

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ - CESUPA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E  
DESENVOLVIMENTO REGIONAL - PPGD

ELAINE CRISTINA LOPES BARROS

**O PODER JUDICIÁRIO COMO INDUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

BELÉM – PARÁ

2017

ELAINE CRISTINA LOPES BARROS

## **O PODER JUDICIÁRIO COMO INDUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

BELÉM – PARÁ

2017

ELAINE CRISTINA LOPES BARROS

**O PODER JUDICIÁRIO COMO INDUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro Universitário do Pará (CESUPA), para obtenção do título de mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas.

Banca Avaliadora:

Apresentado em: \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / 2017

Conceito: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ - Orientador

**Prof. Jean Carlos Dias**

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais  
Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

\_\_\_\_\_ - Examinador

**Prof. José Claudio Monteiro de Brito Filho**

Doutor em Direito das Relações Sociais  
Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

\_\_\_\_\_ - Examinador

À minha querida Mãe Arlene, por ser exemplo de mãe, esposa e amiga.

Mãe, obrigada por jamais ter medido esforços para realização dos meus sonhos, por ter sempre me guiado pelos caminhos corretos, por ter me ensinado a fazer as melhores escolhas, por ter me ensinado a honestidade e o respeito e, principalmente, por ter me ensinado que DEUS é o melhor caminho para se chegar à vitória. À ti, mãe amada, devo tudo o que tenho e tudo o que sou. Sou feliz por tê-la como mãe. Amo-te!

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me oferecido a oportunidade de viver, por sempre me dar coragem de voar mais alto, e por me sustentar quando tantas vezes pensei em desistir. A Ti, toda honra e toda Glória!

A Nossa Senhora, que me carrega todos os dias no colo; que intercede por mim, e que me ensina a ser uma mulher segundo o coração de Deus. Sou toda Tua, Maria.

Aos meus pais Arlene e Dimas; pelo esforço, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de tantas outras caminhadas que ainda estão por vir. Vocês são os amores da minha vida!

Ao meu noivo Ciro, pela paciência e dedicação, principalmente nos momentos de dificuldade; por tantas vezes me ajudar nas pesquisas, por entender minha ausência, e por acreditar em mim, até quando eu mesma já não acreditava. Obrigada! Você é o amor da minha vida!

À tia Maria Angélica, pela confiança, oportunidade, dedicação e incentivo oferecidos antes, durante e, seguramente, por toda a minha trajetória pessoal e profissional.

À amiga Larissa, pelo carinho, amor, compreensão e orações. Tua vida é preciosa para mim. Obrigada por fazer parte desse momento tão especial da minha vida.

Aos meus amigos de trabalho Roberta Drummond, Tássio Barleta, Lana Mirtes e João Batista. Obrigada pela amizade, pelo apoio incondicional, por tantas vezes sofrerem junto comigo, e torcerem para que esse momento chegasse. Amo vocês!

Ao meu mestre e orientador, Dr. Jean Carlos Dias, meu especial e sincero agradecimento, por aceitar o desafio de me orientar, por ser responsável direto nessa missão que está prestes a se cumprir. Suas correções e orientações foram a somatória fundamental para que os meus pensamentos se traduzissem nesse texto, e muito mais que isso, para que eu compreendesse que com dedicação e paciência, posso chegar muito além do que um dia imaginei. Sem sua

ajuda que, ressalte-se, ocorreu desde o início desse mestrado, certamente esse momento não seria possível.

Ao meu querido e amado professor, Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho, por acreditar em mim, por ser generoso, paciente, e por fazer parte deste trabalho de maneira tão significativa. Gratidão por todo o aprendizado e por deixar que eu fosse “agregada”.

Aos meus colegas de mestrado, pelos momentos de entusiasmo partilhados em conjunto.

Enfim, a todos que, de alguma forma contribuíram para que este trabalho fosse possível.

## RESUMO

Esta tese de mestrado propõe um estudo sobre o papel do Judiciário na criação, formação e implementação de políticas de saúde pública. Isso demonstra que o Poder Público através de políticas públicas deve garantir a saúde a todos os cidadãos, e que, pelo papel transformador do Judiciário, como parte de um Estado democrático-participativo, se o Estado, por meio de outros Poderes, recusa-se a prover este direito constitucional, a população tem a possibilidade de se socorrer pelas tutelas jurisdicionais aptas para a defesa do direito de saúde para efetivação do seu Direito, a fim de que sejam garantidos os meios necessários para sua dignidade. Nestes termos, este Poder tem sido levado a ajustar-se através de decisões que obrigam o Poder Executivo a atender a reivindicação do litigante, ou providenciando os medicamentos ou oferecendo a oportunidade de realizar exames, cirurgias e tratamentos. Sabe-se, contudo, que tal participação esbarra contra vários interesses resultantes da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa, como também dos obstáculos a sua implementação por alegações de cunho econômico e financeiro, além do não reconhecimento individual da titularidade desse direito, e estes argumentos são geralmente utilizados para prevenir ou reduzir esta participação. Está evidente neste estudo que nenhum destes argumentos é suficiente para limitar a interferência do judiciário em questões relacionadas ao direito de saúde, de modo que tal participação tona-se necessária para que este direito fundamental seja garantido de forma plena, conforme diversas decisões feitas pelo Supremo Tribunal Federal. É também evidente que, embora recentemente este Tribunal tenha reconhecido a repercussão geral de dois recursos extraordinários que tratam da oferta de medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e drogas não registradas na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), onde os votos expressos pelos Ministros Barroso e Fachin têm posto em cheque toda essa ampliação dos limites do Poder Judiciário, justamente na necessidade de proteção dos direitos fundamentais, acredita-se em um julgamento final capaz de permitir, por meio dos argumentos aqui expostos e das decisões tomadas anteriormente pelo STF, que essa ampliação não é depreciada, uma vez que a realização do indivíduo como ser humano é o primeiro objetivo do Estado, razão pela qual deve ser plena e efetivamente garantida. Considerando que a referida ampliação não deve ser ilimitada, tendo em conta os limites impostos pelas próprias normas e para evitar qualquer abuso de poder, serão demonstrados critérios capazes de orientar sentenças proferidas por magistrados.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Direito fundamental. Política Pública. Poder Judiciário. Atuação plena.

## ABSTRACT

This master's thesis proposes a study about the Judiciary's role in the creation, formation and implementation of public health policies. It demonstrates that the Public Power through public policies must guarantee the health to all citizens, and that, from the transforming role of the Judiciary, as part of a democratic-participatory State, if the State, by means of other Powers, refuses to provide this constitutional right, the population has the possibility to avail itself of the jurisdictional safeguards apt for the defense of the right to health for the realization of its Right, so that the means necessary for its dignity are guaranteed. In these terms, this Power has been led to adjust by means of decisions that oblige the Executive Power to attend to the litigant's claim, either by providing him with medicines or by offering the opportunity to perform exams, surgeries and treatments. It is known, however, that such participation runs against various interests resulting from the principle of separation of powers, from administrative discretion, as well as from obstacles to its implementation by economic and financial claims, as well as from non-recognition of individual ownership of this right, and these arguments are usually managed to prevent or reduce said participation. It is evident in the study that none of these arguments is sufficient to limit the interference of the Judiciary in matters related to the right to health, so that such participation becomes necessary for this fundamental right to be fully guaranteed, according to several decisions made by the Federal Court of Justice. It is also evident that, although recently this Court has recognized the general repercussion in two extraordinary appeals that deal with the supply of high-cost drugs not available in the Unified Health System (SUS) list and drugs not registered in the National Agency of (ANVISA), where the votes cast by Ministers Barroso and Fachin have put in check all this expansion of the limits of the Judiciary, which is exactly in the need of protection of fundamental rights, is believed in a final judgment capable of allowing, by means of the arguments set out here and the decisions made previously by the STF, that this extension is not deprecated, since the achievement of the individual as a human being is the first objective of the State, which is why it must be fully and effectively guaranteed. Considering that the aforementioned extension should not be unrestricted, given the limits imposed by the rules themselves and in order to avoid any abuse of power, criteria capable of guiding judgments handed down by magistrates will be demonstrated.

**Keywords:** Right to health. Fundamental right. Public policy. Judicial power. Broad acting.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<b>Teoria das Políticas Públicas .....</b>	<b>16</b>
<b>2.2</b>	<b>O ciclo das Políticas Públicas .....</b>	<b>19</b>
<b>2.3</b>	<b>Elementos das Políticas Públicas .....</b>	<b>25</b>
2.3.1	Orçamento público .....	26
2.3.2	Planejamento público .....	31
2.3.3	Discricionariiedade Administrativa .....	34
<b>3</b>	<b>OS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>38</b>
<b>3.1</b>	<b>As “gerações” dos Direitos Humanos .....</b>	<b>38</b>
<b>3.2</b>	<b>Direitos Fundamentais no Brasil .....</b>	<b>46</b>
<b>3.3</b>	<b>A fundamentalidade dos Direitos Sociais .....</b>	<b>50</b>
<b>3.4</b>	<b>As Políticas Públicas na Constituição Brasileira .....</b>	<b>55</b>
<b>3.5</b>	<b>Distinção entre Princípios e Regras e a efetivação das Políticas Públicas .....</b>	<b>60</b>
<b>4</b>	<b>O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....</b>	<b>63</b>
<b>4.1</b>	<b>Conceito de Saúde .....</b>	<b>64</b>
<b>4.2</b>	<b>Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988 .....</b>	<b>65</b>
<b>4.3</b>	<b>Políticas Públicas de Saúde no Brasil .....</b>	<b>69</b>
<b>4.4</b>	<b>A titularidade do direito à Saúde .....</b>	<b>73</b>
<b>5</b>	<b>O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE .....</b>	<b>78</b>
<b>5.1</b>	<b>A teoria da Separação dos Poderes .....</b>	<b>79</b>
<b>5.2</b>	<b>O Ativismo judicial .....</b>	<b>81</b>
<b>5.3</b>	<b>Direito à saúde e o Superior Tribunal Federal .....</b>	<b>86</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>105</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>112</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo da intervenção do Poder Judiciário na área das políticas públicas, em especial daquelas destinadas a concretização do Direito à saúde, impõe várias análises, que vão desde o entendimento do que consiste uma política pública, passando pela eficácia dos direitos fundamentais, culminando com a discussão a respeito do papel do Poder Judiciário para implementação e execução das políticas públicas de saúde como um direito fundamental inerente a todo o indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 consagrou como direito fundamental o direito a saúde, constituindo-se este como premissa básica para o exercício da cidadania do ser humano. Nesses termos, a saúde como direito garantido constitucionalmente, é bem fundamental das pessoas, tendo o Estado o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício, ou seja, incumbe ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário a tratamentos, exames, medicamentos, insumos e qualquer outra meio necessário capaz de prevenir doenças, manter a saúde ou reestabelecê-la.

Contudo, percebe-se que mesmo após todo o tempo decorrido da promulgação da nossa Lei Maior de 1988, a saúde tem enfrentado profundas crises, o que tem gerado evidências concretas de que, embora seja um direito essencial à dignidade da pessoa humana, não há uma total efetivação conforme os ditames Constitucionais.

Diversos argumentos perpassam pela negativa desse Direito, como a ausência de orçamento, escassez de recursos e outros, com o Estado se eximindo, ao menos em parte, da responsabilidade que lhe cabe.

Assim, não é difícil nos depararmos com a realidade de muitos cidadãos que, precisando usar desse direito, não obtêm resposta do poder público, quer pela ausência de políticas adequadas, quer pela péssima implementação delas. Em todo caso, é certo que o cidadão fica a mercê de um Estado que apenas proclama o reconhecimento formal de tal direito, quando deveria garanti-lo em sua plenitude.

É exatamente por conta de um Estado indiferente à realidade da saúde da população Brasileira, que o Poder Judiciário atua como grande propulsor e, por vezes, garantidor da

eficácia de medidas que possibilitem a concessão desse direito, desempenhando o papel constitucional preconizado em nosso Texto Constitucional.

Tem sido cada vez mais comum que o cidadão, para fazer valer o seu direito garantido constitucionalmente, busque o Poder Judiciário para ver efetivado o cumprimento de uma norma assecuratória de um direito fundamental. Este por sua vez, tem interferido no conteúdo de políticas públicas, ainda que, normalmente, de forma pontual, por meio de decisões que obrigam o Poder Executivo a atender as pretensões dos litigantes, quer determinando o fornecimento de medicamentos quer oportunizando a realização de exames, cirurgias, tratamentos, internações, e outros.

Nesse momento em que o Judiciário passa a atuar, o Poder Público continua a introduzir alegações para justificar a negativa dessa prestação, insistindo na invocação da reserva do possível, da necessidade de previsão orçamentária e, conseqüentemente, na ausência de recursos para garantir o direito pleiteado, da violação do princípio da separação dos Poderes e ainda, que o direito à saúde não pode ser entendido como um direito individual, mas, sobretudo, como interesse de toda uma sociedade, a ser garantido por meio de políticas públicas.

Assim, a questão que se impõe é: Considerando a função do Judiciário como guardião da Constituição, é possível ampliar sua atuação, de modo a considerá-lo indutor e garantidor da eficácia das políticas públicas de saúde?

Busca-se, portanto, evidenciar que o Judiciário tem ampliado seu campo de atuação, na medida em que tem se tornado, de fato, um órgão capaz de induzir a criação de políticas públicas, já que suas decisões têm refletido na criação de políticas públicas de saúde até então não existentes, além de conduzir suas decisões para que as garantias estabelecidas pela Constituição, mormente no que se refere à saúde sejam efetivadas, bem como verificar se o Supremo Tribunal Federal possui a percepção de que suas decisões influenciam nesta criação e garantias.

A pesquisa justifica-se pela necessidade de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, relacionando a ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas às omissões e ineficácia das medidas adotadas pelo Estado para concretização do Direito à saúde; aos benefícios advindos à sociedade e à necessidade de ampliação de atuação desse Poder, o qual ao adotar uma postura ativista, observando os limites das normas e o abuso de poder, daí porque a importância de observação de alguns critérios para guiar-lhe na análise de suas decisões, poderá em detrimento dos argumentos contrários a sua legitimidade e capacidade, garantir de maneira plena e eficaz esse direito tão necessário à dignidade humana.

Assim, prima-se pela ideia de que o Judiciário pode ser um instrumento útil, adequado e legítimo na proteção dos direitos fundamentais de modo que, ainda que tenha que observar o caso concreto para concessão de determinado pleito referente à saúde, utilizando-se da razoabilidade em suas decisões, pode desenvolver um papel amplo na criação e implementação das políticas públicas de saúde.

Com efeito, embora diversos argumentos sejam utilizados por doutrinadores e pelo próprio estado, estes já mencionados, para limitar a atuação do Poder Judiciário, entende-se que estes encontram óbices na própria natureza conferida ao direito à saúde, razão pela qual mostra-se necessário uma atuação que vise preservar e garantir o direito fundamental à saúde, observando a necessidade de cada indivíduo, que por suas diferenças, detêm pretensões urgentes e essenciais de maneira individual, que nem sempre são satisfeitas pelo Poder público.

Assim, para a presente dissertação, não é demais afirmar que: “O Judiciário provocado adequadamente pode ser um poderoso Instrumento de formação de políticas públicas” (FARIA, 2002, p.2016).

Há de se mencionar ainda, que diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal convergem em sua maioria, para confirmação dos argumentos aqui esposados. Todavia, serão trazidos à baila dois recursos extraordinários (REs) 566471 e 657718 que embora estejam em fase de julgamento, têm causado o comprometimento de todas as afirmações aqui adotadas, com os votos já proferidos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

As questões postas na presente dissertação são complexas e abrangem diversas discussões, de modo que a intenção é apresentar as principais questões a respeito do debate. Desse modo, objetivará empreender uma revisão bibliográfica a fim de aprofundar a questão do papel do Poder Judiciário nas políticas públicas de Saúde, alargando para tanto seus limites. Com isso, pretende trazer decisões proferidas pelo STF em relação ao mencionado direito, tendo por base a análise dos discursos empreendidos pelos Ministros, com o intuito de se compreender como está sendo concretizado o direito à saúde no Brasil.

Esta dissertação será desenvolvida em quatro capítulos. Objetiva-se no primeiro capítulo, apresentar o desenvolvimento do marco teórico para o controle das políticas públicas. Para tanto, serão estudada as políticas públicas como categoria jurídica autônoma, demonstrando por sua vez, os elementos que compõem estas políticas, seus procedimentos, bem como sua inserção na Constituição Federal Brasileira de 1988, que amparou e sustentou este instituto jurídico.

No segundo capítulo procurar-se-á analisar os fundamentos dos Direitos Fundamentais, sua trajetória histórica, as teorias que os envolvem e como esses direitos estão inseridos na Constituição Brasileira de 1988. Em seguida, far-se-á uma diferença entre normas, regras e normas e princípios, a fim de se analisar a atuação do Poder Judiciário na área dessas políticas públicas.

No terceiro capítulo será feita uma análise descritiva do Direito à saúde, de modo a verificar seus aspectos conceituais, sua relação com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, para que então possa ser estabelecido como tal direito se encontra inserido no nosso ordenamento jurídico, bem como será analisado como se dá sua efetivação através de políticas públicas, e como o cidadão tem recorrido ao Poder Judiciário para ver garantido seu direito constitucional. Também se pretende analisar a titularidade do direito à saúde, a fim de demonstrar que referido direito possui dimensão coletiva e individual.

No quarto e último capítulo será analisado o direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. O capítulo tentará demonstrar que a atuação Judicial não viola o princípio da separação dos Poderes, mas encontra nele a legitimidade para intervir nos casos em que os direitos estabelecidos na Constituição não são garantidos. Será demonstrado o ativismo no Supremo Tribunal Federal na questão da saúde, as decisões proferidas por Ministros desta Corte, bem como apresentar dois recursos extraordinários (REs) 566471 e 657718, que tiveram repercussão geral reconhecida e que tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), para trazer à baila os votos já proferidos por alguns Ministros, tendo em vista não terem sido ainda concluídos o julgamento dos dois processos, e onde há o risco de declínio de toda a concepção de ampliação dos limites aqui reconhecidos para o Poder Judiciário na concretização do Direito Fundamental à saúde. O capítulo tem por objetivo, também, verificar se as decisões do Supremo Tribunal Federal estão sendo um caminho para a efetivação do direito à saúde no Brasil, e se o Poder judiciário tem consciência de que elas implicam na indução de criação de políticas públicas na área da saúde. Além disso, apresentar alguns critérios que devem ser adotados pelos magistrados para lhes guiar na difícil tarefa de estabelecer a distribuição justa de todo o necessária a preservação, promoção e proteção do direito à saúde, a fim de contrariar os entendimentos dos ministros que convergem para impedir e limitar a atuação do poder judiciário no que se refere a garantia do direito à saúde, garantindo-lhe ampliação de atuação dentro dos limites impostos pelas normas, e sem abuso de poder.

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS**

Nas últimas décadas, as políticas públicas tomaram uma visibilidade maior dentro do contexto nacional e internacional. Diversos fatores contribuíram para isso; dentre eles, podemos citar a adoção de políticas restritivas de gastos que permearam os países, especialmente aqueles em desenvolvimento; também o fato de que após a segunda guerra mundial, os governos passaram a adotar orçamentos equilibrados; a restrição maior na intervenção do estado na economia, bem como a idéia de que a maioria dos países, inclusive o Brasileiro, não conseguiu firmar uma coalização de políticas que fosse capaz de estabelecer um desenho eficaz de políticas públicas, necessário para o desenvolvimento econômico e social de uma dada sociedade.

O fato, é que as políticas públicas devem ser amplamente discutidas, e necessariamente postas de maneira eficiente, eficaz e efetiva, na medida em que é também por meio delas que os problemas de dada sociedade são resolvidos ou mesmo atenuados, pois sua abrangência percorre desde o caráter racional dos gastos públicos, até o estabelecimento de uma mudança social e econômica de toda a sociedade.

Nesse contexto, observa-se que a atuação dos atores-grupos, que visam através de manifestações, participações em reuniões, mobilizações e outros, defender seus interesses e/ou interesses de determinados grupos é imprescindível, na medida em que possuem extrema influência na formulação, implementação e execução dessas políticas.

Dentre esses atores convém destacar os Juízes, pois devido à crescente judicialização, estes têm atuado constantemente como protagonistas das políticas públicas, garantindo, por vezes, a efetivação de um direito fundamental, nos ditames da nossa Constituição Federal.

Por tudo isso é que se torna necessária à análise substancial do desenvolvimento do marco teórico para o controle das políticas públicas, de modo a compreender seus elementos e procedimentos, tudo visando observar a atuação do Poder Judiciário na área dessas políticas públicas.

## **2.1 Teoria das Políticas Públicas**

Com a dinâmica crescente da sociedade, as atividades estatais também tiveram que acompanhar os avanços que dela advinha. Nesse contexto, a globalização das finanças e do comércio, acelerada com o término da segunda guerra mundial, passou a exigir uma maior interação entre os indivíduos, empresas, organizações nacionais e internacionais, e entre os estados, a fim de que as estruturas organizacionais se adequassem a esse novo contexto intenso e variável.

No âmbito das empresas privadas, por exemplo, o planejamento como nova técnica de administração, passou a ser implementado para garantir que as finalidades almejadas pelas organizações fossem alcançadas.

No que se refere ao âmbito estatal, não foi diferente; era preciso adotar técnicas capazes de permitir o acompanhamento da dinâmica pela qual a sociedade estava sendo submetida. Desse modo, o planejamento governamental trouxe planos de desenvolvimento eficazes, que trouxeram para muitos países um amplo crescimento econômico.

Com o decorrer do tempo, as novas mudanças no cenário mundial levaram as empresas a adotar outros tipos de planejamentos, que pela necessidade eram estabelecidos de modo mais flexíveis e controláveis; os objetivos rígidos cediam às vezes para as estratégias. Ocorre que ainda assim, havia vácuos que não conseguiam ser preenchidos, já que esses planejamentos não conseguiam ser suficientes para acompanhar a dinâmica intensa do mundo, principalmente se considerássemos as crises e os problemas que permeavam cada vez mais a sociedade, como por exemplo, as guerras, crises petrolíferas e financeiras ocorridas na década de 70.

Observa-se que, mesmo diante do esforço para se adequar ao tempo e espaço, as organizações estatais não conseguiam atender aos anseios da sociedade, de modo que a população continuava totalmente à deriva. É por isso, que na década de 80, surge a idéia da política pública, superando o planejamento e trazendo uma maior descentralização e participação políticas, que conseqüentemente trouxeram um marco para o avanço social.

Nesse sentido, Enrique Saraiva (2006, p. 26) preleciona:

No âmbito público, registrou-se, ademais, um desejo crescente de participação democrática nas decisões estatais, na sua implementação, no seu controle e nos seus benefícios. A telemática (comunicações + informática) permitiu fortalecer a transparência e o conseqüente controle social das ações do Estado.

Tudo isso levou, ao longo dos anos 80, ao fortalecimento progressivo da concepção mais ágil da atividade governamental: a ação baseada no planejamento deslocou-se para a idéia de política pública. Sem descartar os aspectos positivos do planejamento, a dinâmica estatal enriqueceu-se com

alguns conceitos derivados das transformações operadas no campo da tecnologia, da economia e da administração. A democratização do sistema político viu-se facilitada pela tecnologia: a descentralização e a participação ficaram mais fáceis do ponto de vista operacional e as mudanças sociais tornaram-nas possíveis e desejáveis.

As políticas públicas nascem, portanto, sob o véu da dinâmica intensa da sociedade, com o objetivo de lidar de uma maneira mais palpável com as incertezas e realidades vivenciadas pela população. Com efeito, desenvolver ações e atuar de maneiras diferentes em diversas áreas, passou a ser uma necessidade do Estado.

Assim, observa-se que é por meio dessas políticas públicas que averiguamos se o governo, dentro de cada contexto econômico e social está cumprindo seu principal objetivo, qual seja promover o bem estar de cada membro que compõe a sociedade.

Mas então, como podemos definir o que é política pública? Nas palavras de Saraiva (2006, p. 28-29), uma política pública:

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, idéias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. [...] Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.

Nos mesmos termos, Wellington Habacuque Sodré (2011, p.7) dispõe:

Pode-se partir do conceito de políticas públicas, como sendo um conjunto de medidas institucionais que constituem programas de ações para implementação de certas finalidades ou objetivos, embasadas num cálculo de custo e benefício da intervenção do Estado e do risco das estratégias adotadas em face do orçamento, sendo performativa da atuação grupos de interesse da sociedade, bem propicia aos interesses organizados a oportunidade de influenciarem a atuação da arena política por meio do estabelecimento da agenda e, em última análise, das próprias políticas numa lógica de circularidade. Assim, observa-se que tanto as políticas públicas constituem a arena política e atuação dos grupos de interesse, como também a arena política e a influência dos grupos de interesse nesse cenário, conjuntamente, constituem as políticas públicas.

Para Howlet e Ramesh (2003, p. 06) a definição mais apropriada de política pública vem dos dizeres de William I. Jenkins (1978), que preleciona:

Um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um autor ou grupo de autores políticos, e que dizem respeito a seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los, dentro de uma situação específica em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance desses atores.

Ademais, outra lição importantíssima acerca das políticas públicas é a trazida por Dias (2003, p. 121), que entende este instituto como “[...] Sistematizações de ações do Estado voltadas para consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado.”

Desse modo, observa-se, que embora as políticas públicas visem garantir a satisfação da sociedade, bem como do próprio interesse público, por serem seus resultados expressões de vontade de determinados grupos, que para tanto atribuem como anseio da sociedade temas específicos, surgem os problemas relacionados ao não atendimento das expectativas de outros grupos que também se mobilizam para determinar que a política pública seja implementada. Veem-se, assim, as complexidades que envolvem as políticas públicas, pois ao mesmo tempo em que sua criação centra-se no bem estar do cidadão, as dificuldades que o Estado possui em cumpri-las impedem, muitas vezes, o atendimento da ordem ideal para a qual essa política foi criada.

Em se tratando de saúde, por exemplo, porque é o que importa para a presente dissertação, verifica-se que por ser ela um direito garantido constitucionalmente, e por ser considerada como o bem maior do homem, tem o Estado o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício, ou seja, incumbe ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário aos serviços públicos de saúde, saneamento básico, e todos que implicam na preservação e promoção desse direito.

Contudo, o que se percebe é que, mesmo após todo o tempo decorrido da promulgação da nossa Lei Maior de 1988, a saúde padece de problemas profundos, fazendo com que o direito à saúde, enquanto direito fundamental, não tenha a total efetivação, conforme os ditames constitucionais, tais problemas vem desde o mau planejamento das políticas públicas, escassez de recursos, até a alocação de recursos de maneira ineficaz.

Com essa realidade, incumbe ao cidadão fazer valer o seu direito garantido constitucionalmente e o faz, nesse caso, acionando o Poder Judiciário, para ver efetivado o cumprimento de uma norma assecuratória de um direito fundamental. Este Poder por sua vez, tem se conduzido à formulação de políticas públicas por meio de decisões que obrigam o Poder Executivo a atender à pretensão do litigante, quer fornecendo-lhe medicamentos, quer oportunizando a realização de exames, cirurgias e tratamentos.

Pelo exposto, verifica-se que, embora existam variadas formas de se estudar uma política, alguns pontos entre os diversos estudiosos são convergentes; em decorrência disso, chega-se à conclusão de que o modo como essas políticas serão estabelecidas dependem de diversos fatores, dentre eles, os relacionados à realidade vivenciada por cada sociedade, pois, a eficácia de uma política pública se relaciona diretamente com a forma como a sociedade participa e se impõe perante os procedimentos necessários para a sua formação, bem como, e talvez mais importante, a atuação do Poder Judiciário como formulador e implementador das políticas públicas, sobretudo, as políticas da área da saúde.

Dentro de todo esse contexto em que as políticas públicas estão inseridas (econômico, social, seus atores, entre outros), reconhece-se o processo dinâmico que a constitui, de maneira que se torna relevante à análise dos seus ciclos, que assim foram estabelecidos, por entender que a política pública se forma através de vários estágios, que, se devidamente observados, podem garantir o cumprimento do papel para o qual foi criada.

## **2.2 O Ciclo das Políticas Públicas**

São diversas as abordagens e teorias que buscam dar significação à diversificação dos processos de formação e gestão das políticas públicas, todavia, uma abordagem denominada Ciclo de Políticas Públicas promove a separação dessas políticas em etapas. Segundo Howlett e Ramesh (1995, apud, BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 3) essas etapas compreendem a: Formação da Agenda, Formulação de Políticas, Processo de Tomada de Decisão, Implementação e Avaliação.

A percepção sobre essas etapas é importante para o estudo em comento, porque por meio desses processos distintos podem-se perceber como o Poder Público e demais atores definem os problemas públicos e suas relevâncias. Isso porque, inexistindo uma relação de conformidade entre os ciclos das políticas públicas e os direitos fundamentais sociais, certamente o Poder Judiciário poderá intervir para alterar o conteúdo das políticas públicas.

A primeira fase é conhecida como Identificação do problema e formação da Agenda e consiste em selecionar, por meio de uma análise profunda, quais são os principais problemas que permeiam a sociedade, e a partir de então buscar as possíveis soluções. Na agenda governamental, as autoridades e os atores que estão fora do governo, mas que possuem uma ligação com essas autoridades, observam quais os temas que, em dado momento, estão chamando mais atenção dentro da comunidade. Ressalte-se que, embora os direitos sociais já estejam previstos na Constituição Federal Brasileira, o que demandaria uma consideração obrigatória, alguns deles do ponto de vista econômico, podem não ser considerados um problema público, o que por certo não permitiria o atendimento satisfatório deles, de modo que precisaria de uma análise do Poder Público para identificar as prioridades.

