

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JUAN ABELARDO ESQUIRE NOGUEIRA JUNIOR

**A CRISE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO E O FENÔMENO DA
JUDICIALIZAÇÃO**

**FLORIANÓPOLIS
2018**

JUAN ABELARDO ESQUIRE NOGUIERA JUNIOR

**A CRISE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO E O FENÔMENO DA
JUDICIALIZAÇÃO**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagúndez

FLORIANÓPOLIS

2018

JUAN ABELARDO ESQUIRE NOGUEIRA JUNIOR

**A CRISE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO E O FENÔMENO DA
JUDICIALIZAÇÃO**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Paulo Roney Ávila Fagúndez

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Paulo Roney Ávila Fagúndez

Orientador

Prof. Dr. Fernando Kinoshita

Prof. Dr. Eduardo Antônio Temponi Lebre

AGRADECIMENTOS

Devo agradecimentos a muitas pessoas que contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional, que acompanharam a minha trajetória e de alguma forma colaboraram com a realização deste trabalho. Primeiramente agradeço aos meus pais, Rosa Liria Garandán Malo e Juan Abelardo Esquire Nogueira, sempre incentivadores do meu progresso;

A minha esposa Luciana Machado Sebastião, por me apoiar sempre, grande responsável por me fazer embarcar nesta jornada;

A minha princesinha Sofia Sebastião Nogueira, que ao chegar na metade do curso de Direito, preencheu minha vida de alegria e inspiração;

Aos demais familiares, pelo apoio e torcida;

Aos membros da banca, profissionais especialmente escolhidos por quem cultivo admiração e respeito;

Ao meu orientador, Professor Dr. Paulo Roney Ávila Fagúndez, por me acompanhar no caminho da pesquisa e confiar no meu trabalho.

A realização dos direitos sociais é, com certeza, um dos problemas cruciais vinculados ao tema dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea, sobretudo sob a fórmula do Estado Democrático de Direito. Um dilema que repercute os sucessos, os limites e os fracassos deste mesmo projeto de organização política, bem como põe em relevo as dificuldades de produção de sentido das normas constitucionais que veiculam tais conteúdos. Tal questão remete à necessidade de se repensar, sobretudo em um país periférico (se válida ainda tal concepção) ou de modernidade tardia- como o Brasil-, as condições necessárias e suficientes para a minimização das dificuldades em resgatar os compromissos da era moderna em torno ao caráter finalístico do próprio Estado (NUNES; SCAFF, 2011, p. 05).

RESUMO

O Direito à saúde é um dos mais importantes para toda a sociedade brasileira, as políticas públicas relacionadas à matéria são questões obrigatoriamente incluídas nos debates nacionais. Tal direito é uma garantia fundamental expressamente positivada na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/1988 e nas leis infraconstitucionais. Assegurar e promover o acesso à saúde é dever constitucional do Estado que o faz por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Infelizmente a questão financeira, mais especificamente a escassez de recursos públicos, atualmente representa o maior entrave da efetivação deste sistema, quando se discute este fato são colocados em jogo diferentes visões e interesses sobre o papel do poder público. Neste contexto, o Poder Judiciário deve adotar parâmetros de racionalização e uniformização em sua atuação para proteger a efetivação do acesso digno à saúde. Desta forma, a judicialização da saúde é somente uma das facetas do fenômeno global da judicialização plena da vida dos brasileiros. Atualmente tramitam milhões de processos na justiça nacional. Dentre as várias demandas que se proliferam de maneira crescente, estão as que têm por epicentro o direito universal à saúde. Houve um avanço considerável no rumo ao urgente diálogo entre os ocupantes do polo passivo dos litígios e a justiça, mas ainda há muitas situações de estranhamento recíproco. As questões atreladas à saúde não podem se circunscrever às situações de morbidez, isto porque, esta interfere em todas as demais políticas públicas por afetar diretamente o ser humano. Assim, o presente trabalho tem por escopo demonstrar que a intervenção do judiciário contribui para a efetivação do direito fundamental à saúde, contudo, faz-se necessário a adoção de parâmetros de racionalização em sua atuação.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Intervenção. Sistema Único de Saúde. Direito Fundamental. Dignidade Humana. Brasil.

ABSTRACT

The right to health is one of the most important for the whole Brazilian society, the public policies related to the matter are issues that must be included in the national debates. This right is a fundamental guarantee expressly affirmed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and in the laws under the constitution. Ensuring and promoting access to health is the State's constitutional duty to do so through the Unified Health System (SHU). Unfortunately, the financial question, more specifically the scarcity of public resources, currently represents the greatest obstacle to the effective implementation of this system, when discussing this fact are put in play different visions and interests on the role of public power. In this context, the Judiciary must adopt rationalization and standardization parameters in its action to protect the effectiveness of decent access to health. In this way, the judicialization of health is only one facet of the global phenomenon of full judicialization of the life of Brazilians. Currently, millions of cases are being processed in the national justice system. Among the various demands that are proliferating in a growing way, there are those that have as epicenter the universal right to health. There has been considerable progress towards the urgent dialogue between the occupiers of litigation and justice, but there are still many situations of mutual estrangement. The issues related to health can not be limited to situations of morbidity, this because it interferes in all other public policies because it directly affects the human being. Thus, this paper aims to demonstrate that the intervention of the judiciary contributes to the realization of the fundamental right to health, however, it is necessary to adopt rationalization parameters in its action.

Keywords: Health Judicialization. Intervention. Unified Health System. Fundamental right. Human dignity. Brazil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A SAÚDE SOB O PRISMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 Direitos fundamentais	12
2.2 Dimensões dos direitos fundamentais	15
2.2.1 Direitos de primeira dimensão (individuais ou negativos).....	16
2.2.2 Direitos de segunda dimensão (sociais ou positivos).....	16
2.2.3 Direitos de terceira dimensão (difusos e coletivos).....	18
2.3 Saúde e dignidade da pessoa humana	22
2.4 Modelo de saúde pública segundo a Constituição – Sistema Único de Saúde – (SUS)	26
2.5 Aplicabilidade e efetividade do direito à saúde	30
3 ORGANIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO TOCANTE A SAÚDE NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	34
3.1 Políticas públicas em saúde no Brasil	34
3.2 Poder discricionário da Administração Pública: conceitos e limites	40
3.3 Planejamento orçamentário e escassez de recursos	42
3.4 Teoria da reserva do possível	47
4 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	50
4.1 Jurisprudência em matéria de saúde no Brasil	50
4.2 O poder judiciário e o seu papel na concretização do direito à saúde	55
4.3 Teoria da separação dos poderes	58
4.4 Possíveis soluções para dirimir a judicialização	59
4.4.1 Fortalecimento da via administrativa	59
4.4.2 Participação popular e democracia na saúde	62
4.4.3 Apoio técnico ao Poder Judiciário.....	66
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, nos anos 90, com as demandas dos pedidos de antirretrovirais Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), a função política do Poder Judiciário na saúde pública ganhou especial destaque a partir da concessão pelo judiciário desses medicamentos. Uma eclosão de demandas judiciais e o elevado número de decisões favoráveis aos pleitos referentes ao direito à saúde do povo tornou relevante o estudo sobre a judicialização da saúde, nascendo, assim, uma nova realidade na democracia do sistema político nacional, capaz de desestabilizar o equilíbrio entre os poderes desencadeando um verdadeiro mal-estar. Deste modo, a judicialização da política é enxergada como fruto dessa nova realidade (JUNGES, 2009).

A judicialização da política representa a expansão dos poderes dos magistrados na tomada de decisões de natureza política. Países democráticos possuem demandas judiciais contra o ente estatal, pleiteando a prestação dos seus direitos, como a assistência em saúde, medicamentos, suplementos alimentares, internações, custeio de tratamentos, entre outros (JUNGES, 2009). O debate a respeito da judicialização da saúde precisa ser enriquecido sob o aspecto da “[...] análise sociológica sobre as deficiências da formação social brasileira, o problema da representação política no país e da expectativa de efetividade constitucional e [...] de concretude dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2009, p. 76).

Ainda nesse sentido, Luís Roberto Barroso nos traz o “resgate do pensamento político brasileiro, a partir da análise de sua formação social e institucional, a qual destaca a defesa da centralidade do Poder Judiciário como solução dos problemas institucionais no país” (BARROSO, 2009, p. 76).

A atual participação do Poder Judiciário nas decisões que envolvem toda a sociedade é uma característica da democracia. O processo de redemocratização do país, após o declínio do regime militar, expandiu o campo de atuação do Poder Judiciário e aumentou o desejo por Justiça, passando a exigir deste maior especialização nos diferentes setores públicos, transformando-o em um verdadeiro poder político, para consolidar as leis e os direitos constitucionais. É importante frisar que, em cada setor público, existe uma lei ordinária básica que o estrutura e lhe atribui princípios, diretrizes e bases organizacionais complexas.

Notadamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é programática, tem ampla abrangência de temas, perpassa os limites da sua própria garantia e não institui apenas procedimentos e regras, mas, especialmente, fixa valores substantivos como o direito à saúde, o direito à vida, o direito ao trabalho e uma gama de valores e de questões que comumente são estabelecidas por meio de disputas políticas. É um elenco de diversos direitos econômicos e sociais, desfalcados dos meios de sua realização e efetivação.

Com efeito, cabe tecer importantes reflexões que possam fazer do complexo fenômeno da judicialização da saúde uma questão capaz de transcender interesses que configuram um processo acelerado de litígios processuais, a fim de efetivar esforços políticos no plano das políticas públicas de saúde.

Neste sentido, a judicialização da saúde no Brasil é proveniente de três problemas básicos que desestruturam o sistema, quais sejam: a) a questão institucional, financeira e de gestão; b) a recente construção e implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) como política pública exige readequação; e c) o necessário aprimoramento frente às diversas necessidades de saúde da população contemporânea, para uma reestruturação política de serviço público mais eficiente no atendimento ao direito à saúde universal e gratuito (BUENO, 2005).

Para fundamentar o presente trabalho, conforme ensinamentos de Campos (2015) será utilizada coleta de dados, por meio de documentação indireta, ou seja, pesquisas documentais (fonte primária) e pesquisas bibliográficas (fonte secundária). O material a ser utilizado para o desenvolvimento da pesquisa está disponível em livros, revistas, artigos científicos, dissertações e teses referentes ao assunto em questão.

De acordo com Gil (1999), o método de abordagem a ser empregado será o dedutivo, já que parte do geral para o particular. E quanto ao tipo de procedimento, ou seja, o meio ao qual a investigação se dará será por meio do método histórico que visa investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para analisar os reflexos na atual sociedade.

A pesquisa em tela justifica-se na medida em que diariamente são interpeladas inúmeras ações judiciais para garantir o devido acesso aos serviços de saúde e, em razão da imensidão populacional e territorial do Brasil, esta situação apresenta inúmeros desafios que estão na gestão, na complexidade dos atendimentos e até na escassez de recursos financeiros.

Assim, faz-se necessário um estudo mais aprofundado do tema, a fim de responder a seguinte indagação: A intervenção do judiciário contribui para a efetivação do direito fundamental à saúde?

Através do questionamento levantado, objetiva-se com o presente estudo demonstrar que a atuação do Poder Judiciário tem assegurado a concretização do direito à saúde, contudo, faz-se necessário a adoção de parâmetros de racionalização em sua atuação.

Deste modo, pretende-se como objetivo geral esclarecer a um grupo não determinado de pessoas os resultados trazidos pela judicialização da saúde, de modo a evidenciar seus reflexos positivos, quando respeitados os limites da razoabilidade.

Já como objetivos específicos, o que se busca é conceituar o direito fundamental à saúde; examinar a positivação deste direito na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988); apresentar o histórico da saúde pública no Brasil após a Carta Magna de 1988; expor as principais críticas opostas a judicialização da saúde; analisar a atuação do Poder Judiciário na promoção e efetivação das políticas públicas de saúde; e elencar as alternativas para racionalização e padronização das ações judiciais.

Inicialmente, no capítulo I será analisada a saúde sob o prisma dos direitos fundamentais, com a abordagem de suas especificidades e dimensões, a dignidade humana, o modelo de saúde pública segundo a Constituição da República vigente e a aplicabilidade e a efetividade deste direito primordial à manutenção da vida humana.

No capítulo II, será discutida a organização do poder público no tocante a saúde no Brasil, com a avaliação das políticas públicas nesta área, o poder discricionário da Administração Pública e seus conceitos e limites, e o planejamento orçamentário e a escassez de recursos.

Por fim, no capítulo III, será explanada a questão da judicialização do direito à saúde no país com análise jurisprudencial sobre a temática, além do estudo sobre o controle da administração pública avaliando os limites de atuação do Poder Judiciário, as possíveis soluções para dirimir a judicialização, o papel da participação popular e demais questões atinentes à matéria.

Dentro do contexto apresentado, cumpre salientar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim tocar em aspectos

relevantes da matéria, de modo a iniciar um debate e contribuir para a formação de uma consciência sobre o tema, sem o intuito de dissolver a questão.

2 A SAÚDE SOB O PRISMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo analisará o direito fundamental à saúde, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, bem como sua positivação no ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

2.1 Direitos fundamentais

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do ser humano no curso da história constitui um processo não linear, permeado de avanços e retrocessos, e que culmina na construção do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Nesse sentido assevera Norberto Bobbio:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com as mudanças das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas. (BOBBIO, 1992, p. 18)

Produzida no interior de um processo de redemocratização, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) consagra, logo no segundo título, um extenso rol de direitos fundamentais, composto de direitos individuais, coletivos e difusos.

O regime jurídico do direito fundamental à saúde está previsto no artigo 6º e artigos 196 e seguintes da Constituição Federal (CF), dentre outros dispositivos fundamentais existentes. ¹Destaca-se a complexidade em delinear o reconhecimento de um direito subjetivo individual referente às prestações na esfera da saúde.

¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. 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. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua

Contudo, o dilema concernente ao conteúdo do direito à saúde não é o foco que aqui se pretende enfrentar. Sob outra ótica, o dever fundamental à saúde está determinado de modo muito claro no texto constitucional, incluindo-se a necessária adoção de ações de prevenção e precaução, como, por exemplo, a implantação de saneamento dito básico.

O artigo 6º da Lei Complementar nº 141/2012 estabelece que os Estados deverão aplicar em ações de serviços públicos de saúde, anualmente, no mínimo 12% da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159 do mesmo diploma legal. (FIGUEIREDO, 2007)

Já o artigo 7º determina que os Municípios deverão aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde o percentual mínimo de 15% da arrecadação dos impostos previstos no artigo 156 e dos recursos dispostos nos artigos 158 e 159 da Carta Constitucional (FIGUEIREDO, 2007)

Cabe frisar a preocupação com o frequente argumento de “falta de recursos”, mesmo diante de casos em que os gestores estatais sequer aplicaram os recursos mínimos previstos na Constituição Federal, ou nas situações em que aplicaram o mínimo constitucional exigido, mas a destinação não foi instituída com eficiência de forma a respeitar o direito/ dever fundamental à correta administração pública.

Neste sentido, a saúde constitui um direito social, conforme expressa previsão no artigo 6º da (CRFB/1988), e um direito de todos nos termos do artigo 196 da (CRFB/1988), especialmente uma responsabilidade de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios [artigo 23, II, (CRFB/1988)], com previsão de percentuais mínimos a serem investidos. Uma vez descumpridos tais percentuais, poderá ensejar intervenção da União nos Estados, ou dos Estados nos Municípios, consubstanciando uma exceção à proibição de vinculação de receita de impostos, nos termos da Magna Carta.

Assim, a saúde é uma incumbência fundamental que exige medidas de prevenção e precaução de modo a assegurar o princípio da equidade intrageracional e intergeracional. Na Lei Complementar nº 141/2012 em diversos artigos também

execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

são previstas determinações preventivas, como medidas de saneamento básico, vigilância em saúde (sanitária e epidemiológica), construção e ampliação de estabelecimentos públicos, dentre outras medidas (incisos I, II, VI, IX do artigo 3º). No entanto, na implementação das previsões legais, infere-se a deficiência na elaboração de um Plano Nacional de Saúde a médio e longo prazo.

Pelo tratamento constitucional atribuído ao direito fundamental à saúde, observa-se que o legislador constitucional tomou como ponto de partida para a elaboração de direitos e deveres, não apenas o sujeito abstrato enquanto detentor de direitos fundamentais, mas antes disso, o ser humano socialmente situado.

As previsões no texto constitucional do direito e dever à saúde afiguram-se como bons exemplos para exercitar a concepção da sustentabilidade multidimensional trazida por Juarez Freitas.² O próprio artigo 196 da (CRFB/1988) determina que a saúde será assegurada por meio de políticas econômicas e sociais, por acesso igualitário e universal, mediante a participação da coletividade, incluindo-se questões como preocupações do Sistema Único de Saúde (SUS) com o meio ambiente (FREITAS, 2011).

No que diz respeito ao financiamento da saúde, os artigos 198 e 195 da CF, juntamente com a Emenda Constitucional nº 29/2000, recentemente foram complementados pela Lei Complementar nº 141/2012, que especificou os percentuais mínimos a serem investidos na área da saúde, dentre outros detalhes de ordem econômica.

