidade de ação individual e ação coletiva, no pleito do direito à saúde, entretanto, o presente trabalho se debruçou principalmente sobre o estudo de ações individuais. No

fim de efetivar um direito fundamental. Poderá também o Judiciário intervir no aprovação de lei orçamentária pelo Poder Legislativo que se mostre contrária a efetivação de direitos sociais. Caberá, portanto, ao órgão judicante o papel de corrigir eventuais falhas ocorridas no direito postulado, verificando a insuficiência ou até ausência de políticas públicas.

4.3.2 Discricionariedade administrativa

Por fim, ao lado da separação dos poderes, a discricionariedade administrativa é utilizada como argumento contrário ao controle do poder judiciário em matéria de políticas públicas. Para Maria Sylvia Di Pietro¹²¹, esta atuação do Judiciário decorre de lacunas deixadas pela inércia dos demais poderes.

Durante muitos anos admitiu-se o entendimento acerca da impossibilidade de controle judicial de atos da administração pública, sob o argumento de proteção à discricionariedade administrativa.

Segundo Di Pietro, no Estado Democrático de Direito, é preciso analisar com cuidado a ideia de discricionariedade “intocável” do administrador público, portanto, o próprio ordenamento jurídico brasileiro trabalha limitações ao poder discricionários, em leis, princípios e doutrinas. Assim compreende a autora¹²²:

O legislador ao definir determinados atos, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí porque não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela

entanto, cabe trazer crítica feita pelo ministro Barroso em relação as ações individuais: [...] favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais. (STF, 2015b)

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. Consultor Jurídico (CONJUR)**. 28 mai. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 30ª ed., Atlas, 2017, São Paulo, p. 210.

autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode apreciar diante de cada caso concreto.

Deve-se ressaltar que há casos em que a judicialização não recairá sobre atos de conveniência e oportunidade do administrador. Conforme Fabio de Souza Silva¹²³, de início, é preciso examinar a existência ou não de política pública que se adeque a prestação jurisdicional objeto do caso concreto. Verificada a existência de política pública já incorporada pelo SUS e que contemple a prestação almejada, a decisão judicial será de mera execução de política pública, não havendo de se falar em violação da discricionariedade. A existência de política pública demonstra que o direito subjetivo já fora concedido pelo gestor público, sua ineficiência perante o cidadão é plenamente passível de atuação judicial, vez que se trata de omissão administrativa. Dessa forma, verifica-se que não se trata de afronta à discricionariedade do Poder Executivo, cuida-se tão somente de determinação para cumprimento de política pública de saúde já existente.

Todavia, há casos em que o pleito judicial diz respeito a preceito Constitucional genérico, não abarcado por política pública direcionada à sua consecução. Nestes casos, a argumentação acerca da discricionariedade e impossibilidade de controle judicial mostra-se mais latente, contudo, acredita-se que o Poder Judiciário não poderá ser impedido de analisar tal questão e, se possível, acolher a demanda. Portanto, quando a atuação do gestor público não se der com o fim de atingir o interesse público, bem como garantir o preceito constitucional, caberá controle judicial.

Por fim, cabe destacar que a legitimidade do Poder Judiciário para intervenção decorre do próprio sistema constitucional brasileiro, que estabelece no art. 5º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, dessa forma, torna-se legítima a possibilidade de intervenção do judiciário em caso de provocação.

¹²³ SOUZA, Fábio. **Tutela judicial do direito à saúde**. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – 2010. P. 87

CONCLUSÃO

Conforme abordado no decorrer do presente trabalho, o direito à saúde, disposto no artigo 6º e definido no artigo 196 da Constituição, trata-se de um direito fundamental social, sob o qual o Estado tem a responsabilidade e o dever de garantir a todos os indivíduos. Contudo, passados vinte e nove anos da promulgação da Constituição Federal, diversos são os desafios ainda enfrentados pela população no acesso à saúde. Em que pese a prioridade absoluta conferida a este direito, são frequentes os casos de omissão e má gestão estatal no tocante às políticas públicas de saúde.