Por isso, muito embora a agenda esteja ligada aos problemas ou temas que em dado momento se encontram no auge da atenção da sociedade, não significa que todos os problemas serão inseridos nela, tampouco que eles serão prioritários. Desse modo, torna-se necessária uma análise do que será determinante para que um problema público seja inserido ou não dentro da agenda.

Considerando que os fatores são diversos, utilizam-se neste trabalho das definições estabelecidas na coletânea de Saraiva e Ferrarezi (2007, p. 27) quando citam a obra de John Kingdo, afirmando que “a resposta está no meio pelos quais os atores tomam conhecimento das situações, quanto nas formas pelas quais essas situações foram definidas como problemas”.

Com relação aos meios, o autor sustenta a existência de indicadores ou dados que podem mostrar que existe uma situação, qual a sua magnitude e apontar mudanças ocorridas e, desse modo, chamar a atenção das autoridades. Além disso, eventos-foco, como desastres, crises e experiências pessoais podem indicar atenção a determinadas situações e também serem objetos de preocupação dos atores. Outro meio, denominado pelo autor como *feedback* de ações governamentais, permite que se leve aos atores governamentais conhecimentos de novas situações, quer por meio de avaliações, quer por meio de reclamações de natureza informal.

Um ponto amplamente importante dentro desse contexto, diz respeito aos interesses que envolvem a formação da agenda, pois dentro do cenário político há um crescente dinamismo, o que demanda mudanças contínuas de governo, com ideologias partidárias diferentes, interesses políticos diversos e que necessita de negociações, trocas de apoio, alianças partidárias. Tudo isso, implica num estabelecimento de prioridades voltadas para alguns

grupos em detrimento de outros, daí a necessidade de participação dos atores políticos relevantes.

Portanto, observa-se que para que um problema seja inserido na agenda, necessário, em síntese, que seja realizada uma avaliação do custo-benefício, do estudo do cenário local e suas necessidades, dos recursos disponíveis, da urgência do problema e por fim, da necessidade política.

A segunda fase denominada de Formulação de Políticas consiste na formulação de soluções e apresentações de alternativas para os problemas apresentados na agenda. Aqui, os objetivos devem ser definidos, as linhas de ações que serão adotadas devem ser apresentadas, bem como quais serão os programas de desenvolvimento e as metas a serem alcançadas, para, desde logo, se avaliar quais alternativas serão necessárias para minimizar os problemas em questão.

A legitimidade de uma política pública perpassa, portanto, pelas ideias construídas pelos principais atores políticos, os quais elaborarão propostas sobre as melhores soluções e alternativas a serem seguidas; isso significa dizer, que algumas propostas serão aceitas, outras serão deixadas de lado, de modo que as melhores ideias servirão de base para a escolha de uma política pública.

A terceira fase não demanda discussões. Ela como o próprio nome sugere, consiste na tomada de decisão. Verificam-se, nesta fase, os custos das políticas, os prazos necessários para sua adoção e como essa ação será adotada.

Segunda Baptista e Rezende (2015, p.237):

Para os analistas, somente após a fase de formulação estão dadas as condições para a tomada de decisão, que abarca o processo de escolha pelo governo de uma solução específica ou uma combinação de soluções, em um dado curso de ação ou não ação. Assim, na fase de tomada de decisão desenham-se as metas a serem atingidas, os recursos a serem utilizados e o horizonte temporal da intervenção.

Neste modelo de análise, as fases formulação e tomada de decisão ganham relevância, pois nelas se definem os princípios e diretrizes para o desenvolvimento de uma ação. É quando se explicitam as escolhas políticas de uma autoridade, em qualquer nível em que esta autoridade esteja localizada.

A quarta fase é a de Implementação. Um dos aspectos essenciais nesta etapa diz respeito ao fato de que é por meio dela que se planeja e organiza todo aparelho estatal e todos os recursos que o envolve para a execução de uma política pública; seja ele em seu aspecto financeiro, material, tecnológico e tantos outros aspectos necessários.

Dando continuidade ao ciclo da política, segue-se a fase de implementação, definida como o momento de colocar uma determinada solução em prática. Esta fase envolve uma série de sistemas ou atividades da administração pública: o sistema gerencial e decisório, os sistemas de informação, os agentes implementadores da política, os sistemas logísticos e operacionais (recursos materiais, financeiros), dentre outros (REZENDE, 2015, p. 238).

Na implementação, deve-se colocar em prática a solução já reconhecida para os problemas situados como prioridades na agenda. Portanto, é durante essa fase que muitas vezes nos deparamos com a impossibilidade de pôr em prática uma política pública, sendo que os fatores que levam a essa impossibilidade são diversos e podem, muitas vezes, atrapalhar o desempenho das instituições; daí a complexidade que envolve esse processo. A última fase, conhecida por avaliação, encontra-se presente em todos os ciclos, todavia, por ser ela de grande importância, estabeleceu-se uma fase específica para ela. A importância mencionada advém da necessidade de controle e supervisão da execução de uma política. Por meio da avaliação, podem-se corrigir eventuais falhas ou até mesmo pode ser determinado que o ciclo da política recomeça, para alterar qualquer determinante que implique no insucesso da política.

De maneira geral, o processo de avaliação de uma política leva em conta seus impactos e as funções cumpridas pela política. Além disso, busca determinar sua relevância, analisar a eficiência, eficácia e sustentabilidade das ações desenvolvidas, bem como servir como um meio de aprendizado para os atores públicos. [...] Quanto às funções cumpridas pela política, a avaliação deve comparar em que medida a Política Pública, nos termos em que foi formulada e implementada, cumpre os requisitos de uma boa política (SEBRAE, 2008, p. 19).

Por todo exposto, verifica-se que o ciclo de políticas, composto por essas cinco fases, envolve escolhas, decisões, ações, controle, retorno e diversos problemas, que, mesmo entendendo se tratar de um recurso metodológico, se realizado de maneira correta e eficaz os benefícios serão colhidos pela sociedade.

Todavia, o que se pode perceber diante da realidade que vivenciamos, é que todo esse processo de escolha das prioridades governamentais, diretrizes e metas que serão inseridas na agenda, bem como qual o momento que serão implementados os programas sociais eleitos para dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal, não atende a uma composição de interesses dissidentes, o que permite a ingerência do Poder Judiciário no ato administrativo.

Ora, é no momento da formulação das políticas e programas que os grandes problemas políticos surgem, pois como se verá mais adiante, os governos eleitos detêm certa margem de liberdade para definir o conteúdo e o momento em que se implementarão essas políticas públicas. Nesse contexto, a participação do Poder Judiciário nesse processo, sobretudo, na formulação e implementação das políticas públicas, e mais especialmente, nas políticas de saúde, tem sido constante e amplamente criticada.

Não se pode negar que o Poder Judiciário tem exercido um papel importante na sociedade, na medida em que sua função precípua, disposta na Constituição Federal, é assegurar que os demais poderes não comprometam os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, parece claro que a extensão da atuação jurisdicional, que pode até incidir na formulação de políticas públicas mostra-se amplamente necessária, exatamente com o fito de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, implicando, conseqüentemente, na maior participação do Judiciário nesse processo.

Sabe-se, contudo, que referida participação esbarra em diversos interesses resultantes do princípio da separação dos Poderes e da discricionariedade administrativa. O Controle na formulação de políticas públicas através do Poder Judiciário divide opiniões e estabelece algumas divergências de ordem extremamente ríspida, na medida em que não aceita qualquer intervenção do Poder judiciário.

Estudiosos trazem diversos argumentos para tornar ilegítima a atuação do Judiciário no controle da formulação dessas políticas, que vão desde a impossibilidade desconstrução do sistema representativo que já se encontra estabelecido constitucionalmente, até a falta de tecnicismo para analisar quais os problemas sociais mais relevantes a serem dispostos como prioridade nas agendas, para que então essas políticas sejam formuladas e implementadas.

Sandoval Alves da Silva (2007, p. 214) afirma que:

Esse é um papel muito mais afeto aos poderes Executivos e Legislativo, que têm representação popular e elementos valorativos para elaborar e aprovar as leis que definem as políticas públicas, do que ao Poder Judiciário, que não tem elementos fáticos e técnicos para formular, coordenar, planejar e executar uma política pública, uma vez que o processo judicial não consegue abranger todas as variáveis possíveis das políticas públicas.

Observa-se, pois, que uma das problemáticas no que se refere a atuação do Poder Judiciário finca-se exatamente no fato de que a atribuição quanto a formulação e implementação das políticas públicas caberia aos demais Poderes, que para tanto, foram eleitos democraticamente

pelo voto dos cidadãos para exercer essa função, tornando, portanto, ilegítima a ingerência do Judiciário nesses casos.

Eduardo Appio (2012) também defende essa ilegitimidade, atribuindo sua afirmação a ideia de que além de inconstitucional, a atuação do Poder Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas traria consequências políticas graves:

A substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação de políticas sociais e econômicas. Ademais, (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira “reserva especial de administração”. A discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto poder político, na medida em que teria de suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escorregadia execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial. Finalmente, (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais, através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal (APPIO, 2012, p.151-152).

Todavia, embora os argumentos colacionados no que se refere às políticas públicas sejam constantes, importante verificar que todos eles se direcionam a opções políticas, na medida em que, por delegação popular somente os membros do legislativo e executivo poderiam formular e executar políticas públicas, o que por certo demonstraria que as escolhas de prioridades estariam adstritas a eles. Porém, não é difícil percebermos que tais opções não atendem as prioridades, e conseqüentemente impedem a concretização dos direitos fundamentais.

Ora, a legitimação do Poder Judiciário é inferida pela própria Constituição Federal de 1988, e exatamente pelo fato de que sua atuação na maioria das vezes confere maior efetividade aos

direitos fundamentais. Por isso, afirma-se ser importante e necessária uma maior extensão da atuação jurisdicional, a fim de que suas decisões possam refletir em formulação de políticas públicas efetivas e eficazes.

Barroso (2008, p.06) afirma que:

Os membros do Poder Judiciário — juízes, desembargadores e ministros — não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes.

Destaca-se que embora se saiba que a elaboração das políticas públicas caberia *prima facie* ao Estado, à intervenção judicial na sua atividade planejadora é essencial, para que a administração pública racionalize adequadamente os seus gastos, realize os planejamentos públicos de maneira eficaz, bem como utilize adequadamente o exercício da discricionariedade administrativa, a fim de que sejam obedecidas às determinações constitucionais no sentido de cumprir as obrigações de um Estado Democrático e Social de Direito.

Diversas situações dão ensejo a intervenção judicial nas fases atribuídas às política pública. Nesses termos, mostra-se relevante a análise dos seus elementos, pois é por meio deles que identificamos, como a administração elege as ações necessárias para que as políticas públicas sejam implementadas, e, sobretudo, como se mostra necessário o controle jurisdicional, mais especificamente nas fases de formulação e implementação.

### 2.3 ELEMENTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

---

Conforme já analisado, para que sejam realizadas as políticas públicas deve-se passar por alguns processos, que vão desde a sua elaboração até sua implementação. Dessa vez, considerando que os comandos insertos na Constituição Federal estabelecem, conforme acima prelecionado, que a Administração Pública eleja ações para que essas políticas sejam implementadas eficazmente, visando sempre à concreção dos direitos fundamentais, necessária uma maior atenção aos três principais elementos que compõem essas ações, eis que, além de muitas vezes serem utilizados pelo Estado para justificar suas omissões, dão azo à atuação do Poder Judiciário, justificada na sua missão constitucional de garantir que os direitos fundamentais não sejam ameaçados.

---

### 2.3.1 ORÇAMENTO PÚBLICO

**SABE-SE QUE A EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEPENDE DE ATOS ADMINISTRATIVOS E FINANCEIROS POR PARTE DO ESTADO. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ATRIBUI ESSA EXECUÇÃO AO PODER EXECUTIVO, CABENDO A ELE A GERÊNCIA E APLICAÇÃO DOS RECURSOS, BEM COMO A ESCOLHA DOS MEIOS NECESSÁRIOS A SUA CONSECUÇÃO.**

**NESSE SENTIDO, PERGUNTA-SE: COMO PODE O JUDICIÁRIO INTERVIR NESSE PROCESSO, SE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ATRIBUI TAL LEGITIMIDADE AO PODER EXECUTIVO? EM ALGUNS ASPECTOS NÃO HÁ COMPLEXIDADE NA RESPOSTA PARA TAL PERGUNTA, EM OUTROS, PORÉM, A INTERVENÇÃO NESSE SENTIDO, POR IMPLICAR NO ORÇAMENTO PÚBLICO, ACABA SENDO ALVO DE INTENSAS CRÍTICAS.**

**O ORÇAMENTO PÚBLICO NÃO É UM SIMPLES DOCUMENTO. TRATA-SE DE UMA FERRAMENTA DE AÇÃO QUE O ESTADO POSSUI PARA MOSTRAR À SOCIEDADE A SUA BOA ATUAÇÃO, BEM COMO TRAÇAR METAS PARA SEREM ALCANÇADAS. NESSE SENTIDO, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVÊ VÁRIOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM TAL ORÇAMENTO NO ARTIGO 165.**

**SÃO PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS: A ESPECIALIZAÇÃO, A ANUALIDADE, A UNIDADE, A EXCLUSIVIDADE, A UNIVERSALIDADE, A LEGALIDADE E A NÃO VINCULAÇÃO. NESTE TRABALHO, NÃO NOS ATEREMOS EM EXPLICAR CADA UM DOS PRINCÍPIOS. O ORÇAMENTO ANUAL É CRIADO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS SUPRACITADOS E DEVE SER ELABORADO PARA VIGORAR POR UM ANO, SENDO QUE SEU INÍCIO E O SEU FIM ACONTECEM COM O ANO CIVIL.**

---

No que concerne às políticas públicas, o orçamento público não pode deixar de se ater à projeção das despesas no plano plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei orçamentária anual, pois é através dessa tríade orçamentária que são definidas e quantificadas as ações do governo, suas metas e prioridades a serem realizadas, bem como que se espera que o gestor público planeje de maneira adequada a alocação dos recursos, conforme estabelece a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).

Ora, se o projeto de lei ou lei orçamentária deixar de contemplar os fins que foram previamente estipulados pelas demais disposições orçamentárias, o Judiciário poderá intervir, para que haja uma adequação entre eles. Além do mais, a intervenção se mostra clara e

necessária, quando nos deparamos com a necessidade de fiscalização das normas constitucionais, nas quais contém os recursos a serem destinados a determinadas áreas. Nas políticas públicas de saúde, por exemplo, o orçamento anual deve ter uma atenção especial, por isso que no artigo 198 da Constituição Federal foram estipuladas as ações e serviços públicos que devem estar obrigatoriamente previstos no orçamento e ainda, devem constar os recursos mínimos.

Nesse raciocínio, caso o administrador público ao elaborar uma política pública de saúde estabeleça valores inferiores ao estabelecido pela Constituição, o Poder Judiciário pode intervir, para determinar que esses valores sejam modificados.

Assim, observar-se que questões relacionadas a elaboração e execução do orçamento público não demandam tantos problemas, tendo em vista ter-se entendimentos pacificados no sentido de que cabe ao Poder Judiciário seu controle. Todavia, quando se trata do controle judicial relacionado aos limites materiais referentes às despesas, observam-se diversas controvérsias. Isso é claro, quando, por exemplo, se referem ao fornecimento de medicamentos e/ou insumos pelo Poder Público, onde os órgãos públicos por dependerem de disponibilidade orçamentária para solicitar tais produtos, e por serem limitados nesse sentido, acabam por deixar de assegurar esses direitos aos cidadãos. Nesse sentido, restaria vedado ao Judiciário qualquer interferência na alocação de recursos.

Com efeito, verifica-se que embora o Poder Judiciário ao se deparar com violação aos ditames constitucionais possa intervir para que tais violações sejam cessadas, vários autores militam a favor de limites a esse controle judicial, principalmente em se tratando das possibilidades materiais do Estado.

Dentre os fatores que determinariam os limites do controle judicial, tem-se o que se convencionou denominar de "Reserva do Possível", que traz consigo, conforme se verá adiante, uma relação com a existência de recursos materiais e financeiros, que são suficientes a consecução dos direitos sociais, bem como com a razoabilidade da pretensão colocada em pauta para que se concretize tais direitos.

Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 188-189) afirma que o princípio da Reserva do Possível tem origem na Alemanha como fruto das decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, as quais foram fundamentadas sob um discurso de cunho econômico que possivelmente comprometeria a implementação dos direitos sociais, desta forma, a concreção desses direitos ficaria à disposição do surgimento de recursos suficientes ao seu atendimento. Com o passar do tempo, a reserva do possível foi estabelecida não somente no discurso de impossibilidade econômica, mas foi reescrita junto a outros

princípios como o da razoabilidade, da reserva da lei orçamentária e do princípio da separação dos Poderes.

Extraí-se do acima citado, que ao tratar sobre políticas públicas, o Poder Judiciário encontra óbices tanto no que se refere a legitimação, conforme antes anunciado, como no argumento da reserva do possível, pois suas decisões nesse sentido, tendem a repercutir no orçamento público, e nesse caso, não pode o magistrado deixar de observar os problemas relacionados a disponibilidade de recursos, as leis orçamentárias, bem como tomar suas decisões com base no princípio da razoabilidade, a fim de que não coloque em risco a coletividade, principalmente se considerarmos a possibilidade de que as imposições judiciais podem fornecer uma melhoria a uma pequena parcela de pessoas, não atingindo os desfavorecidos, que por suas condições, raras vezes possuem condições de recorrer ao Judiciário.

Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 187-188) revela que para a efetividade e eficácia dos direitos sociais prestacionais, devem-se considerar aspectos de natureza econômica para sua concreção; assim, ao considerarmos a essencialidade dos aspectos de natureza material na efetivação dos Direitos Fundamentais, em especial os direitos prestacionais sociais, evoca-se o Estado como prestador de ações que supram a necessidade coletiva. Entretanto, os Direitos Fundamentais prestados pelo Estado, bem como o mínimo existencial, devem conviver com o que se denomina “Reserva do Possível”.

O que se quer dizer com essa afirmação, é que quando da concretização de qualquer direito, especialmente os sociais, não há como viabilizar uma imposição na satisfação de tais direitos por parte do Estado, sem antes observar as limitações e restrições, mormente as de ordem material e econômica.

Mariana Filchtiner Figueiredo sustenta que (2007, p. 132-4):

A reserva do possível, no que se refere ao orçamento público, impõe restrições em dois sentidos: por um lado trata da escassez dos recursos financeiros existentes, ou seja, da limitação à efetividade dos direitos sociais a prestações materiais diante da carência ou insuficiência de verbas públicas destinadas ao atendimento dessas prestações; de outro ângulo, a reserva do possível trás a lume a discussão acerca dos limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais [...].

Jorge Miranda (1998) afirma que enquanto a maior parte dos direitos de liberdade está consignada em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas, os direitos sociais (ou sua grande maioria) estão contemplados em normas programáticas, normas que têm que ser seguidas não só de lei, mas também de modificações econômicas,

sociais, administrativas e outras, além de ser necessário um ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível. Acrescenta ainda, que:

a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e, sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros (MIRANDA, 1998, 348).

Nesse sentido, observa-se que todos os direitos, especialmente os sociais, não dependem apenas das normas constitucionais, mas, também, e quase que essencialmente de condições económico-financeira. Isso quer dizer, que embora os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal sejam necessários e desejáveis, jamais se deve esquecer-se dos recursos disponíveis, das possibilidades reais da realização de determinado direito, das condições institucionais e de como a Administração se organiza.

Todavia, observa-se que a par das discussões materiais e económicas como restrições e limites para concretização dos direitos sociais, Jorge Miranda (1998, p.349) aduz que ao estabelecer uma avaliação dos direitos a efetivar e dos recursos para efetivá-los, sequer deverá ser consideradas verdadeiras e próprias as restrições, embora se admita o princípio da proporcionalidade.

Tal afirmativa parece adequada, posto que ao serem eleitos pelo voto popular, não podem os administradores elaborar e executar políticas públicas sem o atendimento ao preconizado da legislação pátria. Sob a égide da Constituição Federal, permite-se entender que ao Estado cabe atender as prioridades nela expressa, na forma posteriormente aqui estudada, como Direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, de um dever do Estado, que embora limitado pela possível escassez de recursos deve priorizar a execução dos direitos fundamentais, tal qual os denominados direitos sociais. Nesse passo, observa-se que os direitos sociais previstos pela Carta Magna, são de uma importância extrema para assegurar a todos a “existência digna”.

Nesse contexto, cumpre mencionar o princípio da dignidade humana, que por ser ordem integrante do sistema jurídico nacional e internacional, apresenta-se como princípio fundamental, nas palavras de Ricardo Dias sustenta-se que o disposto no artigo 1º, inciso III, da Lei fundamental, não consigna apenas uma norma declaratória de conteúdo ético e moral, mas, sobretudo, de uma norma positivada dotada de eficácia, a partir do seu conteúdo

axiológico (2010, p. 66) sustentado como apresenta um especial elemento integrante da dignidade da pessoa humana, o chamado mínimo existencial, que, em sua análise, será evidenciada a total inclusão do direito à saúde nesse conteúdo mínimo, de forma a amenizar o confronto com as objeções ao fornecimento de medicamentos por intermédio do Poder Judiciário.

Ocorre que a falta de alocação de recursos orçamentários (Reserva do Possível) indispensável à compra de medicamentos requisitados judicialmente não deve prevalecer diante das prestações que envolvem a concessão do mínimo existencial. Portanto, o Poder Público tem o dever de remanejar recursos necessários para que haja o cumprimento das prestações garantidas pela Constituição.

Saliente-se que para Ingo Sarlet, citado por Ricardo Silva (2010, p. 194):

Por outras palavras, a reserva do possível não tem caráter absoluto, pelo que o Estado Juiz e o legislador devem ponderar sua aplicação quando do exercício de suas competências, não podendo em nenhuma hipótese retroceder, amesquinhar as garantias dos Direitos Fundamentais já devidamente reconhecidas.

Américo Bedê Freire Junior (2005) leciona que, dependendo das emergências do caso concreto, o magistrado, evitando conflito com ausência de previsão orçamentária, pode incluir no orçamento do ano seguinte verbas necessárias para cumprir as disposições constitucionais, como por exemplo, a construção de uma escola. Todavia, quando for necessário o cumprimento imediato da decisão, como o caso de um medicamento, ocorrerá um conflito entre os dispositivos constitucionais sobre o orçamento e aqueles relacionados ao direito à saúde, ao direito à dignidade da pessoa humana e à vida. Nessas circunstâncias, ensina o autor:

[...] haverá a prevalência da decisão [referência à decisão judicial que determinou a compra de medicamento ou realização de cirurgia], pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta.

Ademais, quando há vontade política do Executivo e Legislativo, cotidianamente, vê-se a abertura de créditos extraordinários ou suplementares, do que se conclui que a reserva do possível jurídica somente é óbice para aquela que não quer se submeter à decisão judicial (Constituição).

A reserva do possível não pode ser, então, subjetiva de quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la, utilizando retórica e argumentos construídos para uma realidade completamente diferente da brasileira (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 76)

Nesse contexto, é essencial informar que não há como ignorar a falta de recursos para garantir as necessidades da coletividade, isto é, a reserva do possível, ou mesmo a limitação dos recursos financeiros. Contudo, não se pode perder de vista que nosso orçamento público é mal planejado e que por isso, o gestor público não consegue garantir ao cidadão, por exemplo, o fornecimento de medicamentos e/ou insumos, tratamento e internação.

Desse modo, caberia ao Estado planejar corretamente os recursos necessários, a fim de se adequar às necessidades relativas à saúde, estabelecer critérios para fins de renúncias tributárias e falta de cobranças por parte da Agência Nacional de Saúde contra os planos privados de saúde, bem como estipular um maior controle fiscal nessa área, para evitar grandes desvios das verbas de saúde, conforme Castro et al (2012, p. 28-9), o que não ocorre dentro da nossa realidade Brasileira.

Assim, embora o administrador possa planejar suas receitas e gastos, bem como garantir o equilíbrio fiscal, ou seja, determinar as condições de exercício dos Direitos sociais, não pode ele deixar de concedê-los, sob pena de ingerência do Poder Judiciário, que dotado de legitimidade, exercerá ativamente um controle, conduzindo suas decisões de maneira consciente, para que, ao mesmo tempo em que não se comprometa os cofres públicos, se garanta os direitos dos indivíduos de gozar do mínimo para uma vida digna.

De qualquer sorte, o Estado deve trabalhar para que os problemas econômicos e sociais da sociedade sejam solucionados. Nesses termos, o planejamento como um elemento da política pública se torna essencial, eis que por meio dele é possível que os direitos sociais sejam concretizados.

---

### **2.3.2 PLANEJAMENTO PÚBLICO**

---

Por meio do planejamento público o governo conduz às políticas públicas e concretiza os projetos da própria sociedade. Nele definem-se os objetivos e o estabelecimento de meios necessários para atingi-los; tudo isso com custos reduzidos, maior rapidez, sem deixar de levar em consideração sua eficácia.

Nesse sentido José Celso Cardoso Jr. (2015), afirma:

Planejamento é processo cotidiano e dinâmico de condução do governo. Não se confunde com documentos, livros e planos, ainda que estes, se bem elaborados, ajudem como parte necessária ao registro documental, bem como na gestão e comunicação interna e externa ao governo etc. Mas que

fique claro: planejamento é antes de tudo a arte da boa política. Logo, planejamento é processo tecnopolítico – contínuo, coletivo e cumulativo – por meio do qual se dá concretude a projetos oriundos da própria sociedade, canalizados por grupos que disputam de forma legítima e democrática a condução das ações de governo. Por isso, tanto melhor, quanto mais republicanos e democráticos forem os critérios de organização institucional do Estado e os valores e normas de funcionamento das instituições e das próprias políticas públicas. Neste sentido, os planos–como documentos formais do planejamento – podem e devem ser elaborados para explicitar, ratificar e aperfeiçoar o processo geral de planificação, nos termos acima propostos (CARDOSO JR. 2015, p.146).

No Brasil, a atividade de planejamento encontra-se prevista no art. 174 da nossa Magna Carta, estando submetido, para tanto, ao princípio da legalidade. Por meio dele se coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, tudo com a finalidade de ser instrumento para garantir a democracia e seus princípios fundamentais.

Nesses termos, veja-se que o planejamento encontra-se comprometido com a ideologia constitucional pela busca da transformação do *status quo* econômico e social, o que significa dizer que ele estará sempre preocupado com o futuro, de modo que por meio dele, o Estado trabalha para alteração da situação econômica e social vivenciada em dado momento.

Ao longo das últimas décadas a função planejamento geral perdeu força, isso porque o ambiente a que se sobrepunha era ideologicamente contrário à presença e atuação do Estado; além do que a crise mundial e a alta inflação no país à época contribuíam para o esvaziamento dessa função.

José Celso Cardoso Junior (2015, p. 144) ao se reportar sobre essa função afirma:

Ao longo de todo esse período, a função foi sendo esvaziada de conteúdo político estratégico, robustecida de ingredientes técnico-operacionais e de controle e comando físico-financeiros em torno de ações difusas, diluídas pelos diversos níveis e instâncias de governo, cujo sentido de conjunto e movimento, se eles o têm, não é nem fácil nem rápido de identificar.

Ocorre que no ano de 2004 o Brasil retomou a capacidade de crescimento da economia, depois de mais de duas décadas estagnado. Nesses termos, o governo brasileiro passou a ser mais atuante e, em decorrência disso, preocupou-se com a questão do planejamento, razão pela qual começou a criar documentos e movimentos em prol da retomada eficaz dessa função.

O contexto de crescimento econômico a partir de então e a crise econômica internacional que se faz presente desde 2008 propiciava a reativação do estado e consequentemente a revalorização do planejamento governamental. Foi exatamente sob essa ótica que se passou a discutir a necessidade de atualizar essa função pública.

Novamente utiliza-se das palavras de José Celso (2015, p.145):

É, portanto, a emergência de nova fase de crescimento econômico em anos recentes que reacende a necessidade de reativação do Estado, em meio à crise econômica internacional em curso desde 2008, particularmente a reativação de suas instituições e instrumentos de planejamento estratégico. Nesse contexto, então, que se insere, hoje, a discussão que visa contribuir para o movimento de atualização e ressignificação do planejamento governamental no Brasil, tanto por se acreditar que isso seja necessário e meritório em si mesmo, como porque se defende, no país, a ideia de que o momento histórico nacional esteja particularmente propício a essa empreitada.

Ora, sendo o planejamento uma função precípua e indelegável do Estado, observa-se que ele se mostra cada dia mais necessário para, pelo menos em parte, solucionar os problemas econômicos e sociais da nação no sentido de desenvolvimento, retirando qualquer ideal utópico sobre ele ventilado.