César Luiz Pasold (1986) enfatiza que a saúde como direito fundamental do cidadão não é respeitada no Brasil na dimensão mínima esperada, assevera que a função social tem ao menos um segmento definido, qual seja, o da Saúde Pública, e preconiza que a saúde é direito do cidadão e responsabilidade do Estado:

Esta relação bimodal precisa ser estabelecida com urgência, sob pena das sequelas sociais aumentarem, alcançando patamares insustentáveis. [...] O Estado, como máquina e como conjunto de atividades, necessita articular-se, estruturar-se e mobilizar-se, com competência e eficiência, para cumprir o seu dever pertinente. [...] **discurso constitucional [...] contribuirá para a realização do necessário [...] deve receber, no processo constituinte e**

² Para o autor a sustentabilidade é aplicável para várias áreas do Direito, não somente ao Direito Ambiental, de mesma forma que a sustentabilidade é um princípio multidimensional: Dimensão ética, no sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever-prazer universalizável, acima das limitações conhecidas do formalismo Kantiano e na correta compreensão darwiniana da seleção natural (FREITAS, 2011, p. 57).

no seu produto, uma posição de destaque, definitiva e definidora [...] torna-se imprescindível estabelecer os mecanismos básicos de consecução do princípio a necessidade do equacionamento constitucional da grave, urgente e nacional questão da Saúde Pública (PASSOLD, 1986, p. 93) (grifo nosso).

Tal entendimento é corroborado por Piovesan (2004), que defende que a agenda de direitos humanos está centrada na tutela de direitos políticos e civis. Atualmente, o alargamento dessa tradicional agenda passa a incorporar novos direitos, com destaque para os direitos sociais, econômicos e culturais, com ênfase no direito social à saúde, pela tutela do bem jurídico mais precioso para o ser humano. Neste contexto, o percurso para a concretização deste direito revela-se árduo, seja pela escassez de recursos ou pela má administração pública.

2.2 Dimensões dos direitos fundamentais

A origem e o desenvolvimento dos direitos fundamentais não se deu de uma forma homogênea e sincrônica: diferentes direitos se originaram em épocas distintas, de acordo com o contexto histórico de cada época. Por este motivo, José Afonso da Silva aponta a *historicidade*, como a primeira característica dos direitos fundamentais: “São históricos com qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas”.³

Segundo Novelino (2016):

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. A consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais deu origem às chamadas gerações de direitos fundamentais. Atualmente, tendo em conta que o surgimento de novas gerações não importa na extinção das anteriores, parte da doutrina tem optado pelo termo dimensão. O lema revolucionário do século XVIII (liberdade, igualdade e fraternidade) inspirou esta classificação baseada no conteúdo e na sequência histórica de surgimento dos direitos fundamentais nos textos das constituições. (NOVELINO, 2016, p. 272)

Dessa forma, dividem-se os direitos fundamentais em três gerações ou dimensões, as quais serão analisadas a seguir.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 181.

2.2.1 Direitos de primeira dimensão (individuais ou negativos)

Os direitos fundamentais surgiram sob a forma de direitos e garantias individuais, inseridos no contexto da instauração do Estado Moderno absenteísta, do final do século XVIII. Por isso, se fala em “primeira geração” dos direitos fundamentais, que seriam direitos de caráter “negativo”, dirigidos a uma não-intervenção do Estado, tais como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. (SARLET, 2007).

Nesse sentido:

A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e, à inviolabilidade de domicílio. (MENDES, 2012, p. 205).

Segundo Marcelo Novelino (2016), os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração), ligados ao valor liberdade, “surgiram com as primeiras constituições escritas, cujos textos consagraram os direitos civis e políticos. Nas revoluções liberais ocorridas no final do Século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais”.

Desse modo, ainda não havia a preocupação com desigualdades sociais:

O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso a liberdade sindical e o direito de greve — considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos — não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes. (MENDES, 2012, p. 205)

2.2.2 Direitos de segunda dimensão (sociais ou positivos)

O reconhecimento formal da igualdade de todos perante a lei ocultava a superposição das relações entre pessoas na base econômica (GRAU, 2005). Patrões e operários eram considerados como contratantes perfeitamente iguais em direitos e com inteiras condições de estipular as condições do trabalho. O resultado disso foi a brutal pauperização das massas proletárias no século XIX, suscitando o surgimento das teorias socialistas e a organização da classe trabalhadora (COMPARATO, 2003). A constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo gerou amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais da chamada “segunda geração”. (SARLET, 2007)

Nesse sentido, aponta Joaquim José Gomes Canotilho (2002):

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da ‘sociedade burguesa’ são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo MARX, em A Questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem ‘egoísta’ e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do ‘homem total’, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, o que é certo é que a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. As declarações universais dos direitos tentam hoje uma ‘coexistência integrada’ dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual. (CANOTILHO, 2002, p. 385)

A plena afirmação dos direitos fundamentais sociais só ocorreu no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, além de submeter o uso da propriedade privada ao bem comum. A Constituição Alemã de 1919, promulgada logo após o término da Primeira Grande Guerra (1914-1918), foi a precursora dos direitos sociais na Europa, dando especial ênfase à educação pública e ao direito trabalhista. (COMPARATO, 2003)

A crise econômica de 1929 e a Depressão, por sua vez, demonstraram a necessidade de uma intervenção do Estado na economia de modo que se concilie iniciativa privada e ação governamental, como se observa no New Deal de Roosevelt. Todo esse processo desemboca no advento do Estado Social de Direito no segundo pós-guerra nos países desenvolvidos, tendo como marco

inaugural a Constituição Alemã de 1949. O Estado, a partir de então, passa a garantir tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação a todo cidadão, não mais como caridade, mas como direito público. (STRECK; MORAIS, 2006).

Sobre os direitos fundamentais sociais, é oportuno ressaltar que é comum se argumentar que estes direitos, de caráter prestacional, acarretam maiores ônus aos cofres públicos (teoria da escassez dos recursos). Cumpre observar, entretanto, que a teoria da escassez dos recursos jamais é levantada quando se tutela direitos clássicos da primeira geração, tal como o da propriedade. Nesse sentido, Flavio Galdino indaga “quanto terá custado aos cofres públicos enviar e manter em campanha por semanas a fio em Eldorado dos Carajás mais de quinhentos homens armados”. (GALDINO, 2005, p. 231)

Segundo o autor:

O custo dessa operação maligna desencadeada a propósito da segurança pública não é senão o custo que o direito de propriedade (seguramente “privada”) em questão representou para o Estado (e representa todos os dias). Será possível ainda dizê-la meramente negativa? Naturalmente que não. A verificação da positividade de todos os direitos fundamentais é que irá permitir uma escolha lúcida entre a violenta proteção do direito subjetivo de propriedade “privada” e “privatística” oitocentista e a adequada prestação educacional ou de saúde, que talvez sejam menos custosas, e por certo muito mais necessárias. (GALDINO, 2005, p. 231)

2.2.3 Direitos de terceira dimensão (difusos e coletivos)

Segundo Marcelo Novelino (2016), o surgimento de direitos fundamentais de terceira dimensão (ou geração), ligados à fraternidade (ou solidariedade), é “atribuído à constatação da necessidade de atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, por meio da colaboração de países ricos com os países pobres”. (NOVELINO, 2016, p. 273).

Segundo o autor:

Diversamente das duas dimensões anteriores, há divergências na doutrina acerca dos direitos compreendidos nesta dimensão. Para Bonavides (1996), incluem-se, exemplificativamente, o direito ao desenvolvimento (ou progresso), ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos de terceira dimensão são transindividuais destinados à proteção do gênero humano. (NOVELINO, 2016, p. 273).

Para o eminente constitucionalista Paulo Bonavides (2006), os direitos fundamentais de terceira geração:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2006, p. 569).

Ao iniciar os estudos sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Canotilho (1999) afirma que uma norma pode ser assim qualificada quando “fundamentais deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto” (CANOTILHO, 1999, p. 1176). Essa é a compreensão primordial da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, qual seja: ampliar a abrangência do dever do Estado pela sua concretização, ainda que inexista especificidade que a vincule a um determinado indivíduo.⁴

É relevante situar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em seu contexto histórico para delimitar, de maneira precisa, sua significação. Em um primeiro momento, a referida dimensão surgiu na jurisprudência e na doutrina alemã após o período da Segunda Guerra Mundial com o propósito de possibilitar a efetividade dos direitos sociais.

Na Alemanha surgiu essa necessidade já que não existiam leis que prescrevessem direitos sociais na Constituição de Bonn, havendo exclusivamente a que estabeleceu a dignidade humana e o estado social como princípios fundamentais

Sendo assim, todos os direitos fundamentais aos quais a sociedade visava adimplemento pelo ente estatal eram provenientes desses preceitos. Desta forma, a efetividade dos direitos sociais não era oriunda de relação subjetiva, mas sim de desdobramento hermenêutico da norma de direito fundamental, encontrando seu mais significativo alicerce na doutrina do caráter objetivo (ALEXY, 2008).

Neste contexto Oliveira *et al* (2015) preleciona o seguinte:

⁴ Os direitos fundamentais denotam de uma origem histórica ligada com a evolução da humanidade e da própria dimensão do Estado, especialmente quando se pensa em direitos fundamentais nos vem à mente a relação entre indivíduos e o Estado. Ao longo dos tempos, os direitos fundamentais foram passando por profundas evoluções, de modo a acrescentar a órbita das relações entre o homem e o Estado, tanto isto é verdade que atualmente usamos a terminologia “dimensão” dos direitos fundamentais ao invés de “geração”, uma vez que a primeira dá a exata conotação do crescimento gradativo destes direitos (RODRIGUES, 2012, p. 01).