Conforme visto, os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera da Constituição da República de 1988, são direitos que os indivíduos possuem em face do Estado, protegido e assegurado por diversos princípios. É cediço que o Poder Público deve buscar a utilização de todos os recursos e meios necessário para promoção do direito à saúde, e, que eventuais violações a este direito se traduzem em violações à Constituição, as quais devem ser combatidas no Estado Democrático de Direito.

Na medida em que o Poder Executivo não tem cumprido satisfatoriamente sua função de promoção do direito à saúde, o Poder Judiciário passou a assumir um papel protagonista no âmbito das políticas públicas de saúde, com o objetivo de assegurar seu bom funcionamento e de concretizar os direitos assegurados na Constituição. Neste cenário, diversas foram as objeções levantadas pelos gestores públicos, bem como por alguns doutrinadores acerca desse protagonismo.

As principais teses defensivas dos entes públicos evocam o princípio da reserva do possível, a separação de poderes e a discricionariedade administrativa. Entretanto, tais argumentos não podem ser utilizados de forma absoluta, uma vez que o direito objeto da demanda judicial é protegido constitucionalmente, bem como está intimamente atrelado à dignidade da pessoa humana. Assim, apesar de diversos argumentos contrários ao controle, a atuação do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas de saúde ainda se mostra muito necessária. As razões vinculadas à reserva do possível não podem prevalecer como argumento a afastar a satisfação do

direito essencial à saúde. O Estado não pode eximir-se do dever de promover políticas públicas e prestar atendimento aos indivíduos.

Ante o exposto, chega-se à conclusão de que o controle judicial de políticas públicas se mostra legítimo e ainda necessário no que tange à concretização do direito à saúde. O Poder Judiciário não pode se eximir, tampouco ser impedido de analisar e garantir os princípios e direitos fundamentais dispostos na Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Denise Almeida Albuquerque de. **O papel do poder judiciário na concretização das políticas públicas relativas ao fornecimento de medicamentos.** 2013 Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista de Jurisprudência Mineira, a. 60, n. 188, Belo Horizonte, p. 35-50, jan./mar. 2009

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso: 26 out. 2017

BOMFÁ, Carlos Antônio Petter. **O chamamento ao processo dos entes federados em demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Constituição (1824). **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2017

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Portal da legislação: governo federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **A Construção do SUS – Histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da saúde 2006. Disponível em: < sms.sp.bvs.br/lildbi/docsonline/get.php?id=5444> Acesso em: 30 out. 2017

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa **Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa– Brasília :** Editora do Ministério da Saúde, 2007. 24 p. – (Série B. Textos Básicos de Saúde). Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caminhos_direito_saude_brasil.pdf>, acesso em 10 out. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios**. 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 207-208.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria n. 2023 de 23 de setembro de 2004. Define responsabilidade pela gestão da Atenção Básica no sistema municipal de saúde**. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt2023_23_09_2004.html >. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da saúde 2000 Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf>

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006,

CAMPOS, C. V. A. ; MALIK, A. M. ; BUENO, R. L. P. . **A implantação do SUS e o processo de descentralização na área da saúde até 2002**. Cadernos Gestão Pública e Cidadania , v. 10

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-114104. Acesso em: 04 de outubro de 2017.

_____, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada, 3. ed.**, Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ed. Coimbra Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito constitucional positivo**. 14. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo judiciário?**. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2012. Em: 04 out. 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas**. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, abr/jun.1998, p. 44. Disponível em : <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>>. Acesso: 08 outubro 2017.

COUCEIRO, Julio Cezar. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?Artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 13 de outubro de 2017.

Cruz MM. **Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde**. In: Gondim R, Grabois V, Mendes Junior WV, organizadores. Qualificação dos Gestores do SUS. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD; 2011. p.35-46. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12543&Tipo=B>> Acesso em 29 de outubro de 2017.