Todavia, o que se percebe é uma intensa incompatibilidade entre a elaboração e a implementação de determinada política pública. A indefinição da implementação, a burocratização ou, ainda, a ausência de diálogos entre os atores que participam dela, bem como as limitações orçamentárias, sustentam as falhas advindas desse planejamento. Desse modo, a fim de que se alcance eficientemente os objetivos traçados pelas políticas públicas, necessário que sejam realizados ajustes regulatórios mais amplos no que tange à consolidação do planejamento. Nessa situação, mais uma vez edifica-se a necessidade da judicialização de políticas públicas, para determinar que o ente público elabore o planejamento para implementação ou correção da política pública, bem como para determinar que o recurso financeiro seja incluído no orçamento futuro, evitando o exercício inadequado do “poder discricionário” justificado através do juízo de “oportunidade e conveniência” da Administração, que, na prática, torna-se totalmente desvirtuado, na medida em que o agente público dele se utiliza, para cometer diversas omissões arbitrárias.

---

### **2.3.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

---

Como será mais bem explanado adiante, os Direitos Fundamentais são deveres do Estado a serem alcançados através da atividade de seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Suas funções típicas e atípicas permitem o exercício obrigatório para consecução desses direitos.

Embora, seja evidente que os Poderes Legislativo e Executivo tenham uma atuação precípua nessa finalidade, o Poder Judiciário se mostra amplamente necessário, na medida em que sua intervenção concretizadora pode garantir, caso precise, um adequado modo de garantia dos Direitos fundamentais. Daí porque não se pode deixar de mencionar que, por convergirem para uma mesma finalidade, os três poderes mencionados devem agir de maneira relacionada.

Ocorre que as funções estatais, na maioria das vezes, são vinculadas a determinados órgãos, razão pela qual qualquer intervenção de outro poder na seara que competiria especificamente a um, implicaria a incipiência da democracia. Tal constatação é bem mais explícita quando tratamos das políticas públicas, eis que em decorrência do processo democrático-eletivo de acesso aos cargos públicos, onde os representantes dos poderes Legislativo e Executivo são escolhidos pelo povo, através do voto, somente estes seriam legitimados a evidenciar quais os interesses sociais precisam ser atendidos.

A partir desse olhar restritivo, onde as alegações recaem sobre a quebra do princípio da Separação dos Poderes e da ilegitimidade democrática do Poder Judiciário para se imiscuir nessa arena, o mérito administrativo passa a tomar proporções intensas, impedindo uma atuação judicial na escolha dos objetivos sociais relevantes.

Nesse contexto, a ideia do mérito administrativo emerge da discricionariedade do agente público. Aqui, o Poder Executivo, emanado de competência tem o poder de fixar os objetivos sociais e os meios pelos quais serão atingidos referidos objetivos, sem que para isso o Poder Judiciário intervenha.

Desse modo, a discricionariedade atribuiria uma atuação exclusiva e livre de intervenção judicial, permitindo que o Poder Executivo tenha uma margem de liberdade de escolha na situação concreta. Todavia, esse tipo de atuação mostra-se incompatível com a necessidade de composição das relações entre os três poderes, mais uma vez fincado na ideia de cumprimento dos objetivos dispostos na Magna Carta.

Para melhor elucidar a questão da atuação discricionária do Poder público na formulação e execução das políticas públicas, excluindo-se o controle judicial, importante atentar-se para a competência residual conferida ao Poder Executivo, onde em decorrência da ausência de

regras específicas, tem ele a autorização para decidir, sem que isso implique em qualquer violação, já que a continuidade das atividades estatais é essencial para que não seja colocada em risco a sociedade como um todo.

O grande problema cinge-se quanto ao fato de que essa autorização pode representar uma arbitrariedade estatal, já que o Poder Executivo munido da competência residual, pode agir de maneira contrária aos objetivos traçados pela Constituição Federal, exercendo sua competência de maneira irresponsável. Nesses casos, a discricionariedade mencionada deixa de observar determinados requisitos a ele inerentes, o que, por certo, afasta a ideia de impossibilidade de controle.

Em se tratando de políticas públicas, a arbitrariedade mencionada atribui-se, à falta de transparência sobre o planejamento, a execução dessas políticas, e, sobretudo, a realização dos gastos públicos, eis que, por ter o administrador uma opção discricionária, embora esteja limitada pelo orçamento, não se encontra obrigada a utilizar o que lhe é possível nas políticas públicas necessárias aos Direitos fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Portanto, é comum o estado se utilizar de uma discricionariedade que não está vinculada aos propósitos adstritos a sua atividade, bem como aos seus princípios explícitos e implícitos na Magna Carta.

Para Freitas (2009, p. 372) nessa ordem de considerações, os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa revelam-se (i) na arbitrariedade por ação, situação em que o agente público ultrapassa os limites impostos à competência discricionária, optando por solução sem lastro em regra válida ou desviando-se da finalidade constitucional-legal; e (ii) na arbitrariedade por omissão, hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce de forma insuficiente. Nessa segunda modalidade igualmente patológica, o (não) comportamento do agente estatal traduz-se como descumprimento das diligências impositivas.

Observa-se, pois, que o juízo de conveniência e oportunidade integrante do mérito administrativo, como prerrogativa da administração poderia até não ser passível de controle judicial. Porém, em se tratando de hipóteses, conforme alhures mencionadas, em que se constata o excesso arbitrário e a omissão, têm-se a ampla necessidade de intervenção judicial. Importante mencionar que o controle judicial em casos relacionados à arbitrariedade por ação não tem sido tanto a causa de discussão, tendo em vista que a própria Constituição Federal estabelece mecanismos para lidar com situações em que a administração atua em desacordo com a lei. Na verdade, o grande problema consiste da intervenção judicial no que se refere à

omissão arbitrária da administração pública, pois nesse caso a administração deixa de cumprir àquilo que o próprio ordenamento jurídico prevê.

Ora, em se tratando de políticas públicas tal situação é comum, mormente porque, como cabe ao poder Público por meio de prestações positivas garantir sua implementação, não é difícil, conforme já analisado, a presença de argumentos de ordem financeira, para então se escusar de concretizar determinado direito.

Nas políticas públicas relacionadas à saúde, as quais trataremos de maneira mais detalhada posteriormente, tais arbitrariedades são constantes, fazendo com que os cidadãos recorram ao judiciário, a fim de que seus direitos, estabelecidos pela Constituição sejam assegurados.

É a partir dessa idéia que o Controle Judicial passa a se fazer presente e necessário, estabelecendo uma ampla relação com a separação dos poderes, na medida em que reafirma a natureza emanada por essa separação, que nada mais é do que a realização dos objetivos políticos e jurídicos do Estado de Direito. Por ocasião disso, os atos do governo quanto ao seu conteúdo e forma não podem estar imunes ao controle judicial, mormente quando, os direitos fundamentais estiverem sendo violados.

Desse modo, tendo como referência o princípio da separação dos poderes, que, por sua vez, traz em seu bojo determinados valores, parece clara sua incomunicabilidade com a própria discricionariedade administrativa, de sorte que não há como se conceber a exclusão da atuação do Poder Judiciário na limitação e controle dessa discricionariedade.

Diante dessa realidade, torna-se necessária uma atuação mais presente do Poder Judiciário no controle de políticas públicas que realizam direitos fundamentais sociais, afastando as atuações da Administração que se desviam das prioridades deixando de assegurar tais direitos aos cidadãos. Por essa razão é que o Judiciário, no controle de políticas públicas, deve ser visto como uma das funções da soberania do Estado em ação, atuando no suprimento da ausência do legislador ou da Administração (DANIEL, 2010, p. 16)

Nesse diapasão, observa-se que inexistente fundamento quanto à legitimidade do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, todavia, o que tem sido objeto de grandes críticas é como tem se dado a atuação desse Poder, pois a análise das demandas judiciais seria realizada sem quaisquer limites.

De todo o modo, o que se deve ressaltar é que, embora haja críticas a essa atuação, não se pode deixar de se ater a necessidade de controle dos atos praticados pelos agentes políticos, pois embora haja a liberdade de atuação, sobretudo, na questão de direcionar os esforços para

atender às necessidades dos indivíduos, o ordenamento jurídico que reconhece os direitos que devem ser efetivados atribui a ele certa limitação, havendo nesses casos a necessidade de atuação legítima do Poder Judiciário, para defesa desses direitos.

Brito Filho (2008, p.10) assevera:

Não há sentido, então, em atacar a atuação do Poder Judiciário, quando esta atuação é somente o cumprimento de suas funções, muito menos quando o seu agir é só consequência da negação à coletividade de suas necessidades vitais, pela inação de outro Poder do Estado.

E caso isso imponha que o Judiciário fixe regras para o exercício, ou determine a outro Poder que execute determinado ato, não há que se falar em interferência, mas, somente no uso do que é uma obrigação: prestar a tutela jurisdicional.

Portanto, vê-se que o mérito administrativo em última instância, é um modelo institucional de controle da efetivação dos direitos fundamentais, isso porque geralmente todos os instrumentos que irão definir as políticas públicas necessárias à consecução de tais direitos estão sujeitas a discricionariedade e, ainda, o núcleo da afirmação e da extensão do controle judicial, posto que é em decorrência dessa discricionariedade, por vezes arbitrária, que o judiciário passa a intervir para que os direitos possam ser assegurados.

Encerrando esse capítulo, após delimitar o objeto do presente estudo, apresentando para tanto, o desenvolvimento do marco teórico para o controle judicial das políticas públicas, passa-se ao aprofundamento da teoria dos direitos fundamentais, necessária para estabelecer o parâmetro para o controle judicial dessas políticas, principalmente aquelas relacionadas à saúde, porque objeto da presente dissertação.

### **3 OS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Neste capítulo procura-se analisar os fundamentos dos Direitos Fundamentais, as teorias que os envolvem e como esses direitos estão inseridos na Constituição Brasileira de 1988. Pretende-se evidenciar que a análise da evolução da transformação dos direitos humanos em direitos fundamentais não pode encontrar espeque em teorias que os dividam em fase, sem a devida reflexão, pois se assim o for, o equívoco dessa utilização implicará em uma negativa dos direitos fundamentais, tendo em vista que esses direitos estão até hoje em vias de implementação, o que demonstra que separá-los de maneira histórica traria uma ideia falsa de que eles já foram superados.

Além disso, serão verificadas algumas dificuldades acerca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, inseridos na Constituição Brasileira de 1988. Esses direitos encontram fundamento no texto constitucional positivo e na sua relação com os objetivos dispostos na Magna Carta, sobretudo, os relacionados á dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à saúde objeto do presente estudo. Estão relacionados a prestações positivas do Estado, e como tal acabam por ser objetos de falta de efetividade sob argumentos de natureza econômica e necessidade de concretização através do legislador. Todavia, o que se observará é que independente de qualquer argumentação que vise afastá-lo e ainda, mesmo que ainda existam diversos obstáculos a serem ultrapassados, essas questões devem ser superadas.

Por fim, analisada a inserção das políticas públicas dentro do nosso ordenamento jurídico, bem como as diferenças entre normas, regras e normas e princípios, a fim de observar a atuação do Poder Judiciário na área dessas políticas públicas.

### **3.1 As "gerações" dos Direitos Humanos**

Inicialmente, importante esclarecer que a ampliação e a transformação de direitos no contexto histórico dificultam definir um conceito único e preciso dos direitos fundamentais, na medida em que sua evolução é constante, e perpassa por vários episódios da história da humanidade. Em um dado momento, valiam como direitos fundamentais a vida, a liberdade, e a propriedade, restando limitado o âmbito de atuação pessoal. Em tempos posteriores houve a ampliação desses direitos, os quais foram preenchidos de novos ideais (SOUZA, 2008, p. 9.) Conforme Canotilho (2003), a expressão “direitos do homem” contém sentido eminentemente histórico, remontando à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Os direitos do homem pertenceriam ao homem enquanto tal e os direitos do cidadão

caberiam ao homem enquanto ser social, vivendo em sociedade e detentor de direitos políticos.

Para Ingo Sarlet (2009), as liberdades públicas visariam defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado, reclamando a não interferência estatal. O termo “direitos humanos” guardaria relação com as declarações e convenções internacionais, referindo-se ao ser humano enquanto sujeito global de direitos, ao passo que “os direitos fundamentais” seriam os direitos positivados no ordenamento jurídico interno, direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. Afirma também que:

[...] o termo ‘direitos humanos fundamentais’, embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais (com base em alguns critérios, como já frisado), revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando-se, nesse sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais [...] (SARLET, 2009, p.33).

Apesar dos debates doutrinários que envolvem as questões terminológicas, na presente dissertação será utilizada a expressão “Direitos Fundamentais”, posto que a própria Constituição Federal de 1988 utilizou diversas vezes este termo para designá-los.

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2009, p. 28) afirma que:

No que diz com o uso da expressão ‘direitos fundamentais’, cumpre lembrar que nosso Constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo.

Além deste forte argumento ligado ao direito positivo, o qual por si só já bastaria para justificar a nossa concepção terminológica, a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como ‘liberdades públicas’, ‘liberdade fundamentais’, ‘direitos individuais’ e ‘direitos públicos subjetivos’, ‘direitos naturais’, ‘direitos civis’, assim como suas variações [...].

Santiago Willis (1997, p. 36) também prelecionou no mesmo sentido:

Há quem entenda que os direitos fundamentais são os próprios direitos naturais, os direitos humanos. Porém, diante dessa diversificação

terminológica, questiona-se a possibilidade de se utilizar as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais indiferentemente. Percebe-se o uso promiscuo de tais denominações na literatura jurídica, mas é preferível utilizar a expressão direitos fundamentais, pelo seu caráter mais genérico, abrangendo não só os direitos do homem, considerado em sua individualidade, mas todos os direitos consagrados na Constituição.

Os direitos fundamentais são aqueles que o indivíduo possui mesmo sem querer, ou seja, basta que o ser humano exista para que então possa possuí-los. Diante disso, serão eles sempre defendidos, e em função disso estarão positivados no ordenamento jurídico, a fim de cumprir seu papel de garantidor de uma vida digna.

Para Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 38):

Logo, a partir da óptica do indivíduo, significa que os Direitos Fundamentais, na perspectiva do agir estatal, representam normas de competência negativa que restringem a possibilidade de atuação do Estado, tratando-se, pois, de uma obrigação do Estado de abster-se da intervenção na esfera de liberdade garantida pela Constituição.

Para Canotilho (2003, p.393), “os Direitos Fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados, espaço-temporalmente [...] os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigente numa ordem jurídica concreta”.

A doutrina também se manifesta no sentido de que os direitos fundamentais apresentam dupla acepção: formal (“direitos que o direito vigente qualifica como tais”) e material - no sentido de “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” - (BONAVIDES, 2013, p. 578). A distinção é baseada em Carl Schmitt, o qual estabeleceu dois critérios formais (previsão expressa na constituição e imutabilidade ou mudança dificultada) e um material - conexão com a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra - (BONAVIDES, 2013, p. 579).

Pelo exposto, vê-se que não se pode deixar de mencionar que os Direitos fundamentais estão amplamente relacionados com o princípio da dignidade humana, uma vez que estes servem como fundamento e justificam aqueles.

Ricardo Dias (2010), ao mencionar a tríade vida, liberdade e igualdade vislumbrada por Ingo Sarlet (1998) que por sua vez compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana, afirma:

Da tríade que compõe o núcleo da dignidade humana, proposta por Sarlet a qual o presente estudo adere - vida, liberdade e igualdade -, é possível e razoável aferir-se que tais elementos nucleares do princípio em comento proporcional a unificação do dos Direitos Fundamentais (a formar qualquer ordenamento jurídico), inclusive no aspecto da justificação e fundamentação, bem como se apresentam como legitimadores do reconhecimento dos Direitos Fundamentais não expressos, função legitimadora essa de suma importância diante de um cenário jurídico nacional com a predominância do pensamento positivista (DIAS, 2010, p. 57).

Desse modo, percebe-se que os direitos fundamentais são aqueles que se referem aos direitos do ser humano, e que por representarem uma necessidade humana, estão diretamente vinculados a ela. Utilizando-se novamente das palavras de Ricardo Dias (2010, p.60) que sustenta: "Impende ressaltar ainda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que seu conteúdo jurídico está associado aos Direitos Fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais, compondo-se seu núcleo material elementar, de acordo com a Doutrina de Luís Roberto Barroso (2005), do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Essa última definição é importante para o presente estudo, porque se considerarmos que o homem não pode possuir dignidade, sem que tenha para si garantidos direitos fundamentais à sua existência, observaremos a importância dos direitos sociais, mormente do direito a saúde, porque objeto do presente estudo, para a própria sobrevivência do homem. Assim, é certo que só consigo ser livre e desfrutar de todos os direitos inerentes ao ser humano, se para tanto, consigo ter o mínimo necessário para minha sobrevivência. Essa discussão será travada nos próximos capítulos.

Analisados os conceitos dos Direitos humanos e realizada a escolha da expressão Direitos fundamentais como a que melhor se amolda ao presente estudo, tendo em vista se aplicar para os direitos que são positivados no ordenamento jurídico interno, passo a tratar sobre a classificação dos direitos humanos no que se refere a sua evolução histórica, pois por serem estes direitos prerrogativas indispensáveis conferidas pelo próprio texto constitucional à dignidade humana, uma vez utilizada a teoria das gerações de modo inadequado, a efetividade dos direitos sociais será negada, o que não se pode admitir dentro do estudo aqui realizado.

O estudo da evolução normativa dos direitos fundamentais, por muito tempo foi tratado como imprescindível para melhor compreensão de sua importância. Todavia, esse exame histórico, firmado no fato de que em decorrência desses direitos terem se desenvolvido através do tempo, os doutrinadores didaticamente passaram a se utilizar do termo “gerações” para melhor explicar tal evolução, não merece qualquer acolhimento para o presente trabalho, posto que esta divisão possui um caráter meramente acadêmico, metodológico, nos despertando para o fato de que sua utilização sem a devida reflexão, pode nos levar a problemas de ordem satisfativa, o que significa dizer que a medida que os direitos fossem evoluindo, uma geração substituiria a outra, o que por certo conforme grande parte da doutrina e jurisprudência, não se pode admitir.

Neste sentido, faz-se necessário evidenciar que o surgimento da referida teoria ocorreu por meio de uma menção ao lema que gerou grande repercussão na Revolução Francesa em 1777: "*liberté, égalité e fraternité*", de modo que, atualmente, conforme Sarlet (2009, p.45): “[...] observamos 03 (três) etapas diferenciadas, havendo, inclusive, autores que garantem a existência de uma quarta, uma quinta, e até mesmo uma sexta geração”.

Os Direitos de Primeira Geração objetivavam resguardar o direito à liberdade para efetivação de uma oposição frente às ordens emanadas pelo Estado, garantindo-se os direitos negativos, ou seja, a prevalência da liberdade individual.

No que tange os Direitos de Segunda Geração, destaca-se, a tutelabilidade dos direitos de igualdade, onde se buscou exigir do Estado a sua presença de forma efetiva em suas prestações sociais, culturais e econômicas, implementando assim, uma conduta positiva. Em contrapartida, os Direitos de Terceira Geração, preocuparam-se em amparar a solidariedade, no qual os direitos coletivos fazem parte sob um viés de dimensões bem mais amplo. Essa teoria, conforme já mencionado, foi sendo reproduzida por diversos doutrinadores, de forma meramente metodológica, trazendo uma fragmentação dos direitos nela mencionados. Porém, quando nos reportamos aos direitos fundamentais, devemos observar que eles se acumulam e se misturam, de modo que dividi-los de acordo com a evolução histórica demonstra a falsa ideia de que esses direitos são fases, mesmo estando em via de implementação e sendo simultâneos.

Elísio Bastos (2011), em um artigo publicado na revista dos Tribunais vai tratar sobre os problemas que a utilização dessa teoria causa, especialmente, com o fato de que a doutrina passou a reproduzir essa teoria sem realizar uma melhor reflexão. Para isso afirma:

A teoria que analisa a evolução normativa dos direitos humanos, dividindo-a em gerações, possui, certamente, profundos efeitos didáticos, facilitando a compreensão, sobretudo no caráter histórico de tais direitos.

Sucedem que o manejo de tal teoria, sem a necessária reflexão, poderá servir como instrumento de uma visão conservadora e ainda ligada à época das Revoluções Liberais (BASTOS, 2011, p. 191).

O referido autor vai defender a ideia de uma análise crítica e problematizadora sobre o tema, tomando por base a utilização de cinco críticas. A primeira crítica apresenta uma ampla problemática, acerca do plano internacional, onde se destaca a relação inversa na construção das gerações, ao que se pode compreender que, no plano internacional, positivou-se primeiro os direitos que compõem a Segunda Geração, e, por conseguinte os direitos da Primeira Geração, logo, acredita-se que no plano internacional os Direitos de Segunda Geração engendraram a primeira Geração. Neste sentido, faz-se necessário exemplificar que, de acordo com Bastos (2011, p. 192) "sim, porque no plano internacional primeiro se positivaram os direitos sociais e econômicos por intermédio das diversas convenções produzidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)".

Ainda conforme Bastos (2011) ressalta-se a segunda crítica, onde se ratifica que na imposição da teoria das gerações o entendimento de superioridade ou até mesmo de hierarquização não merece ser acolhido, nem mesmo deve ser aplicado, tendo em vista que não se deve salvaguardar a noção de prevalência de uma geração sobre a outra.

Nesse mesmo sentido, Silva (2010, p. 42) resume que:

De outra banda, a particularidade da crítica soa teoria das gerações, relacionada à terminologia e etimologia da expressão "gerações", pode ser contra-arrazoada com a concepção semiológica da expressão "geração" como aquela em que não há sucumbência entre a anterior e a que imediatamente a sucede, mas um elo, um aprimoramento.

Há ainda o caráter contínuo que deve ser mencionado, onde para Bastos (2011, 193), deve-se deixar de lado a relevância das terminologias "dimensões" ou "gerações", e sim, filiar-se ao entendimento de que esses direitos se prolongam ao longo do tempo, gerando assim uma contiguidade histórica.

É com veemência que se destaca a importância do cuidado no manejo das dimensões, uma vez que essas convergem para efetivação da dignidade humana, levando-se em consideração os direitos tutelados pelas gerações.

No tocante a terceira crítica percebe-se uma análise que visa extirpar a noção de que os Direitos de Primeira Geração seriam os únicos a terem efeitos imediatos por não

precisarem de um agir estatal, ao passo que, as gerações seguintes iriam decorrer de cumprimento gradativo exatamente por necessitar de uma prestação positiva do estado. No entanto, tal vertente deve ser pensada de acordo como preleciona Bastos (2011, p. 194), que compreende, "que todos os direitos são positivos".

Dessa forma, sublinha-se a construção de uma noção, na qual os direitos negativos devem ser vislumbrados de forma ideológica, uma vez que todos os direitos para serem efetivados exigem uma intervenção estatal, como, por exemplo, os direitos denominados de individuais.

Importante mencionar ainda que para Bastos (2011, p.195):

a nomenclatura direitos negativos [...] na grande maioria dos casos serve para culpar ou justificar a carência orçamentária pela falta de efetividade dos direitos das gerações posteriores à primeira, quando em verdade, tal carência de efetividade se relaciona, de modo direto, com a incompetência administrativa ou uma opção política consciente.

Isso quer dizer que inexistem diferenças entre direitos positivos e negativos, tanto por se tratarem de direitos que exigem de alguma forma a intervenção estatal, quanto pelo fato de que todos eles geram determinado custo, o que por certo demonstra que a diferenciação serve apenas como alibi para justificar a ausência de recursos para efetivação, por exemplo, dos direitos sociais, quando na verdade, o próprio poder público, não cumpre seu papel constitucional de garantir todos os direitos fundamentais aos indivíduos.

É válido ressaltar que, na quarta crítica, edificou-se uma perspectiva sobre os direitos fundamentais nos tratos privados, nesse contexto, é relevante frisar que, apesar de os Direitos de Primeira Geração resguardarem os direitos dos indivíduos em face do Estado, isso não significa dizer que tais direitos não possam ser aplicados nas relações entre particulares.

Para Bastos (2011, p. 197):

Afinal, as relações entre particulares são as chamadas horizontais, onde ambos os lados estão e gozaram da mesma parcela de poder. Tais direitos apenas deveriam ser aplicados nas relações verticais de poder, ou seja, onde as partes não possam gozar de isonomia. As relações verticais seriam, portanto, exclusivamente localizadas no trato com o Poder Político, pelo que a força jurídica dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais, em relação aos particulares.

Assim sendo, é necessário entender que, pode-se narrar uma situação horizontal entre particulares, onde não será possível identificar uma relação isonômica entre as partes, caso em

que, um sujeito será hipossuficiente em detrimento do outro, de modo que poderá se vislumbrar a verticalidade. Nota-se a importância da aplicabilidade dos direitos fundamentais nos tratos entre particulares, com objetivo de tutelar a dignidade da pessoa humana.

A quinta crítica relaciona-se com a afastabilidade de deveres nas relações jurídicas, sob uma ótica onde os direitos humanos estariam privilegiando os Direitos de Primeira Geração.

Bastos (2011) ratifica que ausência dos deveres humanos implicaria no distanciamento da solidariedade. Dessa forma, perceber-se-ia uma ideia de "individualismo desmedido", onde os indivíduos só se preocupam com a sua própria coexistência, pois "o que importa é a minha vida e meus bens, estes são os valores éticos essenciais: preservação do próprio eu - o individualismo" (BASTOS, 2011, p.198).

Diante a esse fato, é primordial que se possa identificar a mudança, no tocante ao sentido da ética nos direitos das gerações posteriores, onde se busca aplicar a ideia de que como sujeito, este possui direitos e deveres a serem cumpridos de forma permanente.

A partir desse recorte, ratifica-se a necessidade de uma análise crítica, bem como reflexiva sobre a aplicabilidade da Teoria das Gerações, apontando-se para o fato da existência de uma natureza indivisível dos Direitos fundamentais. Neste sentido, Silva (2010, p. 48) entende que:

É essencial em relação aos Direitos Fundamentais compreendê-los em sua natureza indivisível, para que, seja na sua promoção ou proteção, seja como agente público, seja como particular, não se amesquinhe a sua efetivação com prioridade de determinados direitos em detrimento de outros, qualquer que seja sua geração ou dimensão.

Assim, torna-se claro que todos os direitos fundamentais devem ser tratados como valores indivisíveis e interdependentes, onde o Estado deve intervir não apenas para garantir as liberdades básicas, mas também, para promover a distribuição da riqueza, buscando reduzir as desigualdades, por meio de políticas públicas que concretizem os direitos sociais. Essa ideia estabelece um entendimento que visa priorizar a efetivação de todos os direitos fundamentais, não havendo entre eles, qualquer hierarquia ou distinções capazes de sobrepor um ao outro.

Destarte, torna-se relevante compreender as críticas relacionadas à teoria das gerações, pois através delas percebe-se que os direitos sociais, especificamente direito à saúde, denominado por aqueles que se utilizam da referida teoria como de segunda geração, ainda se encontram em vias de ser implementado, não havendo, qualquer possibilidade, diante da realidade Brasileira, de ser superado em decorrência do surgimento de gerações posteriores.

Assim, filiando-se a doutrina mais atual, afirma-se a impossibilidade de utilização do termo geração sem a devida reflexão, por conferir uma ideia de sucessão ou substituição de uma geração pela outra, passo a análise dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico Brasileiro, a fim de que se possa compreender sua importância e, em decorrência dela, a necessidade de ingerência do Poder Judiciário para que, cumprindo seu papel constitucional, atue como instrumento garantidor de tais direitos.

### **3.2 Direitos fundamentais no Brasil**

Ao longo da história, 08 (oito) constituições Brasileiras foram criadas, todas elas abrangendo de alguma forma os direitos fundamentais. Porém, considerando a existência de relação entre os regimes políticos e os direitos fundamentais, nos períodos de regimes ditatoriais no Brasil, esses direitos embora estivessem nas Constituições, eram negados na prática ou pelos próprios dispositivos nela elencados (GROFF, 2008, p.127-128).

Após esse período de ditadura militar estabelecido no país, onde as liberdades individuais e as garantias fundamentais foram assoladas em nome da segurança nacional, o Brasil abarcado pelo processo de redemocratização permitiu que os Direitos Fundamentais passassem a ser objeto de grandes discussões e preocupações. As inovações dentro desse processo foram estabelecidas com o advento da Constituição de 1988, quando então eles passaram a ter uma maior relevância dentro do contexto pátrio.

A Constituição brasileira de 1988 colocou no seu centro os direitos fundamentais. A própria localização topográfica do catálogo dos direitos fundamentais, no início do texto constitucional (Título II), demonstra a intenção do constituinte em lhe dar grande importância. Além disso, já no preâmbulo e depois no Título I, é possível constatar o acento forte dado aos direitos fundamentais. Podemos dizer que, além de os direitos fundamentais constituírem os princípios fundamentais da Constituição, eles se encontram presentes de uma forma direta ou indireta em todo o corpo da Constituição (GROFF, 2008, p. 125)

Diversas são as classificações doutrinárias a respeito desses direitos. No que concerne sua previsão na Constituição Federal, identificam-se esses direitos como direitos fundamentais formais, ou seja, aqueles direitos que estão expressamente na Constituição, já no que se refere aos direitos fundamentais materiais, pode-se dizer que são aqueles sem os quais o homem não consegue viver, a menos viver com dignidade, desse modo, entende-se que sob esse aspecto, há uma vinculação com princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra previsto

no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Ressalte-se que os direitos materiais podem ou não estar positivados no Texto Constitucional.