Os direitos fundamentais têm dimensões positivas e negativas: tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos econômicos, sociais e culturais possuem tanto uma dimensão positiva como negativa. Estas dimensões respondem de forma diferente no que diz respeito à aplicabilidade e ao grau de eficácia das normas de direitos fundamentais. Deve-se, no processo de efetivação do direito fundamental, identificar as diferentes dimensões dos direitos e distingui-las. Reconhece-se, porém, que a dimensão principal dos direitos econômicos, sociais e culturais, na tentativa de assegurar uma eficácia plena, é a positiva, isto é, relaciona-se com o direito de prestação. (OLIVEIRA, 2015, p. 108)

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais ao mesmo tempo, determinavam, limitavam e asseguravam status, assim como modificavam a perspectiva daqueles que participavam do direito como seus destinatários. Ampliavam-se os responsáveis pelo adimplemento e respeito aos direitos fundamentais, englobando além do Estado também a coletividade, em situação denominada como eficácia irradiante dos direitos fundamentais ou horizontalidade de seus efeitos. Também se alterou a perspectiva de titularidade dos direitos fundamentais, perpassando-se o primado pessoal e individualista para a recolocação do sujeito no meio comunitário ou social. Nesta vertente, os direitos fundamentais são analisados como representação dos valores da sociedade e, mesmo não havendo um direito subjetivável, diante dos deveres do ente estatal para com a comunidade esses direitos tornam-se exigíveis (ANDRADE, 2009).

No tocante à determinação e garantia de *status*, reconhece-se os direitos fundamentais como direitos positivados que asseguram prerrogativas aos cidadãos e, ao mesmo tempo, promovem a efetividade normativa estabelecida, nas situações em que as normas tenham sido infringidas. Já no âmbito negativo ou limitativo remete-se ao cunho restritivo que tais direitos fundamentais dispersam pelo arcabouço jurídico, evitando que direitos elementares sejam preteridos pelo Estado em seu campo de atuação no exercício de quaisquer de suas atribuições (SARMENTO, 2003).

De modo sistematizado, o caráter objetivo dos direitos fundamentais amplia a sua esfera de proteção e exerce força irradiante sobre todo o conjunto normativo (ANDRADE, 2009). Seria a realocação dos direitos fundamentais e um campo de eficácia ampliado, pois essa eficácia não se limita somente às normas expressas dos referidos direitos, mas a todo o ordenamento jurídico no qual repousam as expectativas jurídicas da sociedade, desde que estas possam ser interpretadas como direitos fundamentais. Tais acepções devem limitar não somente

a atuação do sujeito, mas, especialmente, a atuação do ente estatal no desempenho de suas típicas funções.⁵

Cabe salientar que a dimensão objetiva ampara-se na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, complementando-a, ampliando-a e, até mesmo, podendo suplementá-la (ANDRADE, 2009). Mas como se trata de um aspecto axiológico ou comunitário, também a limita. O destinatário de um direito fundamental é, em primeiro momento, o indivíduo (dimensão subjetiva) e, secundariamente, a sociedade (dimensão objetiva) (SAMPAIO, 2012).

Neste contexto, não se pode aplicar a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais perdendo-se de vista tais características relevantes. O ideal que parece ajustar os posicionamentos é que somente em caráter supletivo podem-se invocar as características objetivas dos direitos fundamentais, mesmo assim, esta aplicação não deve se amparar na valoração, mas na interpretação constitucional, haja vista a discursividade conferida a ambas as partes litigantes.

Por outro lado, quando Hesse (1999) destaca os direitos fundamentais como elementos de ordem jurídica da sociedade, ele levanta algumas características atinentes desta percepção objetivista. Sejam elas:

- i) Direitos fundamentais como integrantes e agentes normalizadores do ordenamento jurídico; ii) direitos fundamentais como delimitadores da atuação dos órgãos estatais- necessidade de que os poderes públicos limitem sua atuação visando à concretização dos direitos fundamentais; iii) direitos fundamentais como normalizadores da ordem privada irradiando efeitos sobre ela (HESSE, 1999, p. 239-240).

Seguindo esta lógica, os direitos fundamentais⁶ inserem-se em uma ordem constitucional e, assim, devem subordinar-se a ela, fazendo-se presente o

⁵ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais não deve servir para diminuir o âmbito da autonomia do indivíduo, uma vez que tal implicaria uma “total desvirtuação da função primária desta dimensão, que é a de reforço dos conteúdos subjetivos. Nessa medida, a relação entre as duas dimensões é essencialmente uma relação de “complemento recíproco”. A função objetiva dos direitos fundamentais visa “reforçar o direito fundamental de defesa face a lacunas na sua proteção, pelo que não parece fazer sentido justificar a inadmissibilidade de partida da renúncia a direitos fundamentais pelo fato de estes direitos constituírem uma ordem objetiva, contraposta à sua dimensão subjetiva, individual (CRORIE, 2013, p. 220).

⁶ Ao longo da história, a positivação dos direitos fundamentais se deu em ondas. De fato, muito embora detentor de direitos que são imanentes à condição humana, o reconhecimento constitucional desses valores a favor do homem se deu apenas lentamente, a reboque de pesados confrontamentos no campo da faticidade histórica e de tormentosos debates na seara das ideias, querelas essas regra

papel de normalização do arcabouço jurídico, quando trazem em seu bojo conceituações relevantes para a configuração estatal. (ANDRADE, 2009) Hesse (1999) exemplifica remetendo aos primados do Estado de Direito e da democracia. Em uma segunda acepção, surge a obrigação de que todos os entes estatais devam se submeter aos preceitos expressos nos direitos fundamentais e isso serve para impor limites à atuação deste poder. Mas vai-se além, ultrapassa-se e expande-se a demarcação dos efeitos dos direitos fundamentais como se estivessem introduzidos somente no plano da Administração Pública. Lançam-se o seu poder de atuação para locais que não são de responsabilidade exclusiva do Estado, abarcando, desse modo, as ações atinentes aos particulares.

2.3 Saúde e dignidade da pessoa humana

Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é considerada o valor constitucional supremo, devendo servir como razão para a decisão de casos concretos e, principalmente, como diretriz para a criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, sobretudo aquelas asseguradoras de direitos fundamentais. (NOVELINO, 2016).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2007), a dignidade da pessoa humana é a:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 62)

geral suscitadas no fito de conter algum poder arbitrário e/ou opressivo que exasperadamente se impunha. Nesse sentido, há consenso que essa afirmação dogmática se deu em momentos diferenciados, à vista da inegável mutação histórica dos direitos fundamentais, sendo que, de início, foram formalmente consolidados os direitos de liberdade, passando em seguida aos direitos de igualdade, e, logo após, os direitos ligados à noção de solidariedade, sequência essa que reflete a verve profética incrustada no lema dos idealistas franceses que viveram no século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade (MARANHÃO, 2009, p. 04).

Os direitos fundamentais constituem explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que, em cada direito fundamental se faz presente algum conteúdo ou alguma projeção da dignidade da pessoa. Assim, a aproximação de um direito com a noção de dignidade da pessoa humana agrega a nota de jusfundamentalidade a tal posição jurídica, sendo certo que tal proximidade há que ser aferida com parâmetros estritos, sempre vinculados às condições existenciais mínimas, sob pena e corrosão, pela sobrecarga de demanda, da força normativa do princípio (SARLET, 2007).

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade, apresentando uma simultânea dimensão defensiva e prestacional. De acordo com Sarlet (2007):

Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quando objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidade existenciais básicas ou se necessita para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (que seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto (SARLET, 2007, p. 48).

A constatação de que o direito à saúde possui natureza jurídica de direito fundamental é pacífica na doutrina constitucional brasileira. Possui o direito à saúde natureza jurídica de direito fundamental, não apenas por estar previsto nos artigos 6º e 196 e ss. da Constituição de 1988 (fundamentalidade formal), mas também em razão da sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. A noção de fundamentalidade decorre da referência a “posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário”. (MENDES, 2012, p. 248)

Segundo Marcelo Novelino (2016):

Por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não

apenas dentre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6.º), mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial. (NOVELINO, 2016, p. 799)

O direito à saúde integra a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CF) e engloba a integridade física, social e mental do homem. Aí encontra-se a completude da vida com dignidade. A saúde representa um direito constitucional de primeira geração, por referir-se à incolumidade que o Estado há de assegurar a cada cidadão brasileiro.

É também direito de segunda geração, pois é dever do Estado exercer as ações necessárias para proteger os indivíduos contra os malfeitores e transmissores de doenças. Como nos afirma Ingo Sarlet (2004):

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange mais do que os direitos fundamentais abrange mais do que os direitos prestacionais, mesmo que seja este marco distintivo deles. Tal tarefa, de cunho negativo, exige também do Estado investimentos de monta razoável o que parece ser o motivo final de sua insuficiência. (SARLET, 2004, p. 56).

Com efeito, existe ampla legislação mediante a qual o Estado é obrigado a proporcionar saúde a cada habitante do Brasil, competindo-lhe o dever de proporcionar vacinação, controle de doenças e até a disponibilização de profissionais de saúde, medicamentos e hospitais (MELO, 2008).