DAL BOSCO, Maria Goretti; VALLE, Paulo Roberto Dalla. **Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf> (artigo integrante da tese de doutorado da autora, intitulado “Políticas Públicas e improbidade: uma aproximação garantista”). Acesso em 30 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. Consultor Jurídico (CONJUR). 28 mai. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 15 out. 2016

FERNANDES, Maria Teresinha de Oliveira; SOARES, Sônia Maria. **O desenvolvimento de políticas públicas de atenção ao idoso no Brasil**. Rev. esc. enferm. USP, São Paulo, v. 46, n. 6, p. 1494-1502, Dec. 2012. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v46n6/29.pdf>>. 06 out. 2017.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **A Judicialização do Direito à Saúde no SUS: limites e possibilidades**. Piracicaba: UNIMEP, 2014. (Dissertação de Mestrado)

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 14.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. **Novos estudos jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 7, n. 14, jul. 2008, passim.

JOSKOWICZ, Graziela Mayra. Título. **A eficácia dos direitos sociais e o controle judicial das políticas públicas**. 2010 Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617571, acesso em 12 de outubro de 2017

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ªed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.296

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LUNO, Antonio Henrique Perez. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução: Jose Luiz Bolsan de Moraes, Valeria Ribas do Nascimento. Estado e Constituição. Ed. Livraria do Advogado: 2012.p.9.

MADEIRO, Ricardo. **Crise na saúde pública**. Disponível em: <<http://oabce.org.br/2013/08/artigo-crie-na-saude-publica/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MENDES, G. F.; COELHO, I.; BRANCO, G. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Departamento de Atenção Básica **Guia prático do programa de Saúde da Família**. Brasília, MS, 2001

MOURA, Elisângela Santos de. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 28 de outubro de 2017.

ORDACGY, André da Silva. **O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública**. Disponível em < <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>>. Acesso em 29 de outubro de 2017.

PINHEIRO, Roseni. Integralidade. In: **Dicionário da Educação Profissional em Saúde**. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/intsau.html>>. Acesso em 25 de outubro 2017.

PIOVESAN, Flávia. **A constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Fascículo 47/48, jan./dez, p.95-114, 1997. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em: 08 de outubro de 2017

_____. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

RIANI, Frederico Augusto d'Avila. **Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário**. Sequência (Florianópolis)

ROMERO, Luiz Carlos P. **O Sistema Único de Saúde – um capítulo a parte**. In: DANTAS, Bruno et al. (org.) Os cidadãos na Carta Cidadã. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 5, p. 67-88 Disponível em < <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte>>

SAIBO, Neli Lino. **Políticas públicas e o fenômeno da judicialização das tutelas prestacionais**. Dissertação, UNOESC, Chapecó, 2014

SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. Revista de Informação Legislativa, p. 272.

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

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 11, p. 8, 2002. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> . Acesso em: 19.out.2017

SILVA, Daniela Castro da. **Controle judicial em saúde: uma análise sobre a intervenção do poder judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde individual**. Belém, UNAMA, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Alessandra Obara Soares. **INEXISTÊNCIA OU INEFICIÊNCIA DA POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. 2007 Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/730>> . Acesso em 21 out 2017.

SOUZA, Fábio. **Tutela judicial do direito à saúde. Dissertação (mestrado)**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – 2010.

TAIAR, Rogério. **A efetividade dos direitos humanos e a cláusula da reserva do possível**. Revista de informação legislativa: v. 46, n. 182 (abr./jun. 2009), p. 47. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194914>> Acesso em: 07 de outubro de 2017

TEIXEIRA, Carmen. **Os Princípios do Sistema Único de Saúde**. Salvador: Secretaria da Saúde, 2011. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

VILLARINHO, Mariana Vieira; PADILHA, Maria Itayra; BERARDINELLI, Lina Márcia Miguéis; BORENSTEIN, Miriam Susskind; MEIRELLES, Betina Horner Schlindwein; ANDRADE, Selma Regina de. **Políticas públicas de saúde face à epidemia da AIDS e a assistência às pessoas com a doença**. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 66, n. 2, p. 271-277, Brasília. mar./abr. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672013000200018>. Acesso em: 09 de out. 2017

WACHELESKI, Marcelo Paulo. **Jurisdição e políticas públicas: a eficácia dos direitos fundamentais e a politicidade do Poder Público**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 16, fev. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63527/jurisdicao_politicas_publicas_eficacia.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017

ZANETI JR., Hermes. **A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional**. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010