Diante do que foi mencionado, verifica-se, nas palavras de Jorge Miranda (1998, p.8) que: Tratam-se, pois, de conceitos distintos, mas que podem coincidir em vários casos, o que, aliás, parece ser o normal: normas materialmente constitucionais, ou seja, normas que por sua essência deveriam estar previstas no texto constitucional, estarem previstas na Constituição, ou seja, serem igualmente normas formalmente constitucionais.

Tais conceitos são importantes, porque por meio deles pode-se perceber que os direitos fundamentais podem ou não estar elencados no Texto Constitucional, conforme veremos.

A Constituição Federal de 1988 estatuiu em seu texto um rol de direitos e garantias fundamentais, compreendidos entre os artigos 5º ao 17º, que estão estabelecidos no seu Título II, divididos em cinco capítulos, quais sejam: Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecidos no artigo 5º; Capítulo II – Dos direitos sociais, estabelecidos do artigo 6º ao 11º; Capítulo III – Da nacionalidade, estabelecido nos artigos 12º e 13º; Capítulo IV, – Dos direitos políticos, estabelecidos nos artigos 14º a 16º; e, o Capítulo V – Dos partidos políticos, estabelecidos no artigo 17º, da mesma.

Destaca-se que da leitura desses dispositivos, podemos extrair os vários direitos expressos explicitamente na Constituição, como os direitos individuais coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, organização e partidos políticos, bem como direitos relacionados à existência. Todavia, outros direitos fundamentais podem ser encontrados implicitamente na legislação pátria, que por sua vez assevera em seu art. 5º [...] § 2º *que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Os Direitos fundamentais não são meramente declaratórios, mas trabalham na perspectiva prestacional, onde além de serem direitos que a Constituição declara como existentes a todos os indivíduos exige do poder público uma prestação material, seja qual for sua esfera. Sua eficácia e aplicabilidade podem ser vistas de maneira inicial como imediata, conforme análise do § 1º do art. 5º da CF/1988, onde se extrai que o legislador primou pela máxima efetividade desses direitos, agregando-lhes força independentemente do lugar ou situação, porém, na prática, a necessidade de análise do caso concreto para aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é invocada para relativizar esse caráter absoluto e imediato que permeia os Direitos Fundamentais.

De todo modo, sabe-se que a proteção evidenciada aos Direitos humanos é reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positivada, os quais buscam apoio direto em algumas características a eles adstritas. Ressalte-se que muito embora referidas características sejam alvos de discussões e divergências, tendo em vista um rol extenso que vem sendo estudadas, algumas delas são essenciais e amplamente reconhecidas pelas doutrinas constitucionalistas e jurisprudências pátrias, o que as tornam importante para o estudo, são elas: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, concorrência, efetividade, interdependência e complementaridade. A historicidade guarda relação com a ideia de que os direitos fundamentais nasceram aos poucos, dentro de um processo histórico lento e conturbado, ante as crises e dinâmicas intensas da sociedade que se faziam presentes. Passou pelo cristianismo, por crises e revoluções e se estendeu até os dias atuais.

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 1992, p. 5).

No que se refere à inalienabilidade, temos que esses direitos não podem ser disponíveis ou negociáveis. Sua natureza finca-se na dignidade da pessoa humana, e como tal resguardar sua vida é necessidade primordial; é por isso que os direitos fundamentais devem servir como garantia dessa condição. Importante destacar que essa característica não é estabelecida para todos os direitos fundamentais, mas, mormente aqueles ligados à dignidade da pessoa humana (SANTOS; MARQUES; DUARTE, 2011, p. 3).

A característica denominada como imprescritibilidade tem azo no seu próprio nome, que nos traz a ideia de que os direitos fundamentais não prescrevem, ou seja, podem sempre ser exigidos e exercidos. Ressalte-se que essa característica também não é absoluta, tendo em vista que alguns direitos fundamentais, como o de propriedade, podem ser atingidos pela prescrição.

Nesse sentido, Silva (2007, p. 185) afirmou:

prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se

são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Outra característica diz respeito à irrenunciabilidade, que está atrelada à ideia de que os titulares dos direitos fundamentais não podem fazer com eles o que quiserem, pois esses direitos são inerentes à dignidade da pessoa humana. Em alguns casos tem se entendido pela possibilidade de renúncia de alguns direitos, tais qual a intimidade e privacidade (SANTOS; MARQUES; DUARTE, 2011, p. 3)

As próximas características a serem mencionadas levaram em consideração os conceitos estabelecidos por Diógenes Júnior (2011), a saber:

A inviolabilidade representa a necessidade de que os direitos fundamentais não sejam violados por leis infraconstitucionais, nem por atos administrativos de agentes do Poder Público, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa.

A concorrência quer dizer que os direitos fundamentais não precisam ser exercidos isoladamente, tendo todo e qualquer ser humano o direito de cumulá-los da forma como presta a sua necessidade.

No que se refere à efetividade, o Estado enquanto garantidor das políticas públicas sociais, conforme a Constituição Federal, tem o dever de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

A interdependência nada mais é do que o mecanismo de vinculação entre os direitos fundamentais. Esses direitos dependem um dos outros para serem exercidos, de modo que as finalidades para a qual eles se propõem só são de fato cumpridas quando esse comando é atendido.

E, por fim, a complementaridade, que estabelece que os direitos fundamentais precisam ser vistos conjuntamente com as demais normas e princípios estabelecidos pelos legislador, a fim de que não haja hierarquia entre eles, e suas finalidades sejam atingidas.

Todas essas características conferidas aos Direitos Fundamentais servem para garantir sua eficácia, remetendo, para tanto, a necessidade de atuação dos três Poderes, que em consonância com o ordenamento Jurídico farão delas condições necessárias para se estabelecer a existência humana.

Analisadas as características dos direitos fundamentais, bem como o consenso de que esses direitos podem ou não se encontrar no corpo do Texto Constitucional, ou seja, não são eles taxativos; importante analisar para o presente estudo, os Direitos Sociais como direitos

fundamentais, verificando, para tanto, a natureza jurídica das normas que consagram esses Direitos.

### **3.3 A Fundamentalidade dos Direitos Sociais**

Os direitos sociais surgiram a partir do momento em que o Estado não conseguia garantir efetivamente as demandas relativas às relações de trabalho, à educação, à saúde, entre outros. Era preciso uma atuação mais ativa do Estado, para criar condições materiais mínimas de vida digna a todos os indivíduos.

Conforme Fábio Comparato (2007, p. 65) os direitos sociais “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção sociais aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

Estes novos direitos deram nova roupagem aos antigos, como por exemplo, o direito à vida tem sua extensão alargada e cada vez mais está em contato com a dignidade da pessoa humana, pois a garantia de proteção à vida digna é objeto fundamental do direito à saúde, ao trabalho, à educação, dentre outros.

No Brasil, os Direitos sociais só passaram a ser consolidados com o advento da Constituição de 1988, quando então obtiveram *status* de norma jurídica. Esses direitos estão organizados de maneira fracionada, eis que escritos em diversas partes no texto constitucional.

No Título II consta o Capítulo dos Direitos sociais. O artigo 6º prevê que “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”. Do artigo 7º ao 11º observamos os Direitos nos Trabalhadores; já no título específico que trata da ordem social (Título VIII), que dispõe de 08 (oito) capítulos, elenca os direitos sociais relativos à saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto, dentre outros.

Do acima explicitado, observa-se que muito embora alguns autores neguem a condição dos direitos sociais como direitos fundamentais, não se pode esquecer que, em nosso ordenamento jurídico, a fundamentalidade desses direitos encontram base no próprio exame do texto Constitucional.

Ingo Sarlet (2008, p. 2) ao tratar do tema prelecionou:

Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar conseqüências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.

Flávia Piovesan (2010) ao tratar sobre o assunto vai afirmar que a expressão “direitos e garantias individuais” disposta no texto constitucional deve ser interpretada no sentido de englobar todos os direitos fundamentais:

Cabe ainda mencionar que a Carta de 1988, no intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas a cláusula “direitos e garantias individuais”. Considerando a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição de retrocesso social, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, conclui-se que essa cláusula alcança os direitos sociais. Para Paulo Bonavides: “os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60”. São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que a afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício de inconstitucionalidade (PIOVESAN, 2010, p. 56).

Todavia, sabe-se que a presença por si só dos direitos sociais no texto constitucional não é capaz de dirimir a controvérsia em torno da fundamentabilidade.

Alguns autores reconhecem a fundamentalidade dos direitos sociais, sob a perspectiva material e formal, já mencionada no item anterior, onde a formal finca-se na constitucionalização desses direitos, e o material na vinculação relacionada com os princípios, especialmente o princípio da dignidade humana, pois os direitos sociais são fundamentais para que o indivíduo exista com dignidade.

Os autores que aderem a fundamentalidade dos direitos sociais argumentam a importância desses dois aspectos para compreender a referida fundamentabilidade. Para Olsen (2006, p.6):

É certo que para determinado direito seja considerado fundamental perante a Constituição de 1988 não basta a fundamentalidade formal. Afinal, o constituinte inseriu uma cláusula de abertura no parágrafo 2º do artigo 5º, da CF, admitindo como fundamentais os direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, bem como aqueles previstos em tratados internacionais. Assim, direitos não expressamente previstos na Constituição

somente poderiam ser considerados fundamentais se, materialmente, fossem dotados da mesma dignidade.

Este conceito material não tem sua utilidade estritamente voltada para a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, mas, também, assume especial relevância para se compreender a real fundamentalidade de todos os direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional, ainda que não exatamente no catálogo do Título II, dentre os quais pode-se citar o direito ao ensino fundamental (art. 208, I, § 1º, CF), o direito à saúde (art. 196, CF), e o direito à assistência social (art. 201, V, § 2º, CF).

Ingo Sarlet, (2009) analisando as inovações trazidas à ordem jurídica pela Constituição de 1988, passou a se opor àqueles que classificam os direitos sociais como normas programáticas, defendendo para tanto, que são todos eles direitos fundamentais.

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria de normas de eficácia limitada (SARLET, 2009, p. 77).

Entretanto, há autores que negam a fundamentalidade desses direitos, outros que sequer entendem pela existência deles.

Fernando Atria em seu trabalho publicado sob o título: *¿Existen derechos sociales?* (2004, p. 15-59) questiona a existência de direitos sociais, e argumenta que apenas os direitos civis e políticos, matriz do estado liberal podem ser enquadrados na categoria de direitos subjetivos, pois estes envolvem uma noção de titularidade individual, enquanto os direitos sociais são universalizados, ou seja, pertencentes a uma coletividade. Desse modo, para o autor, resta claro que as normas que regem os direitos sociais são programáticas, o que demonstra a impossibilidade desses direitos serem exigidos judicialmente, e conseqüentemente de uma atuação estatal de maneira mais livre para decidir quais as estratégias necessárias para o cumprimento desses direitos.

Carlos Bernal Pulido (2008) por sua vez, contra-argumenta as teorias desenvolvidas por Fernando Atria, e se estabelece afirmando que as disposições acerca dos direitos sociais devem ser observadas à primeira vista, porém, não se deve esquecer-se das limitações de ordem econômica, bem como da existência de outros princípios constitucionais, que para tanto poderão ensejar em restrições legislativas quanto a sua prestação, não havendo, portanto, uma exigibilidade definitiva deles. Vejamos:

Segundo esta teoria, as disposições constitucionais sobre direitos sociais concretizam-se em posições que impõem ao legislador um determinado dever de legislar – assim como em deveres de atuação que pesam sobre a administração e sobre o poder judiciário – [...]

Nesta estrutura, o indivíduo tem *prima facie* um direito, não a um mínimo, senão a todos os meios materiais necessários para o exercício de suas liberdades, dos direitos políticos e para o atendimento de suas necessidades básicas. Mas este máximo não é exigível do Estado de maneira definitiva, se existem outros princípios constitucionais ou limitações materiais que o impeçam, e se isso for demonstrável mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua versão da proibição de proteção deficiente. Neste sentido, por exemplo, no caso do direito à saúde, o indivíduo tem um direito '*prima facie*' à obtenção por parte do Estado de todos os medicamentos e procedimentos que garantam o atendimento de suas necessidades básicas de saúde, para a conservação de uma vida digna e de sua integridade física e psicológica. Sem embargo, este direito pode ser restringido e não valer com tanta amplitude de maneira definitiva, se existem outros princípios constitucionais ou limitações materiais que o justifiquem (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 169).

Diante do contexto em que primeiro se nega a fundamentalidade dos direitos sociais, em razão da impossibilidade de tê-los como categoria dos direitos subjetivos, depois que se admite sua prioridade, mas impõe a observância da existência de outros princípios constitucionais ou limitações materiais que impeçam sua realização, necessário repisar a adoção pelo caráter fundamental desses direitos, em especial ao direito à saúde, sendo dever do Estado sua prestação, não podendo este se utilizar de argumentos de cunho econômico para negá-lo, a não ser em decorrência de limitações estabelecidas pelas próprias normas, bem como dos abusos cometidos pelo Poder Judiciário, o qual possui legitimidade para estabelecer a concretude desses direitos, e que serão tratados em capítulo posterior.

Nesse sentido, importa saber que embora os direitos sociais estejam espalhados e amplamente quantificados no Texto Constitucional, sua efetivação é constantemente objeto de discussão. Nesse sentido, torna-se de suma importância entender que a forma como os direitos fundamentais são positivados, bem como as funções por eles exercidas estão intimamente ligadas à sua eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2009, p. 272).

Nosso ordenamento jurídico, conforme já mencionado, estabelece em seu art. 5º, § 1º, da Constituição Federal que os direitos fundamentais são normas de aplicação imediata, de modo que seu objetivo consiste em maximizar sua eficácia, o que por certo obrigaria a vinculação de todos os órgãos a esse comando, independentemente de ato legislativo ou administrativo. Não é de outro modo no que se refere ao Poder Judiciário, que tem o poder-dever de atuar de

maneira a assegurar eficazmente os direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2009, p. 269).

Todavia, embora se considere que o comando inserto no artigo acima citado não possa ser esquecido ou deixado de lado, tendo em vista que a Constituinte o quis assim, para diferenciar os direitos fundamentais dos outros direitos dispostos na Constituição, dando-lhes um caráter prioritário, na prática, muitos desses direitos são relegados exatamente por ausência de observância desses preceitos.

Ao se reportar àqueles direitos que estão ligados geralmente a uma abstenção dos poderes estatais e particulares na autonomia individual, tais como os de liberdade, igualdade, políticos e outros, pode-se perceber mais facilmente a aplicabilidade imediata aqui retratada, pois os direitos de defesa, como são conhecidos, muitas vezes não carecem de normas concretizadoras, além daquelas que a Constituinte já consagrou no bojo na Constituição e mesmo quando necessitam, ainda assim, deve-se considerar como de aplicabilidade imediata, conforme lições de Ingo Sarlet (2009, p. 277):

[...] podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Reitere-se, neste contexto, que inexistente qualquer razão para não fazer prevalecer o mandado contido no art. 5º, § 1º, da Constituição, já que não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente os da ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação [...].

Por outro lado, as condutas positivas a serem praticadas pelo Estado no que concerne aos direitos fundamentais, temos os chamados direitos prestacionais, que, diferentemente dos direitos de defesa, aqui resumidamente estudados, precisam muitas vezes de normas definidoras, o que implica em problemas quanto à sua eficácia e aplicabilidade. Além disso, por serem os direitos sociais considerados direitos de natureza prestacional, necessitam que o Estado, através de prestações materiais, garanta sua realização.

Desse modo, observa-se que referidas prestações esbarram em alegações de natureza econômica, sobretudo, no que diz respeito à reserva do possível; também no fato de que necessitam de concretização legislativa, de sorte que mesmo sendo esses direitos fundamentais à dignidade humana, ainda assim padecem de eficácia.

Mais uma vez utiliza-se das lições de Ingo Sarlet, quando traz as ideias de J. Miranda, para firmar esse entendimento:

Nesse sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa costuma não ter sua plena eficácia e imediata aplicabilidade questionadas, dependendo sua efetivação virtualmente de sua aplicação ao caso concreto (operação de cunho eminentemente jurídico), os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e abertas, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora (J. MIRANDA, apud SARLET, 2009, p. 289).

Todavia, há de se dizer que, independentemente das alegações que pretendem afastar a ideia de plena eficácia e imediata aplicabilidade dos Direitos fundamentais, sobretudo, os direitos sociais, deve-se buscar instrumentos capazes de estabelecê-los com irrestrita prioridade por parte do Estado, que tem um dever obrigacional de implementar políticas públicas para ver efetivado esses direitos, conforme já tratado em capítulo específico neste estudo.

### **3.4 As Políticas Públicas na Constituição Brasileira**

O Estado existe para organizar e promover a vontade do povo politicamente, tudo isso com a finalidade de realizar o bem comum. Nesse diapasão, por meio da administração pública, executará e implementará políticas públicas e planos de ações necessários à consecução desse fim.

Convém mencionar que a história da política pública dentro da seara jurídica se constitui como recente. Sua inserção ocorreu em decorrência das constantes transformações sociais ocorridas no cenário mundial, onde a reforma estatal se tratou de uma necessidade de quase todos os países, não sendo diferente no caso brasileiro, onde as dinâmicas ocorridas faziam com que a sociedade clamasse por uma atuação mais eficaz do Estado perante suas necessidades.

Em meados da década de 80, o Brasil passou por mudanças significativas. O final da ditadura militar permitiu que o país fizesse uma transição desse regime para o Estado Democrático de Direito; era o país aderindo a um novo processo de redemocratização e permitindo que todos os direitos que foram retirados do povo no processo ditatorial fossem devolvidos.

É nesse cenário que a Constituição Federal de 1988 surge, trazendo consigo as garantias dos direitos sociais, econômicos, políticos e culturais. Sua consolidação permitiu que diversos avanços acontecessem, sobretudo, no que se refere aos direitos e garantias fundamentais e aos

direitos coletivos, que agora estavam inseridos como objetivo da República Federativa do Brasil.

A transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, vêm-se realizando eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país a estabilidade institucional que tanto faltou ao longo da republica (BARROSO, 2010, p.18).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o cenário jurídico nacional aderiu à nova roupagem, ganhando cada vez mais espaço no que se refere a intervir em âmbitos até outrora impenetráveis, tendo em vista a inserção do mais novo e amplo conceito de democracia prescrito na Carta Magna brasileira de 1988 (CAMPILONGO, 2005, p.30).

A participação das várias classes sociais e dos sistemas produtivos no processo de elaboração da Magna Carta propiciaram diversas conquistas democráticas e permitiram que muitos dos anseios da sociedade fossem por ela agraciados permitindo inclusive a retomada das ações e políticas públicas que, por sua vez, impulsionaram à criação do chamado Estado Social.

Nas Palavras de Bonavides (1993, p. 336):

A constituição de 1988 é basicamente em muita de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes as relações de poderes e exercício de direitos subjetivos tem que ser examinados e resolvidos a luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado Liberal, outra a Constiuição do Estado Social. A primeira é uma constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma constituição de valores refratários ao individualismo do Direito e ao absolutismo no poder.

Portanto, com o advento da Constituição de 1988 e com o chamado Estado Social, o Estado deixa de ser um mero regulador e transforma-se em um agente ativo de transformação estrutural na economia e na sociedade. Desta forma, este passa a responsabilizar-se pela tarefa de recriar condições de vida e estruturas, com o intuito de sanar as injustiças latentes. O Estado Social foi marcado por um progressivo alargamento nas tarefas e funções estatais, priorizando o bem estar social, o qual se consubstanciava no reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos que deveriam ser viabilizados através de mediação estatal. Neste

ínterim, o Estado passa a ter como missão não apenas o reconhecimento dos direitos fundamentais, mas também a criação das condições necessárias para seu gozo e fruição.

Ao analisar-se detidamente a Constituição Federal de 1998, consta-se que o legislador constituinte preocupou-se em estabelecer de maneira clara e notória o compromisso do Estado Brasileiro com a concretização da cidadania, além de promover um rol extenso de direitos e garantias capazes de materializar esses compromissos por ele assumidos.

No Título II, Capítulo II, arts. 6º e 7º encontramos os Direitos sociais que por sua vez, estão alocados numa posição que os garantem pertencer à categoria de direitos fundamentais e valor supremo da República e que gozam de eficácia plena e aplicação imediata, conforme art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

O art. 6º estabelece um rol exemplificativo desses direitos, incluindo para tanto, o direito à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

O Título VIII – Da Ordem Social, complementa esta disposição, referenciando os órgãos e instituições que asseguram a efetividade desses direitos.

Nesse contexto, as políticas públicas surgem como instrumentos da materialização dos direitos contidos na Magna Carta, sendo elas *importantes instrumentos para concretização dos direitos fundamentais* (SMANIO, 2013, p. 12).

Veja-se, pois, que os direitos sociais dizem respeito à proteção individual a bens de natureza econômica, social e cultural, que possuem caráter indispensável à dignidade humana e se concretizam em despesas públicas diretamente a eles ligadas, de modo que, em sua maior parte, necessitam de regulamentação através de políticas públicas, o que por certo, requer o aparato financeiro dos recursos dos entes federativos para sua implementação.

Portanto, ao Estado incumbe formular - e implementar- políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos seus direitos preconizados na Constituição Federal. O Poder público, aderindo aos valores intrínsecos de um Estado Democrático de Direito, tem o dever de agir para realizar a efetivação de direitos fundamentais, devendo para tanto retirá-los do campo da abstração e levá-los ao campo da concreção, promovendo as ações e políticas públicas capazes de corresponder às necessidades sociais.

Ingo W. Sarlet (2009, p. 366) ensina:

[...] se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais,

também num sentido material e funcional, todas as funções exercidas pelos órgãos estatais também o são.

Assim, observa-se que a atividade do Estado está intimamente interligada ao desenvolvimento de Políticas Públicas, pois “são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público” (COTTA DE CARVALHO, 2008, p. 5). Para complementar essa ideia, Regina Nery Ferrari (2001, p. 167) assevera que o Estado, mesmo que intervindo minimamente, deve prestar com eficiência e efetividade, aquilo que lhe é próprio como saúde, educação, segurança, justiça.

Ressalte-se que essa função estatal não se liga apenas à ideia de prestação de serviços públicos, mas, sobretudo, na realização do interesse público de uma maneira geral e ampla, quer evidenciada na promoção de direitos sociais, econômicos ou culturais, quer em qualquer outro direito definido pelos dispositivos constitucionais. Com efeito, o poder/dever impresso na figura do administrador, que se revela nos órgãos e entidades públicas, nas entidades privadas credenciadas à atividade pública, deve estar comprometido com uma atuação precisa, eficiente e condescendente com as normas constitucionais.

A grande questão nesse contexto infere-se exatamente quanto a esta atuação eficaz do Poder público no que se refere a ações e políticas públicas destinadas a proteção dos direitos fundamentais, pois muito embora tenhamos uma ampla proteção constitucional, a legislação brasileira padece de um grande problema, qual seja a sua prática. Desse modo, observa-se a existência de um documento que muito embora traga consigo todo um ordenamento jurídico, não possui compromisso com a execução do que nele consta, o que significa dizer que sua existência reveste-se de simbolismo e retórica.

Nesse sentido, Smanio (2013, p. 12) afirma: “o arcabouço normativo que constitui as Políticas Públicas deve trazer a sua legitimação e eficiência”.

Ora, a afirmação acima se justifica pelo fato de que não basta a previsão constitucional acerca de direitos e instrumentos propiciadores de dignidade da pessoa humana, há necessidade de uma atuação eficaz dos poderes e órgãos do Estado, bem como de um trabalho eficiente do governo para que os direitos transponham a abstração normativa e tornem-se parte do mundo da vida (SMANIO, 2013, p. 3).

Nesses termos, não restam dúvidas de que é dever do Estado, por meio da Administração Pública, colocar em prática e com eficiência as políticas públicas que concretizem os direitos

fundamentais, sobretudo, para o presente estudo, os direitos à vida e à saúde, que estão em uma posição prioritária, haja vista que, sem essa garantia, as outras não teriam sentido. Porém, considerando que essa é uma realidade ainda distante do nosso país, necessário que o Poder Judiciário intervenha não somente para impedir a transgressão de seus dispositivos, mas também para garantir a produção de seus efeitos, devendo atuar para preservar a supremacia da Constituição Federal. Com isso, está legitimado pelos princípios e regras constitucionais a dirimir situações que violem os direitos tutelados pela Carta Magna sempre que necessário, a fim de conter as arbitrariedades estatais.

Portanto, uma vez que há um dever legal ou constitucional de que uma política pública seja promovida pelo Poder público, observa-se que, em caso de omissão, ou ainda, nos casos de sua existência, mas sem a capacidade de promover os direitos dos indivíduos, deve o Judiciário intervir na formação dessas políticas, para preservar esses direitos. Ressalte-se que a forma como essa intervenção vai se dar mostra-se o primado controverso nas discussões sobre o caso.

Nesse contexto, importante analisar a distinção entre regras e princípios, eis que por meio dela é possível observarmos a atuação proativa do Poder Judiciário nas áreas de políticas públicas, em uma perspectiva de organização sistemática para que eventuais conflitos ou lacunas normativas possam ser resolvidos com base nas regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico, bem como na aplicação principiológica, tudo com vistas a solucionar de maneira eficaz e condizente com os objetivos constitucionais que permeiam o Estado Democrático de Direito.

### 3.5 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

**CONFORME SALIENTADO ANTERIORMENTE, A FIM DE AMPARAR A SOCIEDADE DENTRO DOS DIVERSOS CONTEXTOS DE INTERESSES QUE A PERMEIAM E CONSEQÜENTEMENTE, ATINGIR OS OBJETIVOS TRAÇADOS PELA LEGISLAÇÃO CONSTITUINTE, O ESTADO SE UTILIZA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, PEÇA FUNDAMENTAL DISPOSTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA CONSECUÇÃO DESSES FINS.**

**NESSE CONTEXTO, ANALISAR O RECONHECIMENTO DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DE SUA DIFERENÇA QUALITATIVA EM RELAÇÃO ÀS REGRAS SE TORNA**

**FUNDAMENTAL PARA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER  
JUDICIÁRIO NA ÁREA DESSAS POLÍTICAS PÚBLICAS.**

**PARA ISSO, UTILIZA-SE DAS IDEIAS DE RONALD DWORKIN,  
FILÓSOFO DO DIREITO NORTE AMERICANO, QUE FOI RESPONSÁVEL  
POR INSERIR AS DISCUSSÕES MORAIS NO CAMPO DA  
NORMATIVIDADE E, EM DECORRÊNCIA DISSO, TORNOU-SE UM DOS  
PRINCIPAIS CRÍTICOS DO NORMATIVISMO DE HART. A TEORIA DE  
DWORKIN SE FUNDAMENTA NO EXAME DO CONTEÚDO DAS  
NORMAS, ONDE SE ESTABELECE QUE O SISTEMA JURÍDICO NÃO  
SEJA FORMADO APENAS POR REGRAS, MAS TAMBÉM POR  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, HAVENDO, TODAVIA, DIFERENÇAS  
ENTRE ELES QUE PERMITEM ANALISAR A FORMA DE APLICAÇÃO  
DE CADA UM DESSES PADRÕES.**

**ASSEVERA DIAS (2007, P. 34):**

---

Ao determinar que os princípios refletem uma exigência de comportamento consentâneo a uma dimensão da moralidade, Dworkin expressa que os valores de uma sociedade estabelecem também padrões válidos de argumentação quanto ao modo como cada uma se portará.

A referência aos valores "justiça" e equidade" é especialmente relevante, porque coloca com evidência a necessidade de que as normas jurídicas se pautem por elementos que, de outro lado, não estão embutidos em nenhum procedimento de elaboração formal.

Isso quer dizer que, no sistema tal como concebido por Dworkin, os princípios estão abertos a uma gama de avaliação a que as regras não estão. Assim, a distinção feita pelo autor entre dois padrões se manifesta notadamente quando relacionadas a critério de natureza lógica e de importância. Isso refletirá a forma de aplicação de ambos os padrões [...].

Enquanto Hart preocupa-se em afirmar que as regras determinariam os comportamentos sociais, tendo em vista que elas são concebidas através de práticas sociais já consolidadas, Dworkin vai afirmar que nem sempre essa ideia ocorre, tendo em vista que alguns deveres não estariam necessariamente ligados a essas práticas sociais. O filósofo quer, portanto, deixar claro que um comportamento social nem sempre corresponde às práticas sociais.

Essa diferenciação é importante porque se a conduta não está necessariamente ligada à ideia de prática social, como afirma Dworkin, então o positivismo de Hart, que separa a moral do direito, é afastado, exatamente em decorrência da necessidade de se observar nesse contexto, o conteúdo moral da norma.

Reportando novamente aos ensinamentos de Jean Carlos Dias (2007, p. 37), menciona-se:

A teoria da regra social, assim, na visão de Dworkin, não se presta a validar o fundamento de uma regra jurídica. Os diversos níveis de argumentos elaborados mostram que as práticas morais é que estão no cerne da construção jurídicas. Em um modelo concebido pelo autor, as regras desempenham a manifestação formal dos poderes instituídos, sendo, nesse sentido, a via pela qual o sistema de organização política exterioriza a vontade coletiva por ele identificada e interpretada.