De acordo com Vidal e Araújo (2010), o princípio da dignidade da pessoa humana significa que o ser humano é o único ser de valor absoluto, logo, não é passível de relativização. Por certo, esta não parece ser a melhor compreensão extraída do referido princípio, pois sua consequência seria a ilimitabilidade do princípio, culminando na revogação tanto da democracia quanto do Estado de Direito, além de tornar inaplicável o ordenamento jurídico. Isto porque, ao vigorar este entendimento, os direitos das pessoas naturais jamais poderiam sofrer limitações por pessoas jurídicas públicas ou privadas, no âmbito dos direitos fundamentais ou não, instalando-se uma verdadeira insegurança jurídica. Além disso, pela impossibilidade de relativização das pessoas físicas, duas pessoas jamais poderiam estabelecer contratos, pois se assim o fizessem estariam relativizando ou limitando os seus valores.

Neste diapasão, Carlos Santiago Nino (1988) adota uma posição oposta, entendendo o princípio da dignidade humana como aquele que confere tratamento dinâmico aos direitos ao possibilitar que o consentimento dos sujeitos sirva de fundamento às responsabilidades e deveres que os limitam.

Percebe-se que se pode compatibilizar democracia, dignidade da pessoa humana e Estado de Direito. Com isto, onde há direitos fundamentais sociais de prestação positiva, o ente estatal deve instituir serviços públicos que efetivem direitos como saúde, educação, transporte e outros. Não obstante, como estes direitos são consolidados através de políticas públicas, caberá ao cidadão o dever de participar politicamente do processo de elaboração destas, sendo que o limite e o conteúdo destes direitos serão aqueles que forem determinados nestas políticas positivadas em leis infraconstitucionais.

Ademais, com base no princípio da cidadania, vislumbra-se o acesso igualitário e universal a serviços públicos gratuitos, oriundos do princípio da dignidade da pessoa humana que é o valor elementar do Estado Social de Direito.

No que diz respeito à saúde básica, Barcellos (2002) preleciona que a perspectiva do mínimo a ser garantido pelo Poder Público não é o estado de saúde das pessoas, mas sim as prestações de saúde disponíveis. Assim, fixa-se um parâmetro ao qual a preferência é a prestação de saúde capaz de atender de maneira efetiva o maior número de pessoas, pelo menor custo possível, e outro ponto é propiciar as prestações de saúde de que todos os seres humanos provavelmente necessitarão em alguma fase ao longo de suas vidas. Esta segunda questão vai ao encontro das prioridades estabelecidas pela Carta Constitucional, quais sejam, serviço de saneamento, atendimento médico infantil, ações de medicina preventiva e ações de prevenção epidemiológica (WEBER, 2009).

Tais prestações compõem o mínimo existencial ⁷incontestavelmente. Contudo, a definição do que é básico pode gerar um certo paradoxo, especialmente porque ficam excluídas já de início diversas prestações vitais para a sobrevivência, como medicamentos excepcionais e tratamentos de alta complexidade, sem os quais a dignidade perde o sentido, ficando gravemente ameaçada.

⁷ o mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Dizse, pois, que é direito de status negativus e de status positivus, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa (MACHADO, 2008, p. 07).

O Supremo Tribunal Federal, ao vincular a dimensão positiva do direito à saúde ao mínimo existencial, vem reconhecendo como ponto de referência a saúde do paciente. Isso fica nítido pelos julgamentos mais recentes, em que foram garantidas inúmeras prestações que não se ajustam no conceito de prestações básicas ou não são contempladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mas cuja ausência poderia resultar em graves e irreparáveis danos à vida e a saúde dos pacientes, como, por exemplo, a falta de medicamento de custo altamente elevados, custeio de tratamentos médicos em localidades distantes do domicílio do paciente, incluindo despesas com alimentação, transporte, hospedagem e equipamentos modernos.

Se por um lado o minimalismo exacerbado representa uma ameaça ao direito à vida, não se pode negar que o outro extremo ultrapassa os limites do mínimo existencial. Sabe-se que a linha divisória é muito tênue, mas ainda que não seja possível delimitá-la de modo preciso, o certo é que não se podem excluir prestações de caráter vitais (CORDEIRO, 2012).⁸

2.4 Modelo de saúde pública segundo a Constituição – Sistema Único de Saúde (SUS)

A saúde representou o ponto de partida dos movimentos sociais na batalha pela democracia, garantia de direitos sociais e participação popular. Fruto de anos de organização e luta da sociedade, o movimento de reforma sanitária nacional logrou, no aclamado período de redemocratização do Brasil no final dos anos 80, inserir no texto da atual Constituição Federal um capítulo a respeito da Seguridade Social, com o apoio de partidos populistas.

Nesta esteira, a Seguridade Social brasileira foi instituída na Magna Carta de 1988 e garante direitos relativos à saúde, a assistência social e a previdência social. Funciona como uma rede de proteção para segurança social. Sua efetivação tem como pilar o princípio da solidariedade, visto que o financiamento de todo este sistema está a cargo da coletividade (PEDROSA, 2004). Assim, o artigo 194 da

⁸ Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o estado deve se considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucionais e impostas (CANOTILHO, 2009, p. 250).

Constituição Federal estabelece o seguinte: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Nota-se que pela primeira vez na história do país a seguridade social passa a integrar o texto constitucional e vigorar como direito universal dos cidadãos. Esta conquista deve-se, em grande medida, à mobilização e organização do movimento de reforma sanitária. A saúde como direito de todos constitui uma conquista que não deve ser esquecida. O que, nos presentes dias, parece “natural” necessitou de várias décadas para tornar-se uma realidade, além de mobilização, organização coletiva, luta social e negociação. Segundo Mendes e Branco (2012):

Ao criar o SUS, o constituinte originário rompeu com a tradição até então existente e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, como forma de melhor concretizar esse direito social. Sua concepção decorreu em parte da evolução do sistema que antes era instituído em nível ordinário, como o Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei n. 6.229/75, e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde. (MENDES, BRANCO, 2012, p. 905)

Vale lembrar que até o advento da Constituição Federal de 1988, milhões de brasileiros que não contribuía com a Previdência Social não tinham acesso aos serviços públicos de saúde. Nesta época era rotineira a solicitação da carteira de trabalho aos cidadãos nas portarias dos hospitais públicos, para se verificar a possibilidade de atendimento (PEDROSA, 2004). Destarte, o artigo 196 da Constituição Federal determina que:

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 (BRASIL, 1988).

Destaca-se que o acesso universal e igualitário, e o conceito ampliado de saúde depende de políticas econômicas e sociais. Como acesso universal entende-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve ser disponibilizado para todos, crianças, jovens, idosos, pobres, ricos, aposentados, desempregados, empresários, donas de casa, enfim, não há exceções. José Roque Junges (2009) aduz que:

O Sistema Único de Saúde surge no espírito da Conferência de Alma-Ata, que enfatizou: a prioridade de cuidados primários como direito de todos, possibilitando o acesso universal às ações básicas necessárias para um cuidado integral da saúde; a proximidade, a participação e a relevância pública dos serviços responsáveis por essas ações. Mas o SUS não se restringiu a esses cuidados primários; organizou o acesso universal e integral a procedimentos de média e alta complexidade (JUNGES, 2009, p. 27).

O termo igualitário significa que não deve existir qualquer discriminação ou preconceito no campo da saúde. Outro pressuposto desenvolvido em relação ao SUS é a equidade, que, de modo distinto colabora para a igualdade. Equidade significa adaptar alguma norma a um caso concreto, observando-se os ideais de igualdade e justiça.

Os artigos 197 e 198 da Constituição Federal trazem a concepção do SUS como rede regionalizada e hierarquizada e procura organizar os variados serviços de saúde (centros de vigilância em saúde, unidades básicas, laboratórios, clínicas, hospitais e etc.), nas diversas regiões do país, seguindo regras gerais de funcionamento, mas com autonomia na esfera da União, Estados e Municípios (JUNGES, 2009).⁹

Cabe salientar que a organização política do país, garantida pelo Texto Maior, é de uma nação federativa, isto é, Municípios e Estados têm autonomia para elaborar suas próprias leis, desde que respeita a ordem constitucional. A união deve fomentar, por intermédio de políticas indutoras, que cada Município assuma determinado programa ou política. A anuência do Município não se efetiva de forma automática, depende de cada administrador municipal, o que transforma o processo de implantação de uma nova política nacional, como é o caso do SUS, ainda mais demorado.

De acordo com o artigo 198 da Constituição Federal, constituem diretrizes do SUS na Constituição Cidadã: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (BRASIL, 1988). A descentralização era uma antiga bandeira levantada pelo movimento de reforma sanitária, que tecia fortes críticas em relação às políticas centralizadoras de saúde em um país com tantas diferenças

⁹ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] (BRASIL, 1988).

regionais como o Brasil. Significa conferir poder ao Município, em outras palavras, a descentralização é também uma forma de municipalização da assistência à saúde.

A estrutura conferida ao Sistema Único de Saúde, segundo Novelino, “com a descentralização das ações e a cooperação técnica e financeira dos entes federativos, reflete o federalismo cooperativo adotado pela Constituição de 1988”. (NOVELINO, 2016, p. 803).

Segundo o autor:

Nos termos da Constituição, os serviços de atendimento à saúde da população devem ser prestados pelo Município, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (CF, art. 30, VII). Portanto, apesar de constituírem um sistema e integrarem uma rede regionalizada e hierarquizada, as prestações de saúde foram descentralizadas no tocante à sua execução. Ao Lado da descentralização, o dispositivo estabelece como diretriz para a organização do SUS, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas. No art. 196, o constituinte originário já havia destacado o caráter preventivo ao assegurar o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. A participação da comunidade reflete o caráter democrático que deve informar toda a seguridade social (CF, art. 198, incisos I a III). (NOVELINO, 2016, p. 803-804)

Um dos argumentos a favor dessa medida é o fato de que cada Município sabe de suas prioridades e problemas. A União, de acordo com regras específicas repassa aos Municípios recursos financeiros destinados ao setor da saúde, é o denominado “repasse fundo a fundo” (do fundo nacional de saúde para os fundos municipais de saúde). Segundo alguns críticos, tal medida ocasionou uma pulverização da política de saúde, especialmente em razão do elevado número de pequenos municípios no Brasil.

Uma das soluções apresentadas à problemática foi a organização de consórcios regionais e intermunicipais, contando com a colaboração de secretarias estaduais de saúde.

Em linhas gerais, entende-se que o SUS não deve disponibilizar apenas uma prestação básica de saúde, mas sim um atendimento completo, em todos os panoramas de complexidade, desde educação em saúde e vacinação, até atendimentos de urgências, cirurgias e transplantes. Integra a proteção, promoção e recuperação da saúde, dando prioridade à prevenção, mas sem que para isso sejam prejudicados recursos dos serviços assistenciais.

A participação da sociedade como diretriz do SUS apresenta-se como o ideal democrático, o qual as ações e políticas do poder público devem não apenas

ser acompanhadas e fiscalizadas pela sociedade, mas também as comunidades organizadas devem participar do processo de planejamento, definição de prioridades, acompanhamento da execução e avaliação dos impactos das políticas públicas no próprio meio social (PEDROSA, 2004).

Ademais, é na saúde que a participação dos cidadãos ganha mais espaço, contribuindo para a criação de outras políticas sociais do poder público que incluam a comunidade no processo de decisões. A questão do financiamento representa o maior entrave para a efetivação do SUS. Quando se discute este fato são colocados em jogo diferentes visões e interesses sobre o papel do poder público, consistindo o maior problema na escassez de recursos públicos.

Áquilas Mendes e Rosa Maria Marques (2009) asseveram que:

A disputa por recursos financeiros para uma política universal da saúde no Brasil se tornou muito mais intensa a partir do final dos anos 1980. Se há algum tempo atrás ainda se tinha a crise fiscal e financeira do Estado Desenvolvimentista brasileiro como o principal obstáculo à saúde pública, atualmente o principal inimigo é o grande capital financeiro e seus efeitos no corte dos recursos para a área social, em geral, e para a saúde em particular (MENDES; MARQUES, 2009, p. 44).

As necessidades na área de saúde são praticamente infinitas, no entanto, como se pode inferir, os recursos para atendê-las são limitados. Neste sentido, embora a saúde consagre um bem fundamental de extrema importância, ainda carece de mais investimentos financeiros para garantir a completa efetividade (MENDES; MARQUES, 2009).

2.5 Aplicabilidade e efetividade do direito à saúde

A Constituição Cidadã tem como primazia garantir a promoção do bem-estar do ser humano, assegurando de forma primordial as condições mínimas de sua existência por meio da consagração dos direitos fundamentais.

Nota-se que, todas as normas que integram o referido diploma legal têm natureza jurídica e força de norma constitucional, independentemente de seu conteúdo material, levando em consideração o fato de que o Brasil adotou o critério de classificação formal quanto ao conteúdo das leis constitucionais. Não obstante, em função do princípio da efetividade destas normas, não se pode deixar de atribuir eficácia a qualquer dispositivo que esteja contido no Texto Maior.

Entretanto, existe uma grande controvérsia na jurisprudência e na doutrina a respeito da questão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, haja vista o entendimento de que eficácia destes direitos sempre esteve vinculada aos preceitos constitucionais pragmáticos, apresentando aplicabilidade indireta e eficácia limitada, condicionada a regulamentação infraconstitucional para disciplinar a vontade do constituinte.¹⁰

Acontece que, a Carta Constitucional, no que concerne à fundamentalidade formal dos direitos fundamentais preceitua, de maneira expressa, em seu artigo 5º, § 1º que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, por intermédio do supracitado dispositivo, resta evidente que o constituinte pretendeu priorizar a normas que se referem a direitos fundamentais, com o propósito de assegurar a efetividade de seus ditames.

Sarlet (2001) afirma que nem todas estas normas possuem de fato aplicação imediata. O referido autor cita como exemplo as normas que determinam fins e tarefas a serem consolidadas pelo ente estatal, as que contêm ordens concretas de legislar e imposições legiferantes, ou ainda, as que se restringem a estabelecer programas, tarefas e finalidades a serem implementadas pelos órgãos públicos, e que reclamam, portanto, mediação legislativa.

Por outro lado, o autor ressalta que a norma impõe aos órgãos públicos a obrigação de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, pois a sua natureza vinculante e dirigente, além de assegurar os direitos e garantias individuais fundamentais tornado os aludidos direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, também investe os poderes estatais na atribuição de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais tornem-se reais e efetivos.

Desta forma, a aplicação imediata e a eficácia plena passam a figurar como condição de princípio geral, excepcionadas as legítimas exceções à luz de cada casuística.

¹⁰ O termo “eficácia” é aqui utilizado no sentido de eficácia jurídica, ou seja, para designar a capacidade abstrata de uma norma em gerar efeitos jurídicos; ao passo que “efetividade”, nos limites deste texto, refere-se à eficácia social da norma jurídica, isto é, aos efeitos concretos que tenha gerado (SARLET, 2009, p. 23).

Para sedimentar suas considerações Sarlet (2001) preleciona que os direitos fundamentais possuem maior eficácia e aplicabilidade do que as demais normas constitucionais, mas, a depender do modo de positivação, objeto e função que a norma desempenha, a sua aplicabilidade pode ser graduada de maneiras distintas.

A aplicabilidade é, na realidade, inerente à eficácia. Não se pode separar a aplicabilidade da eficácia da lei. Seguindo esta lógica, José Afonso da Silva (1999) afirma que:

Eficácia e aplicabilidades das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspecto talvez de um mesmo fenômeno, encarados sob prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como a possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos (SILVA, 1999, p. 213).

A eficácia dos direitos sociais, em sua dimensão positiva ou prestacional permeia uma conduta positiva do destinatário da lei, a qual pressupõe que seja colocada à disposição a prestação que constitui o seu objeto, qual seja, a concretização da igualdade material, no sentido de assegurar a participação popular na distribuição pública tanto de bens materiais quanto imateriais. Sob este prisma, o referido preceito encontra-se intimamente atrelado às tarefas de distribuição, redistribuição e melhoria de recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem (SARLET, 2001).

Nota-se que o Estado vem buscando reduzir sua responsabilidade com relação à saúde. Não se pode menosprezar o fato de que a Constituição Cidadã preocupou-se em instituir diversos direitos sociais, apesar de não ter se detido à tarefa de determinação da captação de recursos necessários para promover a efetividade deles.

Neste ponto, existe um problema de governabilidade com tendência à aplicação de concepções neoliberais que retomam debates sobre o princípio da subsidiariedade, embora já se tenha evidenciado que a subsidiariedade em relação à saúde pública não pode ser aplicada no direito brasileiro, em função dos princípios da gratuidade e universalidade que norteiam o SUS.

Sabe-se que o SUS foi criado para que os serviços e as ações garantam o direito à saúde de forma efetiva, mas, na realidade, muitos municípios executam esses serviços em condições precárias, em razão da insuficiência de capital financeiro, poucos funcionários para atender às necessidades dos usuários, déficit de insumos para realização de procedimentos médicos, culminando na ineficiência dos serviços de saúde (CORREA, 2017).

3 ORGANIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO TOCANTE A SAÚDE NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece em seu preâmbulo como objetivo do Estado a realização dos direitos sociais. De tal maneira que para tal tarefa faz-se necessário a adoção de políticas de Estado com o intuito de garantir e concretizar esses direitos.

3.1 Políticas públicas em saúde no Brasil

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana, a concretude desses direitos perpassa pela garantia do direito à saúde. É através das políticas públicas que a Administração Pública materializa suas ações de governo com o propósito de atingir as metas estabelecidas.