Nesses termos, Dworkin mostrará que existem outros padrões normativos que não somente o de regras, isso porque ele está apto a ensinar que não cabe somente a um poder institucionalizado sua produção, mas admite a inserção de uma interação social, capaz de fornecer subsídios para produção normativa baseada em outros padrões. Por tudo isso, se mostra necessária a distinção das duas espécies normativas que são bases para teoria de Dworkin e que são importantes para efetivar as políticas públicas: os princípios e as regras. Segundo Dworkin (2002) a diferença entre as espécies mencionadas reside no modo de aplicação, pois enquanto as regras são aplicadas segundo o método lógico-formal da subsunção (tudo ou nada), os princípios constitucionais apresentam uma dimensão de peso ou importância e a colisão entre princípios será resolvida pelo método da ponderação. Isso que dizer que por meio das regras inexistente qualquer possibilidade de valoração, de modo que o intérprete fica vinculado aos comandos insertos e definitivos dispostos nas regras e, caso não seja ela observada, a violação à norma restará formada. Dworkin (2002, p. 39) afirma que: *“dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”*.

Por outro lado, os princípios se traduzem na máxima expressão de um fim a ser alcançado, sendo que nos termos dispostos por Dworkin (2002, p.39) *“sua aplicação ocorre de uma maneira mais complexa, pois possuem dimensões que as regras não têm, sendo necessária uma decisão particular e a construção de uma linha de interpretação”*.

Da teoria de Dworkin extrai-se que a diferença entre regras e princípios se dá especialmente no âmbito da aplicação, de maneira especificamente estrutural, sugerindo para tanto, no caso concreto, que o comportamento da norma enquanto regra é diferente de uma norma constituída como princípio.

Nesta perspectiva, a ideia dos princípios e de sua ponderação quando colidirem tem-se a possibilidade de se estabelecer limites em face da ação estatal de restrição aos direitos fundamentais, bem como permite identificar que políticas públicas deverão ser efetivadas dentro da realidade social, considerando que o Poder Judiciário passa a interferir na definição dessas políticas públicas quando das suas decisões.

Desse modo, os princípios permitem que o Poder Judiciário exerça seu papel constitucional, que é garantir o cumprimento dos direitos fundamentais. Nos casos difíceis, como, por exemplo, na necessidade de concessão de um medicamento para determinado cidadão, onde o Poder público se nega a fornecê-lo, deve o Judiciário com base em argumentos de políticas, mas, sobretudo, de princípios para encontrar uma justificativa correta para o caso, conforme aponta Simione (2010, p. 12):

Se, nos casos difíceis, a escolha de uma entre as várias soluções jurídicas possíveis pela decisão jurídica é uma escolha política, então a decisão jurídica precisa assumir o seu caráter político e utilizar tanto argumentos de política quanto argumentos de princípio, mas prevalecendo sempre os argumentos de princípio. E isso significa que a decisão jurídica, diante dos casos difíceis, precisa extrapolar o direito positivo, precisa ir além dos textos legais, para encontrar a sua justificação correta também em argumentos de política, mas principalmente em argumentos de princípio. A decisão jurídica precisa, em outras palavras, admitir seu inevitável caráter político e, como tal, procurar justificar-se também politicamente e não só no direito em vigor, já que, nos casos difíceis, esse direito não é claro.

Portanto, a importância dos princípios e de suas ponderações dentro da realidade brasileira, se expressa na possibilidade de uma atuação legítima do Poder Judiciário, que se utilizando de argumentos de princípios pode encontrar uma resposta correta para os casos difíceis, a fim de realizar a concretização dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne o direito fundamental à saúde.

## 4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à existência é um direito constitucionalmente tutelado e consiste no direito de estar vivo, conforme considerações de Silva (2007, p.198). Ressalta que, o doutrinador que não se pode interromper o processo vital senão pela morte espontânea. Nesse raciocínio, pode-se verificar a importância da proteção do Estado<sup>1</sup> no patrocínio dessa existência, que deverá amparar da melhor maneira possível, ou seja, deverá estruturar condições suficientes para que o ser humano não só exista, mas exista com dignidade, daí dizer que o direito à vida<sup>2</sup> reporta ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que apenas a existência vital não garante o usufruto dos direitos fundamentais inerentes a qualquer indivíduo.

Nesse passo, os Direitos sociais previstos pela Carta Magna, mais especificamente o Direito à saúde, por ser ele objeto do presente estudo, são de uma importância extrema para assegurar a todos a “existência digna”.

Como um direito social que demanda uma prestação positiva por parte do Estado, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode o Estado mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (MELLO, 2000, s.d.).

Brito Filho (2008, p.14) assevera que:

O texto constitucional elenca, de forma clara e expressa, quais são as prioridades do Estado em relação ao bem-estar da população, dispondo-as na forma de Direitos Fundamentais, que são, como visto, de aplicação imediata. O Estado, mesmo a prevalecer a ideia da escassez de receita, está obrigado a utilizar os recursos, de forma prioritária, no atendimento dos Direitos Fundamentais, entre eles os sociais.

A não ser assim, ou seja, em não sendo utilizados os recursos disponíveis para a concessão dos Direitos Fundamentais, estará o Estado, como de fato está, deturpando a razão de sua própria existência, pelo que volto ao que disse no início do subitem 2.1, agindo como ente divorciado da sociedade e, assim, como se fosse um fim em si mesmo.

---

<sup>1</sup> Entenda-se aqui, Estado enquanto governo e não ente Federado.

<sup>2</sup> Para José Afonso da Silva, a expressão “vida” não deve ser considerada somente em seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva, uma vez que sua há uma riqueza significativa por trás do que é “vida”, pois é algo dinâmico que se transforma e progride.( 2007. p. 197).

Por tudo isso, é certo afirmar que não se pode considerar argumentos de natureza econômica, nem sequer os relacionados à concretização legislativa, visto que esse direito tem *status* de direito fundamental em nosso ordenamento e como tal merece e exige plena eficácia. Diante disto, a omissão e/ou ineficácia do Estado na prestação dessa assistência permite, dentro dos limites constitucionais, ou seja, sem qualquer abuso, a provocação e a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação da referida assistência.

Desse modo, resta necessário analisar os aspectos conceituais do direito à saúde, sua relação com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, para que então possa ser estabelecido como tal direito se encontra inserido no nosso ordenamento jurídico, bem como analisar como se dá sua efetivação através de políticas públicas, e como o cidadão tem recorrido ao Poder Judiciário para ver garantido seu direito constitucional.

#### **4.1 Conceito de Saúde**

Ao longo do tempo, o conceito de saúde foi sendo ampliado, pois por muitos anos a saúde era restrita à ausência de doenças, de tal modo, que apenas o controle da evolução das epidemias e patologias e a busca do retorno ao estado de não doença eram alvos das atividades estatais e privadas (SILVA, 2010, p. 75).

A ampliação acima referida se deu a partir do momento em que, através do desenvolvimento social e tecnológico, passou-se a reconhecer que estar saudável era muito mais que estar livre de doenças, gerando, para tanto, apenas sua prevenção ou tratamento, mas, sobretudo, ter qualidade de vida; daí porque diversos aspectos foram sendo incorporados como causa de doenças, demandando, portanto, além de tudo, a observância dos aspectos social e psicológico do indivíduo.

É exatamente nesse contexto que a Organização Mundial da Saúde - OMS (1946) conceitua o termo “saúde” como o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença. Portanto, a saúde corresponde a um objetivo de qualidade de vida, ideia esta esculpida na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 10 de dezembro de 1948, que em seu art. 25, proclama:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à Assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice ou em outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

De acordo com Germano Schwarz (2001. p. 223), a saúde é vista como:

um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição à realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.

Do acima citado, entende-se que a saúde consiste numa constante busca de estado de bem-estar, de maneira que o próprio Estado possibilite ao indivíduo os meios imprescindíveis para sua concretização.

Deve-se lembrar ainda que, conforme as palavras de Ricardo Augusto Dias (2010, p.77), que:

a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços essenciais, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei nº 8.080/90 e que a ausência de saneamento básico, o lixo urbano, a poluição sonora e atmosférica, as doenças ocupacionais nos ambientes de trabalho e outros tantos assuntos correlatos propõem uma reflexão sobre a saúde.

Isso quer dizer que o direito à saúde demanda uma correlação com vários outros direitos, de modo que não estando eles em conjunto, a saúde terá grandes dificuldades em ser um objetivo conquistado. Além disso, não se deve esquecer que embora a saúde dependa de uma configuração econômica e social, capaz de tornar as políticas públicas a ela direcionadas eficazes, em decorrência das diretrizes Constitucionais, que envolvem esse direito, tem o Estado o dever de garanti-las, de sorte que uma vez violada essa força Constitucional, cabe ao Poder Judiciário intervir como guardião da Constituição, para que haja a promoção de tal direito.

#### **4.2 Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988**

O direito à saúde possui duas dimensões: de um lado, uma dimensão objetiva, que compele o Estado a fazer prestações positivas, como por exemplo, oferecer determinados serviços, organizar e executar programas de saúde; do outro lado, uma dimensão subjetiva, pois, como o objeto do direito à saúde é preservar a qualidade de vida, o indivíduo tem o direito de exigi-los quando não cumpridos.

A Constituição Federal de 1988, bem como a legislação infraconstitucional (Lei 8.080/1990) estabeleceram uma concepção ampliada de direito à saúde, adotando-o como direito fundamental.

A proteção constitucional do direito à saúde, corolário do direito à vida, começa no artigo 1º da Carta Magna de 1988, que considerou a dignidade da pessoa humana como lei fundamental da República Federativa do Brasil. O artigo 3º complementa esta disposição ao afirmar o dever do Estado em promover o bem de todos. Por conseguinte, o artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à vida, e, no dispositivo posterior, artigo 6º, o direito à saúde é assegurado dentre os direitos sociais. Desta forma, inferimos que a Constituição Federal de 1988 faz uma associação lógica e imediata entre o direito à vida e o direito à saúde.

Considerando a importância desse direito, o Texto Constitucional estabeleceu outras disposições que protegem a saúde, como por exemplo, o artigo 23, II, ao consignar que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública; o artigo 24, XII, quando dispõe a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a proteção e defesa da saúde; e o art. 194 da Constituição, que trata sobre a seguridade social, que por sua vez compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Mais especificamente, o artigo 196 da Constituição Federal arqueteta preceitos sobre o tema:

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.

Observa-se, pois, que por conta da tutela constitucional, os serviços de acesso à saúde devem ser prestados independentemente de pagamentos e irrestritamente, incluindo estrangeiros que não residem no país, além de pessoas de poder aquisitivo médio e alto, sem a necessidade de qualquer contribuição para que ocorra a prestação dos serviços necessários. Também independem de raça, sexo, credo ou qualquer outro tipo de discriminação existente no mundo fático ou jurídico.

Nesses termos, o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado, que em suas três esferas, pois a competência legislativa relativa à saúde é concorrente, mediante políticas públicas sociais e econômicas devem assegurar ao indivíduo todos os meios necessários para sua promoção, recuperação e proteção.

Antônio José Nunes e Fernando Scaff (2011, p. 78) afirmam que:

Este direito de todos, ao qual corresponde um dever do Estado, deve ser garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas, ou seja, um conjunto de atos normativos que se constitua em uma verdadeira *policy*, para usar a expressão norte-americana característica para esse tipo de ação. Não se trata de uma norma, mas um conjunto encadeado de atos e ações do Poder Público que visam a garantir a todos este direito e imponham aos órgãos competentes do Estado o dever de executá-las.

Sendo do Poder Público o dever de garantir o direito à saúde, nos termos da Constituição, a ele também é dada a prerrogativa, nos termos do art. 197 da Constituição Federal, de nos termos da lei, regulamentar, fiscalizar e controlar todas as ações e serviços de saúde.

Dentro desse contexto, passou-se a oferecer os serviços e ações de saúde pública mediante uma rede regionalizada e hierarquizada chamada de Sistema Único de Saúde – SUS, sistema esse que se encontra estabelecido pela Constituição Federal, em seu art. 198, organizado de acordo com suas diretrizes que estão dispostas nos incisos do referido artigo, sem prejuízo de outras atribuições constantes no art. 200 desta lei. Além disso, seu funcionamento se encontra regulamentado através da Lei 8.080/90, e a Lei Federal 8142/90, trata sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Conforme mencionado, o Sistema Único de Saúde (SUS) é regido por princípios e diretrizes, a saber: universalidade do acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade da assistência; igualdade na assistência; descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; e participação da comunidade. Importante mencionar que as ações e serviços de saúde, de acordo com o Texto Constitucional, podem ser executados pelo Poder Público, e complementarmente pelas instituições privadas, que por sua vez por meio de contratos e convênios com aquele poder a quem cabe regulamentar, contratar e fiscalizar, serão atores importantes para consecução desse direito fundamental.

Os objetivos e os campos de atuação do Sistema Único de Saúde estão regidos pelos artigos 5º e 6º da Lei 8.080/90, quais sejam: identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde; formular a política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços

para sua promoção, proteção e recuperação; e, assistir às pessoas por intermédio das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Agregados a estes objetivos, o SUS deve atuar mediante formulação de políticas públicas e execução de ações de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica e ambiental, saúde do trabalhador, assistência terapêutica integral (inclusive farmacêutica), vigilância nutricional e a orientação alimentar, saneamento, a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção, dentre outros.

Diante das diversas competências e campos de atuação atribuídos ao SUS, que por não serem objetos do estudo não foram aprofundadas, não se deve deixar de mencionar a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, exercida particularmente através dos conselhos e das conferências de saúde, nos termos da Lei Federal 8142/90. Essa participação permite que os usuários de serviços de saúde, prestadores de serviços, profissionais de saúde e governo, reúnam-se para avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para a formulação da política de saúde, bem como formular estratégias e controlar a execução da política de saúde.

Com o advento da Lei Complementar nº 141/2012 que regulamentou o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, houve uma implementação sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, estados, Distrito Federal e municípios em ações e serviços públicos de saúde. Nela estabeleceram-se os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

No entanto, ainda que se considere ter ocorrido um notável avanço no que se refere à saúde pública no Brasil, após a instituição do Sistema Único de Saúde, o atual quadro da saúde pública em nosso país, há muito ganhou desprestígio em âmbito nacional, uma vez que o SUS "encontra-se abandonado", implicando numa deficiência estrutural para atendimento da população, quer seja por falta de leitos nos hospitais públicos, pelo péssimo atendimento sem eficácia alguma, quer seja pela falta de material básico para prestar os serviços básicos, ou mesmo pela falta de profissionais.

Nesse sentido, Polignano (online, p.1) elucida que:

A crise do sistema de saúde no Brasil está presente no nosso dia a dia podendo ser constatada através de fatos amplamente conhecidos e divulgados pela mídia, como: filas frequentes de pacientes nos serviços de saúde; falta de leitos hospitalares para atender a demanda da população; escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência; atraso no repasse dos

pagamentos do Ministério da Saúde para os serviços conveniados; baixos valores pagos pelo SUS aos diversos procedimentos médicos-hospitalares; aumento de incidência e o ressurgimento de diversas doenças transmissíveis; denúncias de abusos cometidos pelos planos privados e pelos seguros de saúde.

Em decorrência de esses problemas estarem cada vez mais incorporados à triste realidade Brasileira, o Judiciário, ao longo dos anos vem tomando um espaço cada vez maior no cenário social. Sua atuação nesses casos advém da necessidade de se estabelecer uma garantia plena e eficaz dos direitos fundamentais, razão pela qual cada vez mais são procurados pela população.

No que se refere às políticas públicas de saúde, onde a ingerência desse Poder tem se tornado cada vez mais crescente, e sobre a qual tem se aberto uma maior discussão no país, importa analisar sua importância diante das demais políticas públicas de saúde, para então estabelecer sua escolha especial como objeto da presente dissertação.

#### **4.3 Políticas Públicas de Saúde no Brasil**

Conforme já analisado, o direito à saúde consiste na proteção e preservação da vida, razão pela qual se vincula intimamente com o princípio da dignidade humana. Nesses termos, todos os bens e serviços necessários para tanto, deverão ser disponibilizados pelo Estado, a quem incumbe garantir, mediante políticas públicas a concretização de tal direito.

Todavia, cada governo possui suas prioridades, e dentro dos denominados ciclos de políticas públicas, estabelecem as escolhas que entendem necessárias para atender a população. Diante disto, infere-se que determinados grupos serão alcançados pela política pública, enquanto outros, por sua vez, estarão fora delas, de sorte que muitos sempre estarão a mercê das escolhas políticas.

Embora já se tenha afirmado em capítulos anteriores que referidas escolhas não podem ser estipuladas de qualquer maneira, porque a discricionariedade inerente ao Poder Público possui limitações expostas no texto Constitucional, ainda sim temos grandes arbitrariedades por ele cometidas, mormente quando nos reportamos a diversas omissões ou insuficiência de políticas públicas de saúde capazes de atender o mínimo para uma vida digna e justa.

Deve-se observar que as políticas Públicas se diferenciam das demais, notadamente por conta de seu caráter de extrema relevância para a população, tendo em vista que este é o tema em que o nosso país mais carece, e por isso o que tem o maior plano orçamentário, a fim de solucionar o caótico sistema de saúde público brasileiro. A importância na escolha dessa

política também se parafaz, em decorrência de alguns outros problemas de máxima relevância, tais como: o financiamento público, a efetividade dos recursos públicos alocados para a saúde; os gastos familiares com saúde privada; e, as iniquidades na utilização do SUS entre ricos e pobres, o que, por óbvio, mais uma vez diferencia-se essa política pública das demais. O financiamento público, juntamente com a efetividade de seus recursos direcionados à saúde tem deixado muito a desejar nos últimos anos em nosso país, notadamente porque, tendo em vista o caráter primordial do acesso à saúde imediato e eficaz, o qual é garantido constitucionalmente a todos como direito fundamental, proporcionando igualdade aos seus cidadãos, este não tem sido observado, no momento em que os governos municipais, estaduais, e federais, aplicaram somente o equivalente a R\$ 3,89 (três reais, e oitenta e nove centavos) por pessoa a cada dia na saúde dos brasileiros no ano de 2014, de acordo com o levantamento feito pelo Conselho Federal de Medicina – CFM.

Outro dado de suma importância que deve ser considerado, e que também foi objeto desse levantamento realizado pelo conselho, é a queda de mais de R\$ 10 bilhões nos investimentos da saúde por parte dos entes municipais. Essa situação fica ainda pior, segundo o conselho, ao passo que a Organização Mundial de Saúde – OMS juntamente com o auxílio da *Global Health Observatory Data Repository*, constatou em uma pesquisa do mesmo ano que o Brasil tem um dos piores desempenhos nos investimentos da saúde pública a nível mundial, pois o percentual de despesa pública no que tange a saúde foi de apenas 48,2%, enquanto que países como a Argentina é de 67,7%.

Conforme levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2015, s.d.), os gastos com a saúde no Brasil alcançaram somente 8% do Produto Interno Bruto – PIB, em 2013, o que demonstra o descaso com esse direito. Segundo o referido levantamento, no cenário familiar, mais especificamente, a despesa *per capita* com saúde foi de R\$ 1.162,14 (hum mil, cento e sessenta e dois reais, e quatorze centavos), sendo que o principal responsável por esse gasto é o plano de saúde privado feito por essas entidades familiares, o qual chega ao patamar de 2,7% do PIB em 2013, o que não se pode concordar, pois este é um serviço essencial que deveria ser proporcionado pelo Estado a todos os cidadãos de maneira imediata e eficaz.

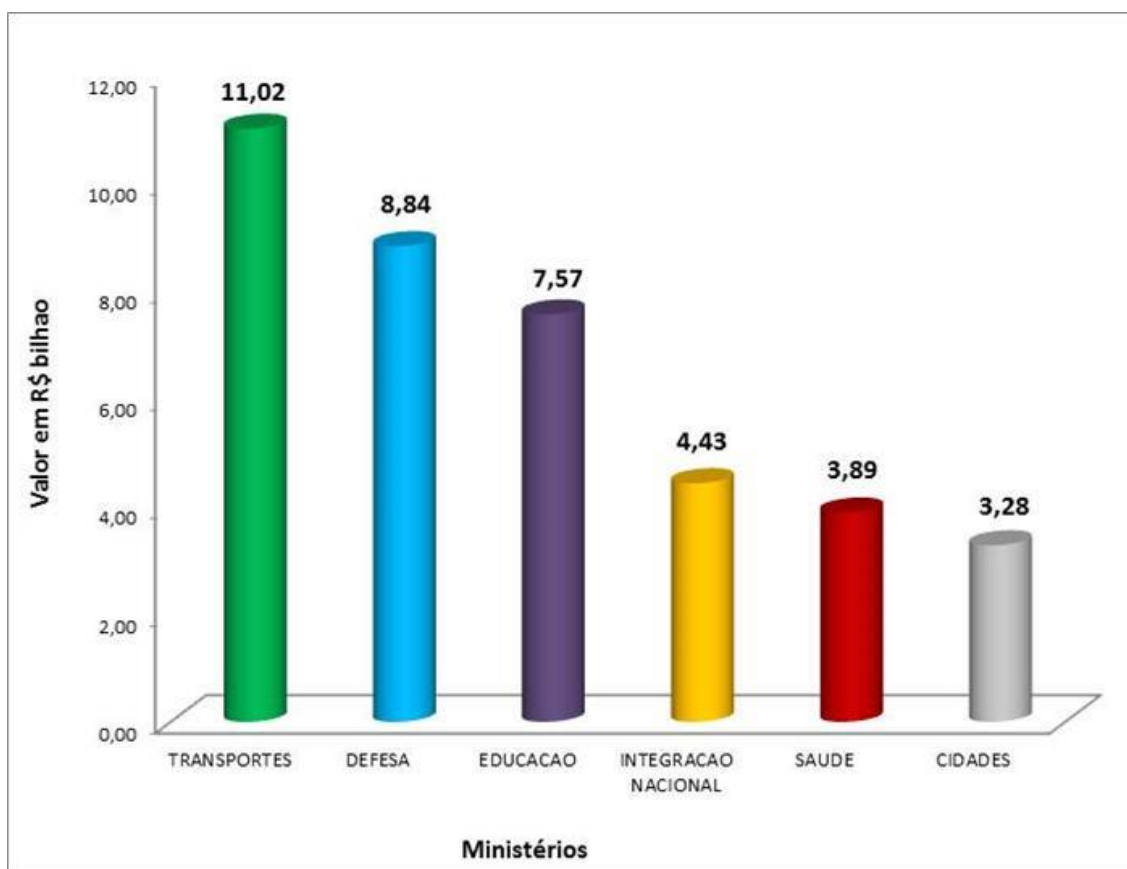
Por fim, mas não menos importante, tem de ser abordada a seriedade das iniquidades na utilização do SUS entre os cidadãos, como critério de distinção das políticas públicas de saúde das outras. Aqui, o ponto central não é tão somente a utilização do sistema de saúde por ricos e pobres, mas sim, o procedimento adotado por este sistema, segundo preleciona Medici (2010. p. 266):

a iniquidade no uso do SUS entre ricos e pobres repousa na natureza dos procedimentos que o sistema disponibiliza aos mais ricos, procedimentos que podem, em alguns casos, ser questionados quanto à prioridade social e até mesmo quanto à essencialidade, diante da escassez de recursos do sistema. Poucos dos que pertencem aos grupos de maior renda recorrem exclusivamente ao SUS, e a maioria nem sequer utiliza o sistema. Os que o utilizam, de forma frequente ou eventual, o fazem como complemento aos planos privados de saúde ou à compra direta de serviços dos prestadores privados.

Diante do exposto, nota-se que a política pública de saúde é uma das primordiais em nosso estado democrático de direito, quiçá a mais importante, pois sem o acesso à saúde não conseguimos praticar nenhum outro ato da vida civil. Logo, essa política se diferencia das demais, em razão de seu caráter assecuratório da dignidade da pessoa humana, e da enorme relevância de impacto social que ela exerce sobre os cidadãos, de modo que, uma vez que o Estado não oferece tudo que é necessário, mostra-se necessária uma atuação do Poder Judiciário, a fim de garantir concretização do direito à saúde,

Dados de 2013 do CFM, a seguir, demonstram que a administração pública não tem direcionado os recursos públicos aos seus destinos certos, bem como não tem dado a devida importância a políticas públicas que visem à concretização do direito à saúde. Vejamos:

GRÁFICO 1 – Destinação de verbas para a área da saúde.



Fonte: Investimentos 2013 (CFM).

Nesse compasso, também se torna importante mencionar resumidamente, pois já tratado no primeiro capítulo desta dissertação, que os argumentos de escassez de recurso público, falta de orçamento, reserva do possível não podem servir como álibi que justifique a omissão e/ou ineficácias das políticas públicas de saúde, tendo em vista a real necessidade da prestação desse direito e sua efetiva relação com a dignidade da pessoa humana.

Ademais, sabendo-se que é atribuído ao Poder Público o dever de garantir esse direito, o qual deve encontrar-se em uma posição prioritária, haja vista que, sem essa garantia, as outras não teriam sentido, o ideal seria corrigir de imediato os problemas mais urgentes da saúde no Brasil, de modo a estabelecer um melhor planejamento dos recursos destinados à saúde, alocando referidos recursos de maneira eficaz, evitando os desvios de verbas, criando receitas para as despesas a ele relacionadas e estabelecendo metas prioritárias para garantir que à todo indivíduo seja garantido o direito de estar vivo, sobretudo, vivo com dignidade.

Portanto, considerando esse contexto de necessidade de efetivação do direito fundamental à saúde e da sua não realização fática, torna-se relevante a discussão em torno da compreensão da titularidade do direito à saúde, tendo em vista que as demandas individuais

e/ou coletivas são opções dentro desse campo, que são alvos de diversas críticas dentro do nosso ordenamento jurídico.

#### **4.4 A titularidade do direito à saúde**

Por diversas vezes nesta dissertação fora mencionado que, em decorrência da própria legislação pátria, o direito à saúde como um direito fundamental deve ser garantido pelo Poder Público por meio de políticas econômicas e sociais. Nesse contexto, torna-se claro que deve o Estado adotar medidas necessárias para preservar a saúde da população como um todo, de modo que, havendo qualquer omissão e/ou ineficácia dessas políticas para a concretização dos direitos sociais, cabe ao Poder Judiciário intervir para que seja promovido o respeito, a promoção e a proteção desses direitos.

Por tudo isso, resta claro que sendo todos os indivíduos beneficiários do direito à saúde, não se pode deixar de olhar sempre para o fato de que alguns deles, por circunstâncias especiais, necessitarão de uma atenção diferenciada, de sorte que as demandas judiciais de caráter individual nessa esfera do direito à saúde devem ser consideradas legítimas, exatamente por ser ela a medida necessária para atender os casos específicos.

Não obstante essa clareza, dificuldades são acenadas para se determinar quem seria o sujeito legitimado a exigir essa prestação do Estado, isso porque, sob diversos argumentos, mais adiante mencionados, doutrinadores têm se inclinado a limitar ou até mesmo impedir que as demandas judiciais relacionadas à saúde sejam propostas de maneira individualizada.

Um dos argumentos amplamente utilizados diz respeito ao fato de que por ser o direito à saúde um direito social, deverá apenas ser pleiteado de maneira coletiva, inclusive, porque o próprio Texto Constitucional ao determinar que o direito à saúde deve ser implementado através de políticas públicas sociais e econômicas, converge para sua titularidade exclusivamente coletiva.

Nesse sentido, Fernando Scaff (2011, p. 109) vai afirmar que:

É nítido que a Constituição determina um direito à saúde (art. 196) através de '*políticas sociais e econômicas*'. Porém a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito *individual*, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma *política pública*. *Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual* (grifos do autor).

Para Maués (2010, p. 210-271), o Judiciário até poderia atender a demandas individuais, porém, estabelece como condicionante a observância dos princípios da universalidade e da integralidade, pois as demandas judiciais estariam sujeitas a eles, bem como a necessidade de que sua atuação estabeleça “a distribuição mais equitativa dos bens relacionados à saúde”. Isso quer dizer que o autor não prima por ações individuais relacionadas à saúde, mormente quando elas possam implicar no remanejamento de verbas ou em qualquer outro modo contrário às leis orçamentárias, daí porque o autor exclui, por exemplo, os “tratamentos não previstos oficialmente”.

Amaral (2011, p. 92) vai lembrar, ainda, que a saúde demanda gastos imensuráveis, tendo em vista que as necessidades dos indivíduos são ilimitadas pela própria condição humana. Sustenta, na mesma linha, que os recursos disponíveis para atender essas necessidades são escassos, por isso, "a luta pela saúde é, em última instância, a luta contra o inexorável." Nesse sentido, busca o autor afirmar que não se pode por meio de demandas judiciais individuais efetivar o direito à saúde, pois embora se deva buscar nesses casos sempre a noção de justiça e moralidade, esta deve estar muito mais ligada à necessidade de encontrar soluções concretas para o caso, que trabalhar com utopias que se encontram distantes da realidade, motivo pelo qual "pretender que haja direitos cuja efetivação concreta dependa de recursos finitos a despeito da disponibilidade dos recursos, não nos parece atender a tais requisitos" (AMARAL, 2011, p.95).

Todavia, conforme as palavras de Brito Filho (2012, p. 138):

Respeitando a honestidade intelectual dos que defendem essas posições, penso que elas partem de premissas que não são as mais adequadas, embora aparentemente sejam corretas, chegando, como era de se esperar, a conclusões que não são as que favorecem o sujeito protegido no caso dessas normas, que é o ser humano.