Políticas públicas, segundo Di Pietro, “são metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger”. (DI PIETRO, 2013, p. 22)

De acordo com Bueno (2005), as políticas públicas podem ser definidas como um aglomerado de medidas, disposições e procedimentos que revelam a orientação política de governo e disciplinam as atividades estatais atinentes às tarefas de interesse público. Representam também todas as ações governamentais, fracionadas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Poder Público e em atividades de regulamentação de outros agentes econômicos.

Neste contexto, em 1923 a Lei Eloy Chaves instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS). Consoante Bravo (2005, p. 3) as CAPS eram “[...] financiadas pela União, pelas empresas empregadoras e pelos empregados. Elas eram organizadas por empresas, de modo que só os grandes estabelecimentos tinham condições de mantê-las.” Em um cenário de acelerado processo de industrialização e urbanização, a lei vem somente atribuir estatuto legal às iniciativas já existentes de organização dos trabalhadores por fábricas, objetivando assegurar pensão nas hipóteses de acidentes ou afastamentos de trabalho por doenças, e uma futura aposentadoria. Com o advento das “caixas”, nascem os primeiros debates sobre a necessidade de se atender a demanda dos operários. Surgem nesse

momento complexas relações entre os setores público e privado que persistiram no ulterior Sistema Único de Saúde. (CORDONI JÚNIOR; PAULUS JÚNIOR, 2006)

Cordoni Júnior e Paulus Júnior (2006, p. 14), no tocante ao arquétipo inicial de assistência médica no Brasil, declaram que ele “[...] não era universal e baseava-se nos vínculos trabalhistas. Tinham direito aos benefícios somente trabalhadores que contribuíssem para a Previdência, ou seja, aqueles ‘com carteira assinada’”.

Em 1932 foram implantados no Estado Novo de Getúlio Vargas os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), vistos como uma resposta por parte do ente estatal, às lutas e exigências da classe dos operários no contexto de consolidação dos processos de urbanização e industrialização nacionais. Acentua-se o elemento de assistência médica através de serviços próprios, mas, especialmente, por intermédio da compra de serviços do setor privado. (MENDES, 1993; OLIVEIRA; SOUZA, 1997 *apud* RONCALLI, 2003)

Em 1953, o governo do Presidente Eurico Gaspar Dutra, criou o Plano Salte, acrônimo para Saúde, Alimentação, Transporte e Energia, em razão disso é criado o Ministério da Saúde, que se dedicava “[...] às atividades de caráter coletivo, como as campanhas e a vigilância sanitária.” (CORDONI JÚNIOR; PAULUS JÚNIOR, 2006, p. 14).

Consoante Bravo (2005), na década de 1950 houve grande pressão da corporação médica no intuito de que o Estado privatizasse o setor, subsidiando e delegando a saúde à iniciativa privada. Todavia, até 1964, a saúde previdenciária continuou a ser atividade das IAPs.

Perante a existência de inúmeras instituições previdenciárias, em 26 de agosto de 1960 o Estado promulgou a Lei n. 3.807 chamada de Lei da Previdência Social, buscando uniformização dos métodos utilizados pelas IAPs (CORDONI JÚNIOR; PAULUS JÚNIOR, 2006)

Em 1965 foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) fruto da unificação dos IAPs, no regime autoritário de 1964, superando as resistências à referida unificação por parte das categorias profissionais que detinham institutos mais abastados economicamente. O INPS implementa o fator assistencial, com possibilidade de compra de serviços assistenciais do setor privado, consolidando o exemplar assistencial hospitalocêntrico, curativista e médico-centrado, que teve uma intensa presença anos depois no SUS (SANTOS; ANDRADE, 2007).

Em 1977 foram criados o Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social (SINPAS), e, dentro dele, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que passou a ser o grande órgão governamental encarregado de prestar assistência médica, essencialmente por meio de compra de serviços médicos hospitalares e especializados no plano do setor privado. É perfeitamente possível afirmar que tal lógica do INAMPS, que permaneceu como órgão até o surgimento do SUS, ainda impera no sistema único, mesmo decorrido mais de 20 anos de sua criação. (BUENO, 2005).

Em 1982 foi criado o Programa de Ações Integradas de Saúde (PAIS), que conferia especial ênfase na atenção primária, sendo a rede ambulatorial vista como a “porta de entrada” do sistema. Tinha como enfoque a integração das instituições públicas mantidas pelas distintas esferas de governo, em rede hierarquizada e regionalizada. Tinha como proposta a criação de sistemas de referência e contra referência e a priorização da rede pública de serviços de saúde, complementados pelas instituições privadas, após sua plena utilização; determinava a descentralização da gestão de recursos; simplificação dos instrumentos de pagamento dos serviços prestados por terceiros e seu efetivo controle; racionalização da utilização de procedimentos de elevado custo; fixação de critérios racionais para todos os procedimentos (BUENO, 2005).

Tal programa tornou viável a realização de convênios trilaterais entre Ministério da Previdência, Ministério da Saúde e Secretarias de Estado de Saúde e Assistência Social, visando poupar recursos utilizando da capacidade pública ociosa. Podem-se reconhecer nas Ações Integradas de Saúde (AIS) os elementares pontos programáticos presentes quando do advento do SUS. (BUENO, 2005).

Durante a década de 1980, o país passou por inúmeras crises, sendo que uma delas quando a previdência deixou sua fase de capitalização e começou a apresentar problemas financeiros. Neste contexto o movimento Sanitário angariou um rápido crescimento de simpatizantes, dificultando o trabalho do governo militar em sua procura por legitimação perante a população. (RONCALLI, 2003)

Segundo Bravo (2005) os integrantes do Movimento da Reforma Sanitária propunham eram medidas como:

[...] a universalização do acesso; a concepção de saúde como direito social e dever do Estado; a reestruturação do setor através da estratégia do Sistema Unificado de Saúde visando um profundo reordenamento setorial

com um novo olhar sobre a saúde individual e coletiva; a descentralização do processo decisório para as esferas estadual e municipal, o financiamento efetivo e a democratização do poder local através de novos mecanismos de gestão - os Conselhos de Saúde. (BRAVO, 2005, p. 09)

Algumas ideias do Movimento da Reforma Sanitária já estavam sendo implementadas nas AIS, afirmam Cordoni Júnior e Paulus Júnior (2006), dentre elas: o conceito de universalização da acessibilidade à saúde.

Em 1986 ocorreu a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, com incisiva participação social, logo após o término da ditadura militar iniciada em 1964, e configurou uma concepção ampliativa de saúde e consolidando o princípio da saúde como direito universal e dever do Estado; princípio este que posteriormente veio a ser incorporado na Constituição Cidadã de 1988. (RONCALLI, 2003)

No ano seguinte, foram criados os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) que tinham como diretrizes principais: integralidade dos cuidados assistenciais, equidade e universalização no acesso aos serviços de saúde; implementação de distritos sanitários e descentralização das ações de saúde. Presenciou-se um período marcante, visto que, pela primeira vez, o Governo Federal começou a realizar repasses de recursos para Municípios e Estados ampliarem suas redes de serviços, pronunciando a municipalização que viria com o SUS. Porém, enquanto as AIS representaram a municipalização da saúde, a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS) mostrou-se um estímulo a uma nova centralização, já que as secretarias estaduais de saúde foram privilegiadas em detrimento das atribuições municipais. (CORDONI JÚNIOR; PAULUS JÚNIOR, 2006).

A luta entre interesses públicos e privados pôde ser percebida quando a Assembleia Constituinte passou a deliberar sobre como seria a posição do Estado brasileiro quanto à saúde em sua nova constituição. De um lado estavam os integrantes do Movimento da Reforma Sanitária e, de outro, estavam os grupos empresariais liderados pela Federação Brasileira de Hospitais e pela Associação de Indústrias Farmacêuticas. Ao final, podemos dizer que a constituição atendeu à grande parte dos posicionamentos da Reforma Sanitária em detrimento dos interesses empresariais (BRAVO, 2005)

As secretarias estaduais de saúde foram extremamente importantes neste processo de descentralização e aproximação dos municípios, que recebam verbas federais conforme uma programação de aproveitamento máximo de capacidade física instalada. Assim, o SUDS pode ser considerado como o antecedente mais imediato da criação do SUS (MELO, 2015).

Finalmente em 1990 criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS) que se deu por meio da Lei nº 8.090/1990 que estabelece as condições para a proteção, promoção e recuperação da saúde e o funcionamento e organização da prestação de serviços correspondentes. Além disso, detalha as atribuições e objetivos; as diretrizes e princípios; a gestão, organização e direção; a competência e as atribuições de cada nível (municipal, estadual e federal); a participação complementar da rede privada; recursos humanos; gestão financeira e planejamento orçamentário. (MERHY, 1990 *apud* RONCALLI, 2003).

Posteriormente a Lei nº 8.142/1990, dispôs sobre a participação da sociedade na gestão do SUS e sobre as transferências de recursos financeiros. Instituiu os Conselhos de Saúde e conferiu legitimidade aos organismos de representação de governos dos estaduais (Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde- CONASS) e municipais (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde- CONASEMS). Desta forma, estava criado a sistemática jurídica do SUS, mas novos aprimoramentos e lutas ainda seriam necessários (BRASIL, 1990).