Com efeito, observa-se que as alegações referenciadas estão relacionadas a uma ideia de abstenção do papel garantidor dos direitos sociais, sendo, porém, necessário compreender que a saúde como um direito fundamental do indivíduo deve ser garantida de forma plena, de modo que não se pode deixar de observar a possibilidade de uma relação individualizada, onde de acordo com as necessidades e diferenças de cada indivíduo, o Poder Público poderá conceder um mínimo necessário à sua dignidade, e se assim não for, o Judiciário, como legítimo guardião da Constituição poderá por meio das tutelas jurisdicionais garantir os meios necessários para sua dignidade.

Ingo Sarlet (2011, p. 137) ao refutar alguns argumentos contrários à titularidade individual do direito à saúde, aduz:

Quanto ao primeiro argumento colacionado, de acordo com o qual os direitos sociais são sempre de titularidade coletiva (no sentido de serem direitos transindividuais) e que não permitem, por sua natureza, uma subjetivação individual, mormente para o efeito de serem deduzidos judicialmente, remete-se aos desenvolvimentos precedentes, onde tal questão foi objeto de detida análise, resultando na constatação, de resto suportada pela jurisprudência atualmente dominante no STF, de que a titularidade dos direitos sociais e do direito à saúde em particular é tanto individual quanto coletiva e mesmo difusa, não se podendo, pelo menos não de forma generalizada, afastar a litigância individual com base nesta linha argumentativa.

Por tudo isso, torna-se claro que não basta a Constituição Federal consagrar o direito à saúde como direito fundamental; é preciso que haja uma interpretação capaz de garantir efetivamente esse direito, de tal modo que não se estabeleça referido direito apenas mediante políticas públicas, embora estas sejam o canal prioritário, mas de acordo com a necessidade de cada indivíduo, que como sujeito ativo desse direito não pode, nem deve ficar à mercê de um Poder Público, que em boa parte dos casos se utiliza de argumentos inconsistentes para se abster de seu papel constitucional.

Há de se mencionar ainda, que embora o Estado se venha negando a cumprir seu dever constitucional em relação à garantia do direito à saúde, sob o já mencionado pretexto de impossibilidade de realização de despesas sem previsões orçamentárias, de modo que as decisões judiciais em ações individuais causariam impactos ao sistema público de saúde, violando, inclusive o direito de terceiros, tais alegações não podem servir como óbice para a observância dessa obrigação, primeiro porque “[...] a argumentação habitualmente deduzida, na possível inexistência de recursos para o atendimento de outras demandas, na maior parte dos casos não é objeto de demonstração plausível” (SARLET, 2011, p.138), depois porque, “o próprio sistema permite, com ressalvas, é verdade, a realocação de recursos e mesmo dotações suplementares, de tal sorte que a tutela judicial em favor de alguns não resulta necessariamente na ausência de proteção para outros” (SARLET, 2011, p. 138).

Torna-se para tanto, necessário firmar entendimento de que a preferência por tutelas coletivas, não pode excluir a dimensão individual do direito à saúde, devendo elas coexistirem, de tal modo, que uma não se sobreponha a outra, tendo em vista a importância de cada uma delas para a garantia do direito à saúde.

Esse é o entendimento dispensado por Ingo Sarlet (2011, p. 146-144):

[...] quanto ao direito à saúde em particular, possuem uma dupla dimensão individual e coletiva, e, nesta medida, uma titularidade – no que diz com a condição de sujeito de direitos subjetivos- igualmente individual e transindividual, tal como acertadamente vem sendo reconhecido pelo próprio STF. Cuida-se, portanto, de direitos de todos e de cada um, de tal sorte que o desafio é saber harmonizar, sem que ocorra a supressão de uma das dimensões, ambas as perspectivas.

Piovesan (2010, p. 69), também se filiando à doutrina dos que defendem as demandas judiciais tanto na dimensão individual como na coletiva, sustenta que:

É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do *'empowerment'* da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.

Reportando-se novamente às palavras de Brito Filho (2012, p. 140), reafirma-se o reconhecimento do direito individual de pleitear o direito fundamental à saúde:

A propósito, é preciso observar que nada há de incorreto em discutir, judicialmente, questões na esfera individual; afinal é, ao fim e ao cabo, o indivíduo que será beneficiado ou prejudicado com as medidas do governo. Além do mais, as ações coletivas nem sempre serão hábeis para prevenir ou reparar todas as lesões, pois podem investir contra situações gerais, mas dificilmente serão suficiente para reparar todas as lesões causadas a cada um dos indivíduos e muito menos serão hábeis em caso de urgência.

O próprio STF tem entendido, em diversos julgados, pela possibilidade de se pleitear o direito à saúde de forma individualizada, a exemplo da decisão proferida no AgRg no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que reconheceu o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, e que será demonstrado no próximo capítulo.

Desse modo, sabendo que a consecução do indivíduo como ser humano deve ser o primeiro objetivo do Estado, e não pode ser relegado a segundo plano, a saúde deve ser abordada como um direito social prestacional extremamente necessário ao indivíduo, motivo pelo qual em qualquer esfera deve-se observar com imensa prioridade o mínimo necessário e possível para garantir este direito

Observa-se a propósito que, a começar da Corte acima referenciada, a Jurisprudência Pátria tem-se inclinado ao reconhecimento das ações individuais para pleitear as prestações

devidas pelo Estado no que diz respeito à saúde, o que, pela lógica do princípio da dignidade humana preconizado por nossa Lei Maior, é correto e amplamente constitucional.

Desse modo, é legítimo considerar que muito embora as políticas públicas devam ser direcionadas à coletividade, há prestações individuais que devem ser garantidas pelo Poder Público, quando isso se fizer necessário, de modo que uma vez omissas ou ineficazes essas políticas, pode o indivíduo pleitear junto ao Poder Judiciário, de maneira imediata, o custeio de um tratamento médico, bem como o fornecimento de determinado medicamento, insumos ou qualquer outro meio necessário à garantir sua dignidade.

Por tudo isso, necessário trazer à baila o papel do Poder Judiciário enquanto legítimo garantidor e indutor das políticas públicas de saúde, apto a ajustar e controlar às políticas públicas ineficientes, e induzir a criação de novas políticas, impedindo que as decisões da Administração Pública se distanciem dos fins almejados pela Constituição.

## **5 O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Do exposto nos capítulos anteriores, verifica-se que não restam dúvidas de que cabe ao Estado, por meio de políticas públicas, preservar e manter a saúde dos indivíduos de maneira plena e eficaz, de modo que, por se tratar de um direito sem os quais todos os outros direitos

não teriam sentido, deve ele ser visto de maneira prioritária. Nesse sentido, o ideal seria corrigir de imediato os problemas mais urgentes da saúde no Brasil, de modo a estabelecer um melhor planejamento dos recursos destinados à saúde, alocando referidos recursos de maneira eficaz, e conseqüentemente estabelecendo metas prioritárias para que as políticas públicas sejam implementadas e executadas, de maneira que esse direito fundamental seja concretizado.

Ocorre que em decorrência do cenário atual do Brasil, onde esse direito tem sido ameaçado sob diversos argumentos, anteriormente estudados, como o orçamento público e a teoria da reserva do possível, bem como a violação à teoria da separação dos poderes, mais adiante a ser analisada, o Poder Judiciário passou a atuar em campo que até um tempo atrás não atuava, tudo isso com vistas a exigir que a administração pública racionalize adequadamente os seus gastos, e obedeça às determinações constitucionais no sentido de cumprir as obrigações de um Estado Democrático e Social de Direito.

Tal atuação tem o condão de buscar a efetivação dos direitos garantidos na Constituição, de modo que todo esse poder absoluto antes atribuído apenas ao Estado, especialmente no que concerne à formulação e implementação de políticas públicas passou a ser estendido ao Poder Judiciário através da judicialização da política.

Desse modo, a recusa do Estado no cumprimento desse dever constitucional, estabelece a possibilidade de a população socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu Direito, quer seja através de demandas individuais, quer seja por demandas coletivas. Por outro lado, denota-se a ideia de que pela universalidade, a oferta do serviço público de saúde deve ser estendida a todos os cidadãos de maneira igualitária, de modo que a concessão pela via judicial de prestações em caráter individual ou para determinados grupos, constituiria via ilegítima de efetivação do direito à saúde.

Nesse sentido, necessária a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, que muito embora tenham apontado o reconhecimento da garantia plena do direito a saúde, tem sido ameaçada quando do julgamento, agora suspenso, de dois recursos extraordinários que tratam sobre o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), onde dois Ministros proferiram seus votos, impedindo e limitando de maneira dessarzoada a atuação do Poder Judiciário na concretização desse direito.

## **5.1 A teoria da Separação dos poderes**

Como já sabido, muitas são as críticas relacionadas à legitimidade da atuação do Poder Judiciário na implementação e execução de políticas públicas. Nessa esteira, além das já mencionadas em capítulos anteriores quando nos reportarmos aos elementos das políticas públicas, temos, primordialmente, o princípio da separação dos poderes que, apresenta-se por diversas vezes como hábil para ser um limitador da atuação judicial no controle das Políticas Públicas, em decorrência da independência dos Poderes do Estado.

O filósofo Montesquieu, a partir das ideias traçadas por Aristóteles e John Locke, tratou, na obra denominada do espírito das Leis, sobre o direito e a política; nela estabeleceu o desenvolvimento do postulado da separação dos poderes. O que o autor queria era demonstrar que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 2008, p. 67-68).

Observa-se que autor queria garantir uma liberdade individual, de modo que o afastamento do Poder nas mãos de uma única pessoa estaria apto a garantir a fruição da referida liberdade, tornando, portanto, necessária a separação dos Poderes. A ideia permeava o contexto do nascimento do estado Liberal, onde se primava exatamente por esses direitos, sobretudo, em contraposição ao Estado Absolutista que, por sua vez, concentrava em suas mãos o poder tirano, e conseqüentemente estabelecia o que melhor lhe aprouvesse.

Diante desse contexto, tal postulado foi estabelecido, edificando-se a ideia de que a Separação dos Poderes traria óbice à atuação do Poder Judiciário, dentro da ideia de Supremacia do Parlamento e da Lei no que concerne à política. Todavia, a partir da construção do Estado Democrático de Direito, onde as ideias fincavam-se na garantia plena dos direitos a todos os indivíduos, a atuação do Poder Judiciário passa a ser amplamente necessária para atender os objetivos e a concretizar o princípio democrático.

Desse modo, é possível verificarmos que o princípio da separação dos poderes não impede a ingerência do Poder Judiciário, na medida em que quando o juiz decide a respeito de políticas públicas cumpre seu papel de solucionar conflito de interesses que se qualifica pela alegação

de lesão ou ameaça de lesão a direito passando a ser um instrumento eficaz de controle e implementação de políticas públicas, mormente quando os outros poderes forem omissos quanto aos seus deveres institucionais de criar e executar políticas públicas.

No Brasil, de acordo com a Constituição Federal, no art. 2º, os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem ser independentes e harmônicos entre si, cada um exercendo sua respectiva função típica. Todavia, considerando que essa separação não é absoluta, cabe ao Poder Judiciário impedir que o Poder Público ofenda os Direitos fundamentais, quer quando se omite, quer quando atua de maneira ineficaz.

Dias (2007, p.92-94) menciona que em Montesquieu a separação dos poderes constituía-se no melhor e mais efetivo modo de garantia do indivíduo, pois permitia a conformação de um sistema endógeno de freios e contrapesos, que impossibilitaria o exercício arbitrário do poder de forma a ceifar a liberdade. Porém, utilizando-se das ideias de Madison em *O federalista* (2003, p. 416), traz o pensamento de que o exercício de determinadas atribuições que seriam próprias de outro poder não configuraria por si só o comprometimento da separação dos poderes.

As atribuições impróprias acima referenciadas, nas palavras de Dias não eram desconhecidas, na medida em que o próprio Montesquieu admitia, para garantir a justiça, a igualdade e a liberdade, que determinadas funções judiciárias fossem exercidas pelo Poder Legislativo, notadamente nos julgamentos dos nobres e de atenuação das leis excessivamente rigorosas.

Assim, é de se observar que embora nossa Constituição tenha adotado o princípio da Separação dos Poderes, atribuindo a cada ente estatal sua função típica, não deixa de estabelecer, dentro de um ideal de integração e cooperação entre eles, funções atípicas, a fim de que não se perca o controle recíproco e, via de consequência, deixe-se eclodir abusos capazes de afetar os direitos estabelecidos na Constituição.

É por isso, que imbuído de um espírito de defesa, o Poder Judiciário assume sua função de garantidor da Constituição, e atipicamente determina a execução ou implementação, e por vezes a criação de políticas públicas necessárias à concretização dos Direitos Fundamentais, principalmente no que concerne ao direito à saúde, por ser, repisa-se, o direito essencial, sem o qual os outros não existem.

Sandoval Alves da Silva (2007, p. 204), a propósito, afirma que:

Partindo da premissa de que há integração e cooperação entre os poderes para cumprir um dever jurídico e atender aos interesses coletivos, não há como levantar objeções à participação do Poder Judiciário na concretização

dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Por meio de políticas públicas, o Poder Judiciário pode determinar a execução, quando já definida pelas normas orçamentárias ou, de *lege ferenda*, participar do processo legislativo, quando ainda não houver parâmetros de definição, conforme se abordará mais adiante. Do contrário, torna-se inoperante a 'divisão dos poderes', como forma de garantir a eficiência governamental [...].

Assim, considerando que a atuação do Poder Judiciário não viola o princípio da separação dos Poderes, estando ele legitimado a intervir para que os direitos estabelecidos na Constituição sejam garantidos, torna-se importante analisar de que forma se dá essa participação do Poder Judiciário, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal na concretização desses Direitos, mais especificamente no direito à saúde.

## **5.2 Ativismo Judicial**

A questão relacionada ao ativismo judicial tem sido objeto de grandes polêmicas dentro da doutrina e jurisprudência nacional.

Esse fenômeno, embora haja críticas quanto à sua origem, surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos, tendo, no entanto, se expandido para outros Países, dentre eles: o Brasil. Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 20) sustenta que o termo ativismo judicial, embora esteja relacionado ao meio jurídico, nasceu com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo historiador americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes dela integrantes, considerando alguns deles como ativistas judiciais e outros como os que integram um grupo de centro. Nos dizeres da autora, "desde então, a expressão vem sendo usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante."

Observa-se, pois, que a própria origem desse fenômeno, nos termos acima mencionados, transparece a ideia do papel ativo desempenhado por juízes para promover o bem-estar dos indivíduos, daí porque a utilização da expressão ativismo judicial. Porém, em muitos casos, trazendo para realidade Brasileira, doutrinadores têm se inclinado a críticas a esse fenômeno. Antes de adentrar no conceito de ativismo judicial, importa mencionar que "o ativismo judicial tem sido abordado especialmente por cientistas políticos, sobretudo na problemática da judicialização da política, em uma sugerida relação de causa e efeito." (VALLE, 2009, p. 36).

A judicialização traz consigo uma transformação de questões políticas em questões jurídicas. Esse fenômeno carrega junto de si a ideia de uma abertura ou flexibilização da atuação do Poder Tripartido, dando ao Poder Judiciário a possibilidade de exercer suas funções atípicas.

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, 2008. p.2).

Esse processo conhecido por judicialização passou a se tornar crescente, na medida em que a própria constitucionalização do direito e a necessidade de efetivação dos direitos dispostos na Constituição exigiam uma atuação do Poder Judiciário. A partir de então a esse Poder caberia dirimir situações que violassem os direitos tutelados pela Carta Magna sempre que necessário o que lhe concedia uma participação mais ampla no alcance dessa missão Constitucional, daí porque se falar em ativismo judicial, que como visto, embora não se confunda com a judicialização, dela faz parte.

Nas palavras de Barroso (2008, p. 03), entende-se por ativismo judicial, “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” Sendo associado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2008, p. 4). Para o autor, as manifestações ativistas surgem por intermédio de diversas condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções do Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008, p. 4).

No que se refere à saúde, Barroso (2008, p. 04) vai mencionar que:

a categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial.

Já Ramos (2010, p. 116), que possui obra importante sobre o tema no Brasil, afirma que:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Dos conceitos acima elencados entende-se que o ativismo judicial, de fato, gera grandes discussões dentro do ordenamento jurídico, essas permeadas de um caráter positivo; porém, para muitos, de um caráter negativo. Nesse sentido, importa afirmar que embora as críticas relacionadas ao ativismo judicial se traduzam na impossibilidade mais ampliada de atuação do Poder Judiciário, não são elas suficientes para descaracterizar os benefícios advindos de tal ingerência, tendo em vista que, antes de mais nada, cabe ao Poder Judiciário desempenhar seu papel disposto na própria Constituição, proferindo decisões que garantam uma solução, que impossibilite qualquer violação aos direitos fundamentais.

As diversas críticas quanto a esse fenômeno estão relacionadas ao já comentado princípio da separação dos Poderes, bem como da Discricionariedade judicial, que perpassa pela ideia de que o Judiciário está exercendo função para além do determinado na própria Constituição. Sob a perspectiva da separação dos Poderes torna-se importante repisar sua flexibilização diante da realidade Brasileira, bem como mencionar que as decisões do Supremo Tribunal Federal têm convergido para o entendimento de que é da corte a competência para controlar e até formular políticas públicas.

Valle (2009, p.98) considera que:

A respeito de redefinição sobre o princípio da divisão dos Poderes fica patente nos julgados MI 670/ES, 708/DF e 712/PA que, na relação do direito da greve dos servidores públicos, o Supremo atuou de forma propositiva no seu disciplinamento. No tocante ao MS 26.915, MC/DF, o Ministro relator Gilmar Mendes mostrou uma postura ativa de justificar a interferência do Poder Judiciário em assuntos do legislativo, ao legar a prevalência dos direitos individuais sobre o princípio norte americano das questões políticas.

No que se refere à discricionariedade judicial, Ramos (2010, p. 127) vai sustentar que ao Juiz não é dado o poder de optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois a discricionariedade de juízo; ao contrário do direito administrativo, que diz respeito ao que alguns denominam de discricionariedade no mandamento, a qual não é identificável no exercício da função jurisdicional, não se admite a discricionariedade de interpretação, o que reduz o controle judicial sobre os atos normativos. Além disso, a conveniência e oportunidade disposta na discricionariedade da administração, não serve para a judicial, porque o juiz no caso concreto deve buscar a solução mais satisfatória à paz e à ordem sociais.

Todavia, Guimarães (2014, p. 49) vai mencionar que:

Em outras palavras, a interpretação das normas jurídicas e sua transposição do âmbito abstrato e genérico para o da concreção e individuação do Direito, exige que se estabeleça uma esfera de liberdade para a atuação do juiz que, dispondo da prerrogativa de decidir, há de chegar ao resultado mais adequado, necessário e razoável para a questão problemática. Essa é a prerrogativa da discricionariedade judicial. Mas isso não quer dizer que o juiz, tal como um Deus ex machina, possa irromper no processo com uma decisão em todo inusitada e original. A liberdade para interpretar e criar a norma positiva não equivale, pois, a um poder ilimitado.

Nesses termos, observa-se que a discricionariedade judicial se traduz na possibilidade de uma atuação mais ampla do Poder Judiciário, que legitimado para defesa dos direitos fundamentais, irá decidir da maneira mais adequada e necessária a situação que lhe é imposta. Não se está aqui defendendo uma ingerência desarrazoável, fora dos limites das normas ou que gere qualquer tipo de abuso por parte desse Poder, mas, sobretudo, uma necessidade de consolidação dos direitos e garantias fundamentais, de modo a efetivar as políticas públicas e melhorar o desenvolvimento da sociedade no que se refere ao bem-estar social; tudo isso, em decorrência de um quadro estático dos Poderes Legislativo e Executivo, que para tanto muitas vezes se omite ou age com ineficiência na proteção do indivíduo.

Desse modo, convém afirmar que a atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário é de extrema importância para concretização dos direitos fundamentais, mormente para aqueles que buscam socorro as portas do judiciário. Porém, não se pode olvidar que mediante seu ativismo, o magistrado legitimado e ciente de seu papel constitucional deve adequar e conduzir suas decisões para que, ao mesmo tempo em que os anseios da sociedade sejam cumpridos, por meio das escolhas entre as disposições legais e os princípios que o encadeiam, não haja uma ingerência fora dos limites dispostos pela Constituição, que culmine em abuso de poder.

[...] o ato de discricionariedade judicial não deriva imediatamente de critério legal, mas não pode – não deve – renunciar por completo às determinações político-jurídicas da lei, nela encontrando o estabelecimento de seu fundamento e limites [...] O juiz, antes de escolher aleatoriamente a solução para o problema jurídico, fará sua opção sobre aquela que, equacionada segundo os estalões de juridicidade ou de Direito, tenha aceitabilidade e efetividade não apenas no mundo jurídico, mas na comunidade (GUIMARÃES, 2014, p. 49-50).

No que se refere à saúde, considerando que a atuação do Estado tem-se mostrado cada dia mais ineficiente, o Poder Judiciário, através de ações de obrigação de fazer em ações civis públicas, ações ordinárias, mandados de segurança, mediante omissão de políticas públicas do Legislativo e Executivo, tem garantido aos cidadãos os remédios, insumos, tratamentos e internações de caráter essencial.

Toda essa ingerência visa observar o indivíduo como ser humano, sujeito de direitos, o qual deve ser o primeiro objetivo do Estado, e não deve ser relegado ao segundo plano por este estado. Por isso, nesta dissertação, a saúde é abordada como um direito social prestacional extremamente necessário ao indivíduo, motivo pelo qual deve o Judiciário adotar uma postura ativista como uma maneira de estabelecer a eficiência nos serviços públicos, e consequentemente políticas públicas existentes sejam implementadas, bem como outras necessárias sejam determinadas, pois através de decisões judiciais coerentes e razoáveis, cumpra-se a necessidade daqueles que só alcançam sua pretensão, após buscar socorro no poder judiciário.

Por tudo isso, torna-se relevante analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de constatar como essa Corte vem decidindo os casos que lhes são levados na defesa dos Direitos fundamentais, especialmente do Direito à saúde.

### **5.3 Direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ativismo judicial se tornou crescente, de modo que diversas decisões proferidas pelos Tribunais passaram a interpretar os dispositivos relacionados à saúde de uma maneira plena e extensiva. Tudo isso, se traduzia em decisões favoráveis àqueles que pleiteavam tratamentos médicos, exames, insumos, cirurgias, internação e outros.

Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, ao analisar os feitos reconhecia ser o direito à saúde um direito fundamental a ser garantido de forma plena. Tal

reconhecimento era algo tão notório que muitas das decisões proferidas eram unânimes, não havendo qualquer voto divergente capaz de suscitar dúvidas quanto à natureza desse direito, bem como a necessidade dele para a dignidade humana.

Desse modo, torna-se importante trazer à baila algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que foram extremamente importantes para que, pelo menos em parte, fosse garantida a eficácia dos preceitos constitucionais relacionados à saúde, e ainda, são sustentáculos na defesa dos argumentos dispostos nesta dissertação, na medida em que revelam: a) O reconhecimento da necessidade de ingerência do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde; b) a solidariedade dos entes na prestação dos serviços e fornecimento de medicamentos, insumos e outros; c) a prioridade do direito à vida e à saúde em face dos argumentos relacionados ao orçamento público e a reserva do possível; d) ausência de violação ao princípio da separação dos poderes; e) concessão pela via judicial de prestações em caráter individual.

Assim, apresentam-se as decisões que convergem no sentido de reconhecer que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, sendo do Estado o dever de fornecê-los, de modo que não o fazendo, o reconhecimento judicial dá efetividade aos preceitos constitucionais, o que por certo estabelece uma necessidade da ingerência do Judiciário em casos, sobretudo, em que os direitos fundamentais estão sendo violados, não sendo ele limitada pelo princípio da separação dos poderes.

Além disso, traz-se aquelas que estabelecem a solidariedade entre os entes federativos na garantia desse direito, a essencialidade do direito fundamental à saúde em face dos argumentos financeiros e secundários do Estado, mormente quando se trata de pessoas carentes, e ainda, aquelas que admitem uma coexistência da dimensão individual e coletiva desse direito fundamental, dando a titularidade individual uma importância na garantia do direito à saúde, sobretudo por ser ela muitas vezes, a única forma de obtê-lo.

Um dos julgamentos importantes trata-se, conforme mencionado no item anterior, da decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.266-8 de relatoria do Ministro Celso de Mello. Nele, as objeções<sup>3</sup>, apresentadas nos capítulos anteriores, quanto a garantia do direito à saúde, que para tanto afastam a possibilidade de atuação ampla do Poder Judiciário são refutadas.

A segunda turma, por unanimidade, desacolheu a pretensão recursal pleiteada pelo Município de Porto Alegre, especialmente por considerar que a decisão atacada estava em

---

<sup>3</sup> Violação da separação dos poderes, determinação de fornecimento de medicamentos gratuitamente, solidariedade entre os entes, orçamento público e reserva do possível.

conformidade com à orientação jurisprudencial firmada pela Corte Suprema quanto à matéria suscitada, embasando seu entendimento em três Recursos Extraordinários; um de relatoria do Min. Ilmar Galvão (242.859-RS) e outros dois de sua própria relatoria (232.335-Rs e 273.834-RS).

O Agravo Regimental foi proposto pelo Município de Porta Alegre, contra decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello que não reconheceu o Recurso Extraordinário que tinha como objetivo a reforma do acórdão do TJ-RS que condenou o agravante solidariamente a fornecer medicação gratuita para tratamento da AIDS, quando paciente que pleiteava não tivesse condições financeiras de adquirí-lo.

Na decisão mencionada, o Ministro esclareceu o entendimento do STF nas grandes questões relacionadas ao direito à saúde. A primeira delas se tratava do argumento da violação do art. 167, I da C.F/88 (veda o início de programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual), que para ele não poderia ser admitido, pois além de não justificar a utilização do apelo extremo, uma vez configurada suposta violação de ordem constitucional, importaria, quando muito, em situação de conflito indireto com o Texto Constitucional, o que mais uma vez seria insuficiente para justificar a interposição do RE.

Nesse contexto, impõe-se afirmar que a decisão nesse sentido mostra-se amplamente correta, e em consonância com diversos outros entendimentos do STF, pois quase sempre, o Estado visando se furtar das suas obrigações constitucionais no que se refere o direito à saúde, alega problemas de natureza orçamentária, sem sequer comprovar essa impossibilidade. Na verdade, o que se percebe, é que a negativa da essencialidade desse direito fundamental sob a égide dos limites orçamentários não deve permanecer, pois embora não se possa ignorar a falta de recursos para garantir as necessidades da coletividade, ou mesmo a limitação dos recursos financeiros, torna-se ilegítimo e arbitrário inviabilizar as condições mínimas necessárias à vida e saúde do indivíduo.

Outro importante reconhecimento corresponde ao fato de que, diferente do alegado pelo agravante de que a decisão estaria em desconformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao princípio da separação dos Poderes, o relator sustentou que por diversas vezes tal argumento fora repellido em sucessivas decisões proferidas pela Segunda Turma da Corte Suprema (Ag nº 232-469-RS, Relator Min. Marco Aurélio; Ag nº 236.644-Rs, Relator Min. Maurício Correa; Ag nº 238.328-RS (AgRg), Relator: Min. Marco Aurélio; RE 273.042-RS, Relator Min. Marco Aurélio.

A questão aqui não gera qualquer dificuldade de entendimento, posto que as decisões do Supremo Tribunal convergem no sentido de que cabe ao Poder Judiciário, em situações em

que o Poder Público se omite ou atue de maneira ineficaz a respeito de políticas públicas de saúde, adotar medidas capazes de garantir esse direito, sem com que haja qualquer violação da separação dos poderes, mormente porque cabe àquele poder, nos ditames constitucionais solucionar conflitos de interesses que se qualifica pela alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito.

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado – incluídos nessa prestação a assistência farmacêutica e o fornecimento de insumos terapêuticos – sem dúvida nenhuma ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito.

Também mostrou que a distribuição gratuita de medicamentos às pessoas carentes daria efetividade aos preceitos fundamentais do Texto Constitucional, de modo que pela própria natureza do que dispõe o art. 196 da Constituição, a efetivação de tal direito reveste-se de impostergabilidade.

Ora, tal decisão assim se manifestou, em decorrência de que o direito aqui discutido possui natureza fundamental, de modo que sua urgência e necessidade para existência humana é imprescindível, tornando-se claro que uma vez verificando risco à saúde física, psíquica e até mesmo risco de vida em decorrência não obtenção gratuita de medicamentos, insumos, tratamentos e internações, necessário que o Poder Judiciário exerça seu papel constitucional para concretizar de maneira eficaz esse direito.

Além do mais, referida decisão mostrou que havendo conflito entre a proteção do direito à vida e à saúde, que se qualifica por sua natureza subjetiva e inalienável, assegurado a todos nos ditames da Constituição, e o interesse financeiro secundário do Estado, não haveria dúvida da prevalência daquelas que privilegia o respeito indeclinável à vida e a saúde humana, notadamente daqueles que por se tratarem de pessoas carentes, necessitam do acesso gratuito a programas de distribuição de medicamentos. Isso quer dizer que a problemática relacionada à escassez de recursos, não deve ocupar lugar de destaque, sendo considerada sempre de menor importância quando se depara com o direito à vida e à saúde.