Neste sentido, Daniela Tranches de Melo (2015) afirma que:

Uma das grandes conquistas introduzidas pela Constituição Federal de 1988 e incorporada pelo SUS foi a participação popular nas deliberações das políticas públicas de saúde no Brasil por meio dos conselhos de saúde. A Lei nº8.142/1990 estabeleceu a representação de diferentes segmentos da sociedade civil nas conferências e conselhos de saúde, nas três esferas de governo: municipal, estadual e federal, compostos por representantes dos usuários (50%), trabalhadores da saúde e gestores (25% cada). (MELO, 2015, p. 79)

Assim, em 1991 foi criada a Comissão de Intergestores Tripartite (CIT) representada pelo Ministério da Saúde, secretarias municipais e estaduais de saúde e da primeira norma operacional básica do SUS, além da Comissão de Intergestores Bipartite (CIB), para operacionalização e acompanhamento do recém-criado sistema de saúde. As duas comissões, ainda atuantes, tiveram um importante papel para o

fortalecimento da gestão colegiada do SUS, compartilhada entre os diversos níveis de governo. (SANTOS; ANDRADE, 2007)

No ano de 1993 foi publicada a Norma Operacional Básica (NOB)-SUS 93 com o propósito de formalizar os princípios aprovados pela 9ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1992, que teve como tema central “a municipalização é o caminho”, desencadeando um vasto processo de municipalização da gestão com habilitação dos municípios nas condições de gestão efetivadas (SANTOS; ANDRADE, 2007).

Santos e Andrade (2007) destacam ainda, no tocante à NOB/93 que:

Nesse sentido, o documento propunha que fosse desenhado um processo de transição entre a situação atual e aquela definida na Lei 8.080/90, que tivesse como norte as diferenças profundas entre municípios e estados, estabelecendo responsabilidades de acordo com a capacidade técnica, financeira e operativa de cada ente federado. A estratégia seria: a) assegurar flexibilidade ao processo de organização do SUS, de modo que permitisse a consideração de diferentes realidades estaduais e municipais; e b) exigir um processo negociado que assegurasse viabilidade política à execução das medidas operacionais. A Comissão Intergestores Tripartite (CIT), criada em 1991, mas sem ter sido colocada em prática, a não ser no final do ano de 1992, em decorrência de mudanças havidas no Ministério da Saúde com a renúncia do presidente Collor, era composta por representantes da União, dos estados e dos municípios (por isso tripartite), e a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), por representantes das secretarias estaduais de Saúde e do órgão colegiado de representação dos secretários municipais de Saúde. (SANTOS; ANDRADE, 2007, p. 48)

A população foi a maior beneficiada com a incorporação de itens de elevada complexidade, que antes só eram disponíveis aos contribuintes da previdência. Com a grande ampliação de serviços assistenciais e programas de saúde pública, efetivou-se o início do processo de descentralização administrativa e política, que pode ser notada pela gradativa municipalização do sistema e pelo progresso de organismos intergovernamentais. A participação da comunidade trouxe a integração dos usuários do sistema nos processos decisórios, com a difusão dos conselhos municipais de saúde, promovendo os debates acerca das questões de saúde na comunidade (LEVCOVITZ *et al*, 2008).

Em 1996, criou-se a Norma Operacional Básica 96, com a finalidade precípua de consolidar e promover o pleno exercício, por parte do órgão público municipal e do Distrito Federal, do papel de gestão na atenção à saúde, com a consequente reordenação dos deveres da União, Estados e Distrito Federal, progredindo na efetivação dos preceitos do SUS. (SILVA, 2007).

Tal exercido, propiciado por meio da indispensável cooperação financeira e técnica dos poderes público federal e estadual, compreende, portanto, não apenas a responsabilidade por determinado tipo de prestação de serviços de saúde, como, do mesmo modo, a responsabilidade de um sistema que atenda integralmente a demanda da comunidade pela assistência à saúde e as necessidades sanitárias ambientais (BRASIL, 1997).

Finalmente, no ano de 2002 foi instituída a Norma Operacional de Assistência à Saúde/NOAS-SUS, cujo maior destaque está no processo de regionalização do SUS, visando o seu aprimoramento, a partir de uma análise da municipalização da gestão do sistema de saúde, consolidada e regulamentada pelas regras operacionais que estavam sendo insuficientes, por não permitir uma definição mais clara dos instrumentos regionais de organização da prestação de serviços. A proteção da vida humana encontra sua grande força, especialmente em um novo processo de regionalização do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2002).

Desta forma, as políticas públicas em saúde fazem parte de um campo de ação social do Estado tendo como diretriz principal a melhoria das condições de saúde da comunidade e dos ambientes social, natural e do trabalho. Sua função específica em relação às demais políticas públicas sociais consiste em organizar as tarefas públicas para a proteção, promoção e recuperação da saúde da população (LUCHESSÉ, 2004).

3.2 Poder discricionário da Administração Pública: conceitos e limites

Poder discricionário é o direito concedido à administração, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de acordo com sua conveniência, conteúdo e oportunidade. Nessas situações o poder de administração é discricionário, pois a adoção de uma ou outra medida é realizada segundo critérios de oportunidade, justiça, conveniência e equidade próprios da autoridade, uma vez que não são definidos pelo legislador. Contudo, o poder de ação administrativa, apesar de ser discricionário, encontra limites legais em alguns aspectos, em especial, na competência, forma e finalidade (FIGUEIRAS JÚNIOR, 2007).

Nesse sentido, Andreas J. Krell (2013) argumenta o seguinte:

Essa densidade mandamental das normas varia segundo as exigências materiais para a solução dos problemas nas diferentes áreas do Direito Administrativo. Ela encontra os seus limites no princípio da “reserva da lei” consagrado no art. 5º, II da CF, segundo o qual o próprio Poder Legislativo, em virtude de sua maior limitação democrática, deve decidir sobre as questões públicas mais importantes. Isto vale especialmente onde houver maior interferência nos direitos fundamentais dos cidadãos e no âmbito em que o Estado Social efetua prestações que devem ser distribuídas de forma ordenada e igualitária. (KRELL, 2013, p. 22)

Assim, a discricionariedade é o mecanismo jurídico que a ciência do Direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize atendendo às necessidades da sociedade (FIGUEIRAS JÚNIOR, 2007).

No tocante as áreas sensíveis dos direitos e garantias constitucionais, as normas que conferem poderes à Administração Pública devem ser específicas, e não apenas genéricas. A “teoria da essencialidade” do Tribunal Constitucional Federal alemão exige que o próprio legislador tome uma decisão orientadora que verse sobre dobre os elementos essenciais das referidas questões, sobretudo onde existir colisão de direitos de liberdade concorrentes entre si, aos quais seus limites são de complexa concretização. Deste modo, a densidade da regulamentação parlamentar deve variar conforme a intensidade da potencial restrição das posições fundamentais envolvidas. (PEIXOTO, 2005).

Por outro lado, uma excessiva reserva da lei colide com o princípio da divisão equilibrada dos poderes e viola a legitimação democrática dos outros órgãos estatais. Os próprios tribunais nacionais têm admitido que a delimitação do conceito “essencial” deve ser feita com bastante cautela em cada caso concreto, levando-se em consideração os riscos de uma legalização extremamente abrangente. Assim, o legislador pode deixar ao Governo e à Administração Pública a regulamentação de importantes aspectos formais e materiais, nos casos em que a temática justificar ou até mesmo exigir esta delegação (FRANÇA, 2000).

Existem cada vez mais julgados e medidas administrativas que somente podem ser tomadas com base em um juízo de ponderação das circunstâncias e condições concretas e que não comportam uma previsão legal mais aprofundada. Em tais situações, a norma legal recua em prol de uma decisão justa em cada caso individual. Outra consequência dessa reduzida intensidade da sistematização normativa é uma restrição ao controle jurisdicional, que sempre está adstrito ao Direito e às leis.

Pode-se concluir que a independência do administrador perante o legislador e o controle judicial andam lado a lado. A grande problemática reside principalmente na fixação racional do ponto até onde pode e deve ir o controle jurisdicional dos mais variados atos administrativos (FREITAS, 2007).

Não obstante, a esfera de discricionariedade do administrador não pode se sobrepor às necessidades mais urgentes de uma coletividade, como nas situações envolvendo a saúde pública. A efetivação dos direitos fundamentais não constitui mera opção do governante, não pode ser resultado de um juízo discricionário nem deve ser encarada como um tema condicionado unicamente à vontade política. Os direitos que estão intimamente correlacionados com a dignidade humana não podem sofrer limitações em razão, por exemplo, da escassez de recursos públicos, quando é fruto da decisão do administrador, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.185.474/SC (STJ, 2010).

3.3 Planejamento orçamentário e escassez de recursos

Uma das principais questões a serem examinadas no debate sobre a inefetividade do direito à saúde é a escassez de recursos financeiros que não corresponde à multiplicidade de necessidades humanas. Tal fator assume posição relevante, uma