As questões de natureza orçamentária também foram objeto de decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, consolidando o entendimento de que tal argumento não poderia justificar a inviabilização do direito à saúde. Nessas decisões, representadas aqui pelos Recursos Extraordinários 342413/PR e 195192/RS, observa-se que o orçamento público assumia uma posição de obstáculo à efetivação do direito. A decisão no Agravo de

Instrumento 238328/RS, proferida pelo Ministro Marco Aurélio, tornou evidente que a prioridade dos gastos deve ser com a efetividade desses direitos fundamentais.

Por outro lado, no julgamento da Arguição de Preceito Fundamental nº 45 (2004), que tinha como relator o Ministro Celso de Mello, e se discutia o veto do Presidente da República ao §2º do artigo 55 da Lei nº 10.707/03 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), o julgador, embora não se tratasse de discussão relacionada à saúde, trouxe a problemática relacionada à questão orçamentária que envolve esse direito, mormente o princípio da reserva do possível. No referido julgamento, o relator questionou, por exemplo, a exigência imediata de concessão do direito à saúde quando ausente a capacidade financeira do Estado em garanti-la, todavia, afirmou que ainda que não se possa ignorar a limitação dos recursos, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao arrecadar os recursos é a realização dos objetivos fundamentais da Constituição.

Por isso, para o Ministro Relator:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 4 de maio de 2004).

Verifica-se, pois, que as decisões do STF se inclinavam para demonstrar que os direitos à vida e à saúde estariam em uma posição prioritária, haja vista que, sem essa garantia, as outras não teriam sentido. Desse modo, embora os argumentos de natureza econômica não devam ser desconsiderados, não podem eles servir como óbice para garantir ao indivíduo o mínimo necessário para sua existência.

É muito comum que o Estado se utilize quando demandado em juízo da reserva do possível; grande parte das vezes, como álibi para gerenciar negligentemente a coisa pública. Isso quer dizer que em vários casos, não existe sequer uma comprovação objetiva da alegação de escassez de recursos, mas tão somente uma forma de estabelecer um entrave à recuperação, preservação e manutenção da saúde, daí porque mais uma vez atribui-se ao Judiciário o poder de garantir o direito mencionado.

Necessário frisar, que tanto a parte que requer seu direito ao judiciário, quanto do próprio julgador, devem velar pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, isto é, a prestação requerida deve representar ao que o indivíduo pode razoavelmente almejar da sociedade.

Ainda sob o prisma do cumprimento de políticas garantidoras do direito à saúde pela gestão pública, observa-se que a solidariedade dos entes públicos é questão pacífica no Supremo Tribunal Federal, como já informado anteriormente. A União, Estados e Municípios respondem solidariamente pelos insumos, serviços e ações de saúde.

Nesse sentido, cabe destacar também decisão proferida pelo Min. Luiz Fux, relator do Processo RE 607381 SC que ao proferir voto, este vencedor, negou provimento ao Agravo Regimental proposto pelo Estado de Santa Catarina que visava o chamamento ao processo da união para o fornecimento de medicamento.

O Ministro entendeu que por ser o medicamento um direito fundamental, qualquer um dos entes federativos pode ser considerado sujeito passivo na demanda, tendo em vista a solidariedade que permeia entre eles, e que visa, sobretudo, conferir efetividade ao direito conferido pela Constituição.

Nesses termos, o Ministro afirmou que:

[...] face a gravidade que representa para quem necessita do amparo do Poder Público para o fornecimento de remédios, a questão deve ser sopesada com espírito de solidariedade, de forma a ser evitado o uso de medidas protelatórias, sem amparo em razões legítimas, aguardando, quem sabe, a ocorrência do pior, tornando desnecessário o fornecimento dos medicamentos pleiteados.

É com fundamento nessa concepção que se extrai o entendimento no sentido de que, *in casu*, o Estado de Santa Catarina, ao insistir no chamamento do processo da União para figurar como litisconsorte passiva no processo, faz uso de obstáculo inconstitucional por meio de entraves processuais para postergar a resolução do feito. (STF. Processo RE 607381 SC, julgado em 31 de Maio de 2011, Relator: Min. Luiz Fux).

Observa-se do julgado acima, que a solidariedade dos entes públicos no fornecimento de medicamento, bem como estabeleceu ser possível exigir a prestação integral a qualquer um deles.

A solidariedade passiva dos entes federativos estão sempre em discussão no que se refere às demandas de saúde. As decisões do Supremo Tribunal Federal conduzem a ideia de que uma vez que o demandante demonstre sua necessidade e incapacidade financeira, qualquer dos entes pode ser demandado a efetivar tal direito, tendo em vista que a própria Constituição

Federal ao mencionar expressamente em seu art. 196 ser a saúde um “direito de todos e dever do Estado”, deixou claro a responsabilidade solidária entre os entes, o que não retira a legitimidade passiva dos demais, que para tanto, no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação por parte do primeiro, deverão cumpri-la em caráter subsidiário e solidário. Nesses termos observa-se que àqueles que dependem das prestações de serviços relacionados à saúde depositam na responsabilidade mencionada, a esperança de ser atendido na garantia constitucional que lhe é própria.

Outro ponto que merece destaque relaciona-se com o direito subjetivo individual à saúde, bem como com a ampliação do Poder Judiciário nas questões relacionadas à saúde, e consequentemente na discricionariedade do Poder Público. Aqui primeiro se traz decisão do Ministro Gilmar Mendes, na qual o julgador justifica a judicialização que permite à concessão de tratamentos não dispensáveis pela rede pública.

O Julgador afirma que a escolha deve ser, prioritariamente, pelo tratamento ofertado pelo Sistema Único de Saúde, entretanto, esse entendimento não afasta a possibilidade de concessão de medida diversa, diante da especificidade de cada caso.

[...] podemos concluir que em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a importância da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. [...] Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. (STA 175 AgR, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgado em: 17 de março 2010).

Observa-se, que o Poder Público, ao escolher os medicamentos que constam em suas listas nacionais, estaduais, e municipais, não proporciona liberdade total. A eleição dos medicamentos depende de critérios específicos, ou seja, subordina-se às espécies de medicamentos (essenciais, estratégicos e excepcionais), bem como devem estar de acordo com os Protocolos de Diretrizes e Consensos Terapêuticos. Todavia, sempre existirão pessoas cujo tratamento de sua saúde não estará incluído nas escolhas públicas, e vários motivos podem ser abordados como, por exemplo, as peculiaridades do avanço de determinada

doença, a sua raridade ou, ainda, a especificidade de determinado problema de saúde de um indivíduo. Logo, o Poder Judiciário intervém como guardião da lei, obrigando o gestor público a fornecer gratuitamente um insumo farmacêutico (VASCONCELOS, 2010, p. 41). Nesse sentido, também merece destaque a decisão do Ministro Joaquim Barbosa na SL 710/RS, que pretendia suspender a decisão que determinou a concessão, a todas às pacientes acometidas de câncer de mama metastático, do medicamento de alto custo Trastuzumabe (Herceptin).

O fármaco era disponibilizado pela rede pública, contudo, não havia sido liberado pela Anvisa para pacientes em estágio grave da doença, por motivos relacionados à eficácia do medicamento e possível efeito colateral. Porém, o julgador indeferiu o pedido, alegando o seguinte:

é inequívoco que o Estado não pode se substituir ao paciente ou aos seus médicos na indicação de qual tratamento a ser seguido. Se o paciente entende quais são os efeitos adversos possíveis advindos da administração do remédio e quais são as chances teóricas de sua eficácia, a opção por essa via de tratamento é íntima e inviolável.

Nenhum ente federado pode afastar o paciente do caminho que esse cidadão tem por adequado, sob alegação de atuar em prol do interesse de saúde coletivo. No pior dos mundos possíveis, o acesso à medicação oferece ao paciente esperança, cuja densidade a ele cabe exclusivamente definir. Assim, não há risco à saúde pública na manutenção da decisão.

[...] o vulto da despesa, tão-somente por si, é insuficiente pra motivar o drástico ato da suspensão de segurança, de liminar ou de tutela antecipada. Exige-se comprovação de inexorável tendência de insolvência estatal, ou seja, da impossibilidade de atendimento de outros deveres públicos primários. De fato, a Constituição não estabelece um teto pecuniário acima do qual qualquer ente federado se tornaria imune à jurisdição [...]. (Superior Tribunal Federal. SL 710 RS. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 05 de setembro de 2013).

Extraem-se das decisões colacionadas, que o Estado deve prioritariamente adotar medidas necessárias para preservar à saúde da população como um todo, não deixando, porém de olhar sempre para o fato de que alguns indivíduos por circunstâncias especiais necessitarão de uma atenção diferenciada, de sorte, que o próprio Estado deve promover uma relação individualizada, a fim de atender os casos específicos. Todavia, considerando que o Estado tem em muitos dos casos se mostrado indiferente ao problema da saúde da população, a Constituição Federal ao dispor de um conceito de democracia, legitimou o Poder Judiciário a intervir nesses casos.

Nesse sentido, a Corte acima referenciada tem se inclinado ao reconhecimento das ações individuais para pleitear as prestações devidas pelo Estado no que diz respeito à saúde, o que,

pela lógica do princípio da dignidade humana preconizado por nossa Lei Maior, é correto e amplamente legal. Tais decisões atribuem a necessidade de uma análise específica e distinta de cada caso, exatamente por considerar a diferença e a necessidade de cada indivíduo.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca das questões que envolvem o direito à saúde atualizava-se e se consolidava cada vez mais, especialmente para tornar notório através dos precedentes a necessidade de se garantir esse direito a todos os indivíduos.

Nos dias atuais, as decisões, em sua grande maioria, continuam a revestir-se de um caráter garantidor desse direito, trazendo o reconhecimento da solidariedade entre os entes na condição de sujeito passivo para efetivação desse direito; na possibilidade de efetivação do direito à saúde de forma individualizada, observando as diferenças e necessidades de cada indivíduo, e, sobretudo, não mais se utilizando de fundamentações rasas, para concessão ou negação dos pleitos, mas trazendo responsabilmente justificativas concisas e sólidas.

Tal postura traz à sociedade uma segurança jurídica maior, na medida em que os argumentos expostos nas decisões firmam a ideia de uma análise cautelosa de cada caso concreto submetido à Corte Suprema. Nesse sentido, deixa-se claro que embora o direito à saúde não tenha um caráter absoluto, na medida em que existem casos em que, por exemplo, o Estado possa demonstrar sua insolvência diante de uma condenação de concessão de um medicamento com custo excessivamente elevado, o que possibilitaria o indeferimento do pleito, sua preservação, proteção e promoção deve ser realizada de forma plena, de modo que qualquer decisão denegatória não pode fincar-se, por si só, em argumentos de que o Estado não tem condições de arcar com determinações judiciais de maneira individual, pois, o direito a saúde possui uma dupla dimensão, e os valores a ele destinados devem compreender as necessidades coletivas e individuais.

Nesse contexto, importante observar todas as decisões aqui expostas, tendo em vista que por meio delas foi demonstrada a essencialidade do Judiciário no sentido de garantir direitos fundamentais a qualquer indivíduo que desta proteção necessite. Importante também inferir que o Poder Judiciário, ao analisar casos de direito à saúde, não pretende transcender as limitações afixadas por lei, menos ainda transgredir as competências definidas constitucionalmente para cada ente, mas tão somente possibilitar que todos gozem de seus direitos tutelados pela Constituição e respaldados nos tratados e convenções de Direitos Humanos, portando, reconhecidos no âmbito internacional, conferindo-lhe legitimidade para intervir de maneira ampla em decisões dos outros poderes do Estado Democrático de Direito. Todavia, nos mês de setembro do corrente ano, toda essa ampliação de limites do Judiciário foi ameaçada, para fins de garantia do direito fundamental à saúde, em decorrência do

juízo conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718 que tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na Anvisa.

A escolha dos recursos mencionados se deu a partir do proferimento dos votos vistas dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. Isso porque, depois da retomada do julgamento pelo Plenário do Tribunal no dia 28.09.2016, quando o relator dos feitos negou provimento aos recursos, àqueles ministros passaram a esposar argumentos que comprometem a ampliação de atuação do Poder Judiciário nas questões que envolvem o direito à saúde aqui defendida, pois trazem em seu bojo além da crítica a judicialização, uma atuação restritiva do judiciário que, conforme a análise dessas decisões acaba comprometendo o direito constitucional à saúde, ante sua limitação.

As alegações vão desde a crítica acima mencionada, passando pela negativa da titularidade individual das demandas, tendo em vista que elas comprometeriam a política voltada para o público geral; prejuízos de ordem econômico-financeira; solidariedade dos entes na prestação dos serviços de saúde; até exposição de requisitos para aferir o direito via judicial que além de não levarem em consideração o indivíduo, a quem se deve segundo os preceitos constitucionais deve se dar prioridade, ainda excluem da apreciação do Poder Judiciário casos que não se adequem ao rol taxativo e rígido por eles estabelecidos.

Um dos Recursos Extraordinários (RE 566471 RN) fora interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, contra decisão que reconheceu a obrigatoriedade do Poder Público fornecer uma medicação de alto custo.

O relator Ministro Marco Aurélio Mello negou o recurso do Estado, por entender que o Estado precisa fornecer aos pacientes os medicamentos que eles não têm capacidade para adquirir.

Afirmou o Ministro que:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso (RE 566.471- RN. Rel: Min. Marco Aurélio).

Também foi incluído na pauta o Recurso Extraordinário 657718 - MG, em que havia pedido de fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA. O pedido foi negado pelo relator, sob alegação de que:

Ante a ausência de aprovação pelo órgão investido legalmente da competência e dotado de e dotado da expertise para tanto, existe o risco de o medicamento vir a prejudicar a saúde do paciente. Ainda que largamente utilizado em outro país, por força de lei, o remédio não pode circular em território nacional sem a devida aprovação técnica pelo órgão habilitado. Concluir de forma contrária é cancelar experimentos laboratoriais, terapêuticos, de benefícios clínicos e custos de tratamento incontrolláveis pelas autoridades públicas. Em última análise, é autorizar o experimentalismo farmacêutico às expensas da sociedade, que financia a saúde pública por meio de impostos e contribuições (RE 657718- MG. Rel: Min. Marco Aurélio).

Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, no entanto, proferiram votos-vista, ocasionando uma celeuma jurídica, na medida em que embora tenham elencado teses diferentes, convergiram para negar direito essencial à dignidade humana, visto que passaram a limitar em caráter desarrazoado o direito à saúde.

O Min. Barroso prelecionou a necessidade de desjudicialização, destacando as altas quantias despendidas pelos entes federados apenas para discutir na Justiça os termos afetos à distribuição de medicamentos e tratamentos médicos. Além disso, afirmou que o Judiciário não é a instância adequada para tratar desta distribuição, e que a judicialização produz seletividade no sistema, pois as decisões beneficiam apenas as partes do processo e são soluções que não atingem a todas as pessoas em igual situação.

Para o referido Ministro, no que se refere às demandas judiciais pleiteando medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive quando de alto custo, bem como o fornecimento de remédios não registrados pela Anvisa:

*NÃO HÁ SISTEMA DE SAÚDE QUE POSSA RESISTIR A UM MODELO EM QUE TODOS OS REMÉDIOS, INDEPENDENTEMENTE DE SEU CUSTO E IMPACTO FINANCEIROS DEVAM SER OFERECIDOS PELO ESTADO A TODAS AS PESSOAS. É PRECISO, TANTO QUANTO POSSÍVEL, REDUZIR E RACIONALIZAR A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, BEM COMO PRESTIGIAR AS DECISÕES DOS ÓRGÃOS TÉCNICOS, CONFERINDO CARÁTER EXCEPCIONAL À DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO INCLUÍDO NA POLÍTICA PÚBLICA.*

*[...] O ESTADO NÃO PODE SER OBRIGADO A FORNECER MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS, SEM EFICÁCIA E SEGURANÇA COMPROVADAS, EM NENHUMA HIPÓTESE. JÁ EM RELAÇÃO A MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA, MAS COM COMPROVAÇÃO DE EFICÁCIA E SEGURANÇA, O ESTADO SOMENTE PODE SER OBRIGADO A FORNECÊ-LOS NA HIPÓTESE DE IRRAZOÁVEL MORA DA AGÊNCIA EM APRECIAR O PEDIDO DE*

*REGISTRO (PRAZO SUPERIOR A 365 DIAS), QUANDO PREENCHIDOS TRÊS REQUISITOS: (I) A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE REGISTRO DO MEDICAMENTO NO BRASIL; (II) A EXISTÊNCIA DE REGISTRO DO MEDICAMENTO EM RENOMADAS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO NO EXTERIOR; E (III) A INEXISTÊNCIA DE SUBSTITUTO TERAPÊUTICO COM REGISTRO NO BRASIL. AS AÇÕES QUE DEMANDEM FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA DEVERÃO NECESSARIAMENTE SER PROPOSTAS EM FACE DA UNIÃO.*

Diante de tais argumentos, o referido ministro negou provimento ao RE 566471 (sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde) e formulou a seguinte tese de repercussão geral: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos” (Voto-Vista ministro Luís Roberto Barroso - RE 566.471).

Quanto ao RE 657718 (fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), proveu parcialmente o recurso a fim de determinar o fornecimento do medicamento solicitado, tendo em vista que, no curso da ação, o remédio foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita. Porém, deixou claro em seu voto que “O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços” (Voto-Vista. Ministro Luís Roberto Barroso - RE 657718).

Observa-se nesse contexto, que o voto proferido pelo Ministro Barroso vai de encontro às decisões já proferidas pelo próprio STF. Seu entendimento retira o direito de o indivíduo recorrer ao Judiciário para exigir direito que a própria Constituição lhe garante, quando, além de afirmar que o Judiciário não é a instância adequada para tratar desta distribuição, ainda preleciona que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário selecionam pessoas a serem beneficiadas, o que por certo prejudica a coletividade.

Ademais, impede que seja proposta ação contra qualquer um dos entes, de maneira solidária, na medida em que *SUSTENTA QUE "AS AÇÕES QUE DEMANDEM FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA DEVERÃO NECESSARIAMENTE SER PROPOSTAS EM FACE DA UNIÃO"*.

*CONFORME JÁ ANALISADO NA PRESENTE DISSERTAÇÃO, O ATIVISMO JUDICIAL, FENÔMENO DEVERAS CRITICADO, E QUE se traduz na possibilidade mais ampliada de atuação do Poder Judiciário, é um instrumento legal e útil na concretização dos direitos*

fundamentais, os benefícios dele advindo permitem, legitimamente soluções para casos em que o Poder Público se omite ou atua de maneira ineficaz.

Transformar os problemas políticos em jurídicos; trazer ao Judiciário as situações que revelam constantemente os descasos atribuídos ao Poder Público para com a população; e mais que isso, conceber aquele Poder uma ampliação dos limites que lhes é atribuído pela própria Constituição, sem qualquer abuso, demonstra não só a legalidade dessa atuação, mas, sobretudo, a prevalência dentro de todo contexto crítico, da dignidade da pessoa humana, de colocar o indivíduo dentro da prioridade concedida pelo texto constitucional.

Assim, diferentemente do que asseverou o ministro Barroso quando do seu voto que visa impedir a judicialização das políticas públicas em matéria de saúde, negando, inclusive a titularidade individual do direito à saúde, entende-se que não há lugar para referido entendimento, pois além de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se retira a possibilidade de se olhar, dadas circunstâncias especiais, para determinadas pessoas que necessitarão de uma atenção diferenciada, podem ser elas o único meio de garantir a preservação da saúde, quiçá da vida, conforme explanado no subtópico 3.4 desta dissertação.

Ademais, a questão da negativa da titularidade individual, parte da premissa, como o é na maioria das vezes, de que a concessão judicial de um medicamento, seja ele de alto custo ou não, obriga a retirada de recursos destinados a outras políticas públicas para o cumprimento da determinação judicial. Todavia, além de haver a possibilidade de alocação de recursos e dotações orçamentárias para que haja o cumprimento das prestações garantidas pela Constituição, inexistente a comprovação por parte do Poder Público da impossibilidade financeira para cumprir a determinação Judicial, o que se mostra amplamente necessário, tendo em vista que se assim não for, alegações desse tipo sempre serão utilizadas para justificar a omissão e ineficácia do gerenciador dos recursos destinados às políticas públicas de saúde.

Há de se mencionar ainda, no que se refere a negativa pelo Ministro Barroso da solidariedade dos entes federativos, quando se tratar de *MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA, QUE NESTE MESMO ITEM*, defendeu-se que em se tratando de um direito fundamental, qualquer um dos entes federativos pode ser considerado sujeito passivo na demanda. *NESSE CASO, ENTENDE-SE QUE* não se pode estabelecer que o indivíduo demande apenas contra a União em casos de medicamentos *SEM REGISTRO NA ANVISA*, pois a fim de garantir a efetividade do direito à saúde, o próprio legislador constituinte atribuiu aos entes federados (União, Estados e Municípios) a responsabilidade solidária na

prestação do direito à saúde, o que, repiso, não significa que havendo impossibilidade de prestação de um deles, não possa o outro ser compelido a referida garantia.

No que se refere ao voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário que versa sobre medicamentos de alto custo (RE 566471), o ministro alegou que a prestação individual deve ser excepcional, de modo que “as tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde” (Voto-Vista: Min. Edson Fachin. Proferido em: 28/09/2016).

Além disso, o Ministro afirmou que:

A tutela prestacional individual não coletivizável deve ser excepcional; para a respectiva implementação devem concorrer ampla produção probatória, em que se demonstre que a opção diversa (à disponibilizada pela rede pública) destinada ao paciente decorre de comprovada ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente para o seu caso e que, de outro lado, haja medicamento ou tratamento eficaz e seguro, com base nos critérios da MBE (Medicina Baseada em Evidências).

Destarte, o voto divergente tratou de especificar cinco parâmetros para aferir tais circunstâncias na via judicial, traduzindo-se, portanto, numa decisão que exclui da apreciação do Poder Judiciário casos que não se adequem ao rol taxativo e rígido por ele estabelecido.

Nesses termos, observa-se que referido ministro determinou como preferencial às tutelas coletivas em casos de medicamento ou tratamento ainda não incorporados à rede pública, o que embora demonstre a possibilidade do pleito individual, o faz como uma exceção, de modo que para ele a universalidade do direito à saúde só seria atendida com máxima eficácia quando da propositura de ações coletivas, o que por certo presume-se que as tutelas individuais não se prestariam a mesma eficácia.

Todavia, o entendimento aqui esposado se encontra no âmbito de que a preferência por tutelas coletivas não pode excluir a dimensão individual do direito à saúde, devendo elas coexistirem e não se sobreporem sobre as outras, tendo em vista a importância de cada uma delas para a garantia do direito à saúde, e o fato de que havendo uma atuação eficaz do Poder Público no gerenciamento dos recursos destinados a tal direito inexistirá prejuízo a terceiros, e mesmo que haja, precisa-se saber a margem dessa afetação, a fim de que se verifique até que ponto pode ela dificultar o atendimento de pleitos que por diversas vezes se revestem de uma necessidade premente e concreta.

Quanto ao recurso que versa sobre medicamentos sem registro na Anvisa (RE 657718), o ministro votou pelo provimento, a fim de garantir o fármaco ao requerente, tendo em vista já ter sido incluído na lista da Anvisa.

Considerou-se que, para que a garantia do direito à saúde seja materializada, pelo Poder Judiciário, devem ser observados, de modo não cumulativo, alguns requisitos:

(i) controle de legalidade, vale dizer, não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder; (ii) controle da motivação, isto é, aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a Administração Pública; (iii) controle da instrução probatória da política pública regulatória, ou seja, exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e (iv) controle da resposta em tempo razoável, o que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Além disso, propôs a seguinte tese:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Voto-Vista: Min. Edson Fachin. Proferido em: 28/09/2016).

Nesses casos, embora este trabalho defenda que a atuação judicial não deve agir com abuso de poder, daí porque entende que os magistrados devem sim adotar critérios quando da análise das demandas relacionadas à saúde, porém não da forma realizada pelo ministro Fachin, conforme se verá mais adiante, pois os requisitos por ele adotados não levam em conta também as necessidades urgentes e concretas dos indivíduos, de modo que a ausência de registro na Anvisa por si só, não pode servir como óbice para a negativa do pleito, isso porque a própria parte através de laudos médicos pode comprovar que determinado fármaco não registrado na ANVISA é o único eficaz para o tratamento clínico da moléstia, uma vez esgotas as alternativas disponíveis na rede pública para determinada doença, assim como ele mesmo propôs no julgamento dos recurso extraordinário que versa sobre medicamentos de alto custo.

O Ministro Teori Zavaschi suspendeu novamente a deliberação. Ressalte-se que por se tratarem de temas de repercussão geral, a decisão de mérito prolatada será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores.

Isso significa dizer que os problemas ventilados pelos votos já proferidos, que por certo geram incertezas e inseguranças jurídicas, na medida em que põem em "cheque" os argumentos expostos nesta dissertação, bem como o próprio entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no decorrer do tempo, ainda serão objetos de grandes discussões, permitindo nesse momento, apenas esperar que o direito à saúde não seja preterido por argumentos inconsistentes, considerando ser ele um direito fundamental, e que deve ser garantido de forma plena a todas as pessoas que dele necessitarem, observando para tanto a necessidade de cada indivíduo.

Assim, com vistas a contrariar os entendimentos dos ministros acima referenciados, que convergem para impedir e limitar de maneira desarrazoada a atuação do poder judiciário no que se refere a garantia do direito à saúde, entende-se ser necessário a ampliação da ingerência desse poder, pois uma vez legitimado constitucionalmente para garantir esse direito, deve ele atuar com a liberdade necessária para que haja eficácia e efetividade na prestação dos serviços relacionados à saúde, sem esquecer, claro, de agir de acordo com as normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, e sem abuso de poder.

É exatamente em vistas de que haja a ampliação de atuação do Poder Judiciário para defesa do direito à saúde, sem que, contudo se viole as normas legais e se atue de maneira abusiva, que esta dissertação traz um rol, que por sua vez não é taxativo, de critérios a serem observados pelos magistrados quando da análise das demandas de saúde, que por sua vez irão guiar-lhe, na difícil tarefa de estabelecer a distribuição justa de todo o serviço necessário a preservação, promoção e proteção desse direito.

O primeiro critério a ser analisado, diz respeito à análise entre o pleito disposto na inicial e o princípio da dignidade da pessoa humana, pois muito embora esse princípio esteja firmado nos direitos fundamentais, pode ele estabelecer direitos, que por seu grau de essencialidade e urgência afetam demasiadamente à dignidade do indivíduo, e isso deve ser levado em conta quando da análise do pedido.

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2006) citando Vieira de Andrade preleciona que:

O princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, admite, todavia, que o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existam direitos que constituem explicitamente em primeiro grau da idéia de dignidade e outros que destes são decorrentes (ANDRADE, apud SARLET, 2006, p. 79).

O segundo critério, desdobra-se em universalidade do direito e princípio da isonomia entre os beneficiários. Pela universalidade, a oferta do serviço público de saúde deve ser estendida a todos os cidadãos de maneira igualitária; todavia, considerando que as necessidades podem variar de acordo com as circunstâncias e particularidade de cada indivíduo, o princípio da isonomia deve ser invocado, com o fito de se analisar qual o grau de necessidade daquele que recorre ao judiciário.

Ressalte-se que esse critério é extremamente importante e necessário, pois vivemos em uma sociedade com notórias desigualdades sociais, onde os serviços relacionados à saúde não são distribuídos de maneira justa, tendo em vista que as políticas públicas existentes são incapazes de abranger todos os cidadãos, ante as diferenças que permeia a realidade de cada indivíduo. Assim buscar um tratamento isonômico, levando em consideração essas diferenças oportunizará à sociedade uma distribuição mais justa desses serviços, daí porque observa-se que as demandas individuais são em muitos casos, a maneira mais útil e adequada na garantia do direito à saúde.

O terceiro critério a ser observado é o mínimo existencial que se constitui como um conjunto de situações materiais indispensáveis à existência digna, relacionada não apenas com a sobrevivência física e a conservação do corpo, mas também espiritual e intelectual, uma vez que sem estas situações não seria possível a participação dos indivíduos nas deliberações públicas e nem seria capaz de controlar o seu próprio desenvolvimento (BARCELLOS, 2008, p. 230).

Ingo Sarlet (2009, p. 353) aduz que “todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna (que podem variar de acordo com as circunstâncias) necessariamente compõem o mínimo existencial”. Nesse diapasão, diz-se que esse mínimo deveria ser aplicado sem qualquer margem de ponderação, pois ele se encontra no âmbito do princípio da máxima efetividade do núcleo reduzido de direitos sociais escolhidos, assim, não podem ser preteridos pela reserva do possível.

Assim, em razão de questões orçamentárias não pode o juiz ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde. A reserva do possível não pode servir de alibi para o gerenciador negligente da coisa pública, quando demandado em juízo. Mesmo com a escassez de recursos, é necessário que seja garantido um mínimo exigível, um mínimo existencial.

O quarto critério corresponde à observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais tanto a parte que requer seu direito ao judiciário, quanto o próprio julgador devem velar. A prestação requerida deve representar o que o indivíduo pode

razoavelmente almejar da sociedade, visando sua dignidade, sem comprometer de maneira excessiva o Poder público, razão pela qual caberá ao julgador tomar a decisão em face das circunstâncias da lide e da apuração do binômio utilitário do custo-benefício (CASTRO, et al. 2012, p. 36).

O quinto critério fixa-se na existência ou não de uma política pública destinada à garantia do atendimento pleiteado, pois se houver constatação de que inexistente, o magistrado deverá analisar se essa inexistência decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou seja, se a administração optou por não conceder, ou se há uma vedação legal para tanto.

Tal observância se traduz na ideia de que em decorrência da discricionariedade, o Poder Público, ao escolher os medicamentos que constam em suas listas nacionais, estaduais, e municipais, não proporciona liberdade total. A eleição dos medicamentos depende de critérios específicos, ou seja, subordina-se às espécies de medicamentos (essenciais, estratégicos e excepcionais), bem como devem estar de acordo com os Protocolos de Diretrizes e Consensos Terapêuticos e serem registrados na ANVISA, que por sua vez constata a eficácia e segurança do produto e conseqüentemente realiza seu registro.

Todavia, se considerarmos que o interesse público a ser seguido pelos administradores do SUS deve estar intimamente ligado ao direito à vida e à saúde, entende-se que há uma necessidade de se viabilizar o então fornecimento daqueles medicamentos não elencados pelas relações públicas.

É a análise do caso concreto, portanto, que trará as bases necessárias para uma decisão justa, de modo que, ao mesmo tempo em que não se deve primar pelo acesso sem restrição aos medicamentos, ignorando a existência de obstáculos financeiros, não podemos deixar que esses obstáculos que envolvem o acesso judicial de medicamentos pelo SUS superem a dignidade humana, tendo em vista as necessidades e diferenciações que perpassam o indivíduo de maneira individual. Ressalte-se que esses obstáculos poderiam ser ultrapassados diante de uma interpretação sistemática das normas e da legislação infraconstitucional que organiza a estrutura e funcionamento do SUS.

Por fim, mas, não menos importante, está a necessidade de motivação das decisões judiciais. O magistrado precisa fundamentar suas decisões e estabelecê-la de acordo com a legislação pertinente. Daí a utilização da Constituição Federal associada ou não à Lei nº 8.80/1990 e à jurisprudência dos Tribunais Pátrios.

O cuidado consiste em deixar notória a demonstração do risco que envolve o deferimento, de, por exemplo, um medicamento não registrado na Anvisa tanto no âmbito da integridade física

do indivíduo, como também na demonstração de necessidade de fato dele, ou mesmo de eficácia de determinado tratamento ou medicamento.

Destaca-se que, com o advento do Novo Código de Processo Civil atualmente em vigor, Lei nº 13.105/15 esse critério tenderá a ser colocado efetivamente em prática, pois foi estabelecida taxativamente a obrigação de fundamentação das decisões, conforme os comandos nele dispostos (artigo 489, §1º e incisos).

Observa-se que os seis critérios aqui mencionados não esgotam o rol, mas conseguem estabelecer uma decisão equilibrada e justa, dentro dos ditames constitucionais, sem que haja por parte do poder judiciário qualquer abuso de poder.

De toda sorte, é preciso que se entenda que alinhados aos critérios mencionados, e todos os outros que porventura possam surgir para agregar eficácia às decisões, o Poder Judiciário tem sido legítimo garantidor e indutor das políticas públicas de saúde, apto a ajustar e controlar as políticas públicas ineficientes e induzir a criação de novas políticas, tudo em vistas a garantir o direito à saúde, nos termos estabelecidos pela Constituição.

Essa observância tem sido vista, a partir da análise das decisões do STF, que por sua vez tem se encaminhado constantemente a reconhecer o direito à saúde como um direito fundamental, que para tanto, deve ser garantido de maneira plena e eficaz. Nesse sentido, tem convergido para o entendimento de ser do Estado o dever de garantir tal direito, de modo que sendo ele omissivo ou ineficaz, pode o indivíduo se socorrer das tutelas de saúde para ver sua pretensão atendida.

As decisões do STF em sua maioria convergem para ideia de que os direitos sociais, tidos como fundamentais à existência humana, mais especificamente o direito a saúde, apresentam-se como judicializáveis, merecendo amplas garantias institucionais. Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário, em situações em que o Poder Público se omite ou atue de maneira ineficaz a respeito de políticas públicas de saúde, adotar medidas capazes de garantir esse direito, sem com que haja qualquer violação ao princípio da separação de Poderes.

Ademais, o SFT tem analisado as demandas individuais, e assim o fazem por considerar a necessidade de observância das diferenças que envolvem cada indivíduo, bem como estabelece que elas sejam intentadas contra qualquer um dos entes federativos, tendo em vista a solidariedade entre eles disposta no próprio texto constitucional. Também, no que se refere às questões orçamentárias e a reserva do possível, as teses demonstram que estes argumentos não podem servir como óbice para negar um direito constitucional, face a prioridade do direito à vida e à saúde, prioridade essa que também tem sido invocada para permitir que uma

vez comprovada a necessidade e eficácia de um medicamento, tratamento, insumo, seja ele de alto custo ou não, estando ele na lista ou não da ANVISA, o direito seja garantido.

Logo, para encerrar este importante capítulo, reafirma-se que, uma vez provocado adequadamente, o Judiciário pode ser um instrumento útil, adequado e legítimo na proteção dos direitos fundamentais, pois revestido de razoabilidade, observando cada caso concreto, pode desenvolver um papel amplo na criação e implementação das políticas públicas de saúde.

## **6 CONCLUSÃO**

Resta claro que a saúde preconizada em nossa Constituição como direito fundamental deve ser garantida de maneira plena e eficaz a todos os indivíduos, sem qualquer distinção de cor, raça, religião e classe social.

Esse direito fundamental deve ser garantido por meio da criação, implementação e controle das políticas públicas, o que se concretiza através do denominado ciclo de políticas públicas. Aqui, os grupos de pressão se reúnem, vão numa autoridade, e essa autoridade identifica uma

meta, estabelece os meios, e esses meios depois são controlados para saber se eles chegam a um determinado resultado. Portanto, para que sejam realizadas as políticas públicas deve-se atender alguns processos, que vão desde a sua elaboração até sua implementação.

A Constituição Federal estabelece ainda, que a Administração Pública eleja ações para que essas políticas sejam implementadas de maneira eficaz; essas ações são compostas por alguns elementos, são eles: o orçamento público, o planejamento público e da discricionariedade administrativa, que muitas vezes são utilizados pelo Estado para justificar suas omissões, e conseqüentemente dão azo à atuação do Poder Judiciário, justificada na sua missão constitucional de garantir que os direitos fundamentais não sejam ameaçados.

Estudiosos também trazem como argumentos para tornar ilegítima a atuação do Judiciário no controle da formulação dessas políticas, a impossibilidade desconstrução do sistema representativo que já se encontra estabelecido constitucionalmente, a falta de tecnicismo para analisar quais os problemas sociais mais relevantes a serem dispostos como prioridade nas agendas, para que então essas políticas sejam formuladas e implementadas, de modo que a atribuição, segundo eles, caberia aos demais Poderes que, para tanto, foram eleitos democraticamente pelo voto dos cidadãos para exercer essa função, além de negar a titularidade individual do direito à saúde, visto que, por ser ele um Direito social, deve ser garantido na ordem coletiva, através de políticas públicas, a fim de evitar o tratamento desigual.

Todavia, o que se pretendeu no presente trabalho foi defender que, sendo um dever do estado previsto na Constituição garantir a implementação e execução das políticas públicas, não deve ele se utilizar de argumentos como ausência de orçamento público, nem deve deixar que a indefinição da implementação, a burocratização ou, ainda, a ausência de diálogos entre os atores que participam dela, sustentem as falhas advindas do planejamento. Também, é preciso que se observe a inexistência, inclusive reconhecida pacificamente pela jurisprudência do STF, de violação do princípio da separação dos Poderes, bem como a coexistência das dimensões individual e coletiva que se traduz o direito à saúde.

Nesse sentido, importante afirmar que a judicialização de políticas públicas mostra-se necessária para determinar que o ente público elabore o planejamento para implementação ou correção da política pública, bem como para determinar que o recurso financeiro seja incluído no orçamento futuro, evitando o exercício inadequado do “poder discricionário” justificado através do juízo de “oportunidade e conveniência” da Administração, que, na prática, torna-se totalmente desvirtuado, na medida em que o agente público dele se utiliza, para cometer diversas omissões arbitrárias. E mais que isso, serve para garantir, que o indivíduo que recorre

ao Poder Judiciário, possa ter garantido o direito Constitucional que lhe é negado pelo Poder Público.

Assim, a ideia central da dissertação apresentada consistiu em uma defesa da ampliação da atuação do Judiciário, de modo a se entender que o juiz tem legitimidade para mexer nas decisões dos administradores e legisladores, a respeito de saúde. Referida ampliação se estabelece frente à teoria mais antiga, sendo o mérito administrativo aqui estudado, em última instância, como um modelo institucional de controle da efetivação dos direitos fundamentais e, ainda, o núcleo da afirmação e da extensão do controle judicial.

Não restam dúvidas de que é dever do Estado, por meio da Administração Pública, colocar em prática e com eficiência as políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais, sobretudo, para o presente estudo, os direitos à vida e à saúde, que estão em uma posição prioritária, haja vista que, sem essa garantia, as outras não teriam sentido. Porém, considerando que essa é uma realidade ainda distante do nosso país, necessário que o Poder Judiciário intervenha não somente para impedir a transgressão de seus dispositivos, mas também para garantir a produção de seus efeitos, devendo atuar para preservar a supremacia da Constituição Federal.

Nesses termos, parece clara a atuação ordinária do Poder Judiciário, no sentido de induzir na criação de políticas públicas e controlá-las, a fim de que seja dada maior efetividade aos direitos fundamentais, implicando, conseqüentemente, na maior participação do Judiciário nesse processo. Além do mais, é preciso que se entenda que a garantia desse direito não deve ser estabelecida apenas mediante políticas públicas, mas de acordo com a necessidade de cada indivíduo, que como sujeito ativo desses direitos não pode, nem deve ficar à mercê de um Poder Público, que em boa parte dos casos se reveste de argumentos inconsistentes para se abster de seu papel constitucional.

Com isso, está legitimado pelos princípios e regras constitucionais a dirimir situações que violem os direitos tutelados pela Carta Magna sempre que necessário, a fim de conter as arbitrariedades estatais. Portanto, uma vez que há um dever legal ou constitucional de que uma política pública seja promovida pelo Poder público, observa-se que, em caso de omissão, ou ainda, nos casos de sua existência, mas inexistência de capacidade de promover os direitos dos indivíduos deve o Judiciário intervir na formação delas.

Ao analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, constatou-se que esta Corte vem decidindo os casos que lhes são levados na defesa dos Direitos fundamentais, especialmente do Direito à saúde, reconhecendo essa direito como fundamental; estabelecendo a existência de solidariedade entre os entes federativos, de modo que qualquer

um deles pode ser acionado judicialmente; colocando como prioridade o direito à saúde, corolário do direito à vida, em detrimento das questões de natureza econômico-financeira; não deixando de observar a possibilidade de uma relação individualizada, onde de acordo com as necessidades e diferenças de cada indivíduo, possa ser garantido um mínimo necessário à sua dignidade.

Extrai-se, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal têm se traduzido quase sempre, no reconhecimento, tal como primou o presente trabalho, de atuação ampla do Poder Judiciário. Isso se deve a inexistência de condições satisfatórias na prestação do serviço de saúde por parte do Estado; aqui o Poder Judiciário acertadamente busca dar eficácia social às normas constitucionais, e conseqüentemente efetivar os direitos nela estabelecidos.

Sob os argumentos de que os direitos à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana preponderam sobre a Separação dos Poderes, os Princípios Orçamentários, a Reserva do Possível, bem como de que a titularidade dos direitos sociais possui dupla dimensão, o Supremo Tribunal Federal tem analisado as demandas individuais, e em muitos casos deferido os pedidos nelas constantes.

A legitimidade de atuação advém da própria Constituição, não havendo qualquer afronta à separação dos poderes, tendo em vista não ser ela um dogma absoluto, havendo, nesses casos, uma cooperação entre os três poderes, fincados no sistema de freios e contrapesos, exatamente com vistas a conferir a efetividade do direito aqui discutido.

As questões de natureza econômico-financeira são muitas vezes ultrapassadas nas decisões, em decorrência de que esse argumento utilizado pelo Estado precede da real comprovação de impossibilidade de garantir o direito pleiteado, servindo, portanto, apenas como álibi para a negligência do gerenciador de recursos. Além do mais, estabelecem a possibilidade de alocação de recursos e dotações orçamentárias para que haja o cumprimento das prestações garantidas pela Constituição.

No mesmo sentido, a concessão pela via judicial de prestações individuais foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal que, estabelecendo uma coexistência entre essa titularidade individual e a de natureza coletiva do direito a saúde, entende que a concessão individualizada de tal direito não viola o princípio da isonomia, nem prejudica o direito de terceiros, pois cabe ao poder público o ônus da prova no que se refere a falta de recursos para o atendimento de outras demandas.

Tais fundamentos são evidenciados, justamente porque se entende que o direito à vida e à saúde, além de serem direitos fundamentais, merecem um atenção de ordem prioritária por precederem todos os outros, o que por força constitucional impede uma margem de liberdade

plena do poder Público, sem que com isso possa haver um controle judicial eficaz. Isso porque, embora caiba originariamente ao Poder Público eleger as ações necessárias para que as políticas públicas sejam implementadas, as opções políticas que permeiam essas escolhas impossibilitam que os direitos fundamentais, mais especificamente o direito à saúde, sejam garantidos conforme os preceitos constitucionais.

Nessa situação, edifica-se a necessidade da judicialização de políticas públicas, e consequentemente de um ativismo judicial forte e determinado, para determinar que o ente público crie, implemente ou corrija determinada política pública, tudo isso visando atender as realidades e necessidades de cada indivíduo, a quem pelo princípio da dignidade da pessoa humana deve ser garantido o necessário à vida digna. Por isso, é preciso que se entenda que os direitos a prestações já definidas e disponibilizadas por políticas públicas não são suficientes para dar efetividade aos direitos fundamentais, razão pela qual conceder ao Judiciário uma atuação mais ampla nessa garantia, permite o reconhecimento de direitos originários a prestações.

Contudo, conforme já explanado, não se quer através deste trabalho defender uma atuação judicial sem limites, onde o magistrado decidirá conforme uma margem de liberdade irrestrita, em desconformidade com a lei e com abuso de poder, mas sim, uma ampliação de atuação amparada por critérios a serem aferíveis no caso concreto.

Todavia, essa amplitude de atuação tem sido ameaçada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que ao reconhecer a repercussão geral em dois recursos extraordinários que tratam sobre o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), externaram através dos votos dos Ministros Barroso e Fachin diversas objeções quanto à garantia do direito à saúde, considerando argumentos que implicam na limitação do Poder Judiciário na defesa desse direito, esses em boa parte refutados no presente trabalho. Ressalte-se que a ameaça mencionada se deve ao fato de que o julgamento fora suspenso, em decorrência de pedido de vista realizado na sessão de 28.09.2016 pelo Ministro Teori Zavascki, tendo sido proferido apenas o voto do Ministro relator Marco Aurélio Mello, e dos Votos-vista dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

O relator dos recursos mencionados, Min. Marcos Aurélio votou no sentido de que os medicamentos de alto custo devem ser fornecidos quando imprescindível para o tratamento do paciente; se não puder ser substituído por outro já disponibilizado pelo SUS e se a família do paciente não tiver condições de pagar. Além desses requisitos, no entendimento do ministro, existe

a possibilidade da importação de remédios que, mesmo não registrados na Anvisa, não sejam fabricados ou comercializados no Brasil.

No que se refere aos votos-vista, observa-se que o ministro Barroso defendeu uma atuação mais restritiva do Poder Judiciário. Sustentou que os medicamentos não constantes na lista do SUS só podem ser liberados em caráter excepcional, razão pela qual atribuiu ao Judiciário a necessidade de observância de alguns requisitos quando da análise das demandas, bem como mencionou que a judicialização no país, mais especificamente em se tratando das demandas individuais, compromete as políticas voltadas ao público em geral. Além disso, afirmou ser possível o fornecimento de fármacos não registrados na Anvisa, atribuindo mais uma vez requisitos para tanto.

Quanto ao voto do Min. Fachin, este alegou que a prestação individual deve ser excepcional, o que demonstra a impossibilidade de haver uma dupla dimensão do direito a saúde, tanto, que propõe parâmetros para que sejam fornecidos os medicamentos de alto custo, que por sua vez embora diferentes dos mencionados pelo Min. Barroso trazem uma rigidez que compromete o direito à saúde, que deve ser concedido a todos os cidadãos de maneira plena e eficaz.

Não é de outro modo no que se refere aos medicamentos não registrados na Anvisa, pois também o referido Ministro justifica sua concessão de maneira excepcional, apenas se observados requisitos, que sequer levam em consideração o indivíduo, pois não oportuniza que este através de laudos médicos possa comprovar que determinado fármaco não registrado na Anvisa é o único eficaz para o tratamento clínico da moléstia, uma vez esgotas as alternativas disponíveis na rede pública para determinada doença, assim como ele mesmo propôs no julgamento do recurso extraordinário que versa sobre medicamentos de alto custo.

Não obstante respeitem-se as decisões externadas, nota-se que estas dificultam a concessão dos medicamentos via judicial, e conseqüentemente comprometem o direito constitucional do cidadão, que imbuído da necessidade em decorrência da inexistência das políticas públicas ou de sua ineficácia, porque o Estado se omite, recorre ao Poder Judiciário como única forma de obter tal Direito. Nesse sentido, a limitação da atuação nos termos mencionados pelos ministros Fachin e Barroso não só violam os princípios constitucionais, mas a própria constituição, que por sua vez legitima o Poder Judiciário na defesa do direito à saúde.

Sabe-se que até o julgamento do mérito diversas discussões em torno dessa matéria serão expostas pelo plenário e demais operadores do direito. Parte dos argumentos despendidos nos votos-vista, já mencionados anteriormente, colocam em "cheque" toda a ampliação dos limites do Poder Judiciário defendida neste trabalho, que se perfaz exatamente na necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

Todavia, grande parte dos julgados revestem-se de um caráter garantidor desse direito, de modo que prima-se por confirmar que, embora haja o risco acima mencionado, ressaltando, que a ampliação do Poder Judiciário não se mostra irrestrita, ante os limites impostos pelas próprias normas e para evitar qualquer abuso de poder, acredita-se num julgamento final capaz de continuar permitindo através dos argumentos aqui expostos, essa ampliação, a fim de que a consecução do indivíduo como ser humano seja o primeiro objetivo do Estado, não podendo ser relegado à segunda instância simplesmente porque primeiro vem o indivíduo. Sendo assim, repisa-se, é certo que não pode o Estado recusar-se a garantir a realização plena dos Direitos Sociais preconizados pela Legislação Pátria, tampouco utilizar-se de argumentos inconsistentes para se eximir da sua responsabilidade e do ideal de Justiça que em muito se fala e pouco se pratica, qual seja, a garantia de um mínimo necessário para garantir a dignidade da pessoa humana.

Ora, esse mínimo não pode ser preterido e desrespeitado, de modo que todos os argumentos mencionados pelo estado não podem servir de alibi para o gerenciador negligente da coisa pública. Mesmo com a escassez de recursos, é necessário que seja garantido um mínimo exigível. Em se tratando de assistência farmacêutica, hospitalar e outros relacionados à saúde. É dessa forma que a ausência de recursos deve ser analisada pelos operadores do direito, e não como entrave à recuperação, preservação e manutenção da saúde dos indivíduos. Isto não significa que na presente dissertação defenda-se o acesso sem restrição aos medicamentos e outras necessidades relacionadas à saúde, e muito menos se ignore a existência de obstáculos financeiros. Os obstáculos que envolvem o acesso judicial no que diz respeito a esse direito, todavia, poderiam ser ultrapassados diante de interpretação sistemática das normas e da legislação infraconstitucional que impera a estrutura e o funcionamento do Poder Público. Assim, não obstante o direito à saúde seja alcançado de forma progressiva, cabendo ainda grandes discussões acerca das problemáticas que o envolvem, ao apresentar a ampliação do Poder judiciário na garantia desse direito, é necessário que os magistrados, quando da análise das demandas de saúde, adotem alguns critérios, que por sua vez irão guiar-lhe na difícil tarefa de estabelecer a distribuição justa necessária a preservação, promoção e proteção do direito à saúde, nos termos da lei e sem qualquer abuso de Poder.

A saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, quer seja como pressuposto de existência quer como condição para uma boa qualidade de vida, em face disso a ampliação dos limites de atuação do Poder judiciário na garantia desse direito mostra-se de fundamental importância, e se estabelece sem qualquer dúvida como um instrumento necessário e útil para a concretização desse direito fundamental.

Diante de tais fatos, pode-se afirmar que este Poder não só pode ser considerado um indutor de políticas públicas de saúde, quer seja no ajuste e controle delas, quando ineficientes, quer seja na formulação e implementação de novas políticas, necessárias à existência digna de todo e qualquer indivíduo, como tem percepção disso, na medida em que suas decisões de maneira acertada, conforme visto, têm refletido quase sempre no reconhecimento judicial para dar efetividade aos preceitos constitucionais, mormente quando os direitos fundamentais estão sendo violados.

## REFERÊNCIAS

**ALEXY, ROBERT. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. TRAD. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008.**

---

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In NOBRE, Milton Augusto de Brito e SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, p. 81-112, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2006.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012. p.151-152.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales?** Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm 4 (2004), p. 15-59. <<<http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>>>. Acesso em 14 de Novembro de 2016.

**BAPTISTA, T.W.F.; REZENDE, M. A IDEIA DE CICLO NA ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IN: MATTOS, R.A.; BAPTISTA, T.W.F. (ORG). CAMINHOS PARA ANÁLISE DAS POLÍTICAS DE SAÚDE. PORTO ALEGRE: REDE UNIDA, 2015. P. 221-272.**

---

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; REZENDE, Mônica de . **A ideia de ciclo na análise de políticas públicas**, 2011. Disponível em: <<<http://www.ims.uerj.br/pesquisa/ccaps/?p=432>>> Acesso em: 02/06/2016.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 230.

BARROSO, Luís Roberto. A constituição brasileira de 1988: uma introdução. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, 2007.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em 02/12/2016.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 173-204, jun. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **AGRG no Recurso Extraordinário nº 271. 266-8**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 12/09/2000. Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>> Acesso em : 06/12/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607381**. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 31.05.2011. Disponível em:<<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>>

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **ADPF 45-9 – Distrito Federal**. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em: 4 de maio de 2004. Disponível em: <<[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>>

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal federal. **STA 175 AgR CE**. Relator. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>> julgado em : 17/3/2010

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **SL 710 RS**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24139801/suspensao-de-liminar-sl-710-rs-stf>> Julgado em: 05 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **RE 607381 SC**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 31 de Maio de 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844868/agreg-no-recurso-extraordinario-re-607381-sc>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **RE 566.471 RN**. Rel: Min. Marco Aurélio. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **RE 657718 MG**. Rel: Min. Marco Aurélio. Disponível em:<<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>>

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Voto-Vista**. Proferido em: 28.09.2016. Ministro Luís Roberto Barroso (RE 566.471) disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 20/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Voto-Vista**. Proferido em: 28.09.2016. Ministro Luís Roberto Barroso (RE 657718- MG) disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-05.pdf>

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Voto-Vista**. proferido em: 28.09.2016 Mini. Edson Fachin. <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>>>

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Voto-Vista**: Min. Edson Fachin. Proferido em: 28/09/2016. Disponível em:<<<http://s.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>>>

BRAZ, Kalini Vasconcelos, et al (2010). **Efetivação do Direito à Saúde e Concessão de Medicamentos via Ação Judicial**. Publicações da Escola da AGU: Temas de Direito e Saúde: Coletânea de Artigos. Brasília: AGU, 2010. p. 41.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do poder judiciário. **Revista do TRT da 8ª Região - Suplemento Especial comemorativo**. Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, Julho-Dezembro/2008.

\_\_\_\_\_. Direito Fundamental à Saúde: Propondo uma Concepção que Reconheça o Indivíduo como seu Destinatário. **Revista A Leitura - Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Vol. 5, n. 9 (nov.2012). Belém: ESM/PA. p. 136-145.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr., 2015.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Os Direitos Fundamentais**, 2007. Disponível em: <<<http://www.prolegis.com.br/os-direitos-fundamentais/>>> . Acesso em: 24/10/2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In J. E. Faria (Org.), **Direitos Humanos Direitos Sociais e Justiça**, São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARDOSO JÚNIOR; José Celso. Política e Planejamento no Brasil: Balanço Histórico Propostas ao Plano Plurianual 2020-2023. In: **Planejamento Brasil século XXI: inovação institucional e refundação administrativa: elementos para o pensar e o agir**. Brasília: IPEA, 2015.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros et al. Análise dos impactos das decisões judiciais sobre o orçamento da União no caso da Saúde Pública: Previsibilidade e Contingenciamento. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. vol. 102, 2012. p. 15-40.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

CONSELHO FEDERAL de Medicina – CFM. **Governo gasta R\$ 3,89 ao dia na saúde de cada brasileiro**. Disponível em: [https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3) Acesso em: 05/12/2016

DANIEL, Juliana Maia. **Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas**. [Monografia]. Curso de Pós Graduação. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito Departamento de Direito Processual Civil.

DIAS, Jean Carlos. **Políticas públicas e questão ambiental**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 31, n. 8, jul./set., 2003.

\_\_\_\_\_. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 4).

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11749](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749)>. Acesso em ago 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA Guilherme Cardoso Antunes da. **O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 2011. Disponível em :<<  
<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/366/1762>>>. Acesso em: 22/11/2016.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** 1ª ed., 1ª tir., ed. Malheiros, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva 2005.

FIGUEIREDO, Ivanilda. **Políticas Públicas e a realização dos direitos sociais.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006.

FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 4ª ed, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 372.

FREIRE JUNIOR, Américo Benê. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 76.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos.** IN: BARCELLOS, Ana Paula de [et.al.]. **Legitimação dos Direitos Humanos.** 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Ativismo, Discricionariedade judicial e a Problemática da Política Criminal.** Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 63, p. 47-56, maio/ago, 2014.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

HOLMES, Sthephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights:** why liberty depends on taxes. 2nd edition. New York: W W Norton & Co Inc, 2000.

HOWLETT, M.; RAMESH, M. **Studying Public Policy:** Policy Cycles and Policy Subsystems. 2nd edition. Toronto: Oxford University Press, 2003.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Gastos com saúde alcançaram 8% em 2013.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2015/12/gastos-com-saude-alcançaram-8-do-pib-em-2013>. Acesso em: 08/11/2016.

KINGDON, John W. (1995). Agendas, Alternatives, and Public Policies. € 2nd Edition. Harper Collins College Publishers. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (2007). **Políticas Públicas – Coletânea Volume 1.**

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Manual de Direitos Humanos Internacionais. Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos.** São Paulo: Edições Loyola, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 271.

MEDICI, André. **Direito da saúde no Brasil**. Campinas/SP: Editora Saberes, 2010. p. 266.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia Das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1ª ed., 3ª tir., 2011.

MELLO, Celso de. **Defende Ativismo Judicial do Supremo e Pesquisas Científicas**., 2008. Disponível em:  
<<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586>>> Acesso em: 04/12/2016.

MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais – sua Dimensão Individual e Social**. Cadernos de Direitos Constitucionais e Ciência Política, nº 1, 1992, p. 200.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67-68.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à saúde**. 1ª ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 6. Disponível em <  
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em: 12/11/2015.

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

POLIGNANO, Marcus Vinícius. História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão [Internet.]. Disponível em:<<[http://www.uff.br/higienesocial/images/stories/arquivos/aulas/Texto\\_de\\_apoio\\_3\\_-\\_HS-Historia\\_Saude\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.uff.br/higienesocial/images/stories/arquivos/aulas/Texto_de_apoio_3_-_HS-Historia_Saude_no_Brasil.pdf)>> Acesso em: 01/12/2016.

SERVIÇO DE APOIO às Micro e Pequenas Empresas de Minas Gerais – SEBRAE/MG. **Políticas Públicas: conceitos e práticas [Manual]**. Supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; Coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas. Belo Horizonte: SEBRAE/MG, 2008. Série Políticas Públicas. vol. 7.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: Uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 152-154.

SANTOS, Fernanda Barbosa dos; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DUARTE, Hugo Garcez. Direitos Fundamentais: a busca por sua efetivação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=10201&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10201&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 14/08/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In NOBRE, Milton Augusto de Brito e SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, p.17-144, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 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/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>> Acesso em: 12/11/2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental À saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível - depoimento Juarez Freitas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento da implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Org.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SODRÉ, Habacuque Wellington. As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política. In: **Revista de Processo (RePro)**, Vol. 200, Ano 36 - outubro 2011, p. 279-310. Disponível em: <<<http://tonsoweha.blogspot.com.br/2013/07/politicas-publicas-ativismo-judicial-e.html>>>. Acesso em: 12/08/2016.

SOUSA, Oziel Francisco de. **A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Judiciário: Uma Breve Análise.** São Paulo: All Print, 2008.

TAVARES, Alexandre Macedo. **Fundamentos de Direito Tributário.** 3ª ed. Florianópolis: Momento Atual, 2006.

VALLE, Vanilce Regina Lírio do (org). **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Juruá, 2009.

VIGO, Rodolfo. Presente de los derechos humanos y algunos desafíos- con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994. In: **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005.** Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet.- Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006. v. 1, t. 1.

WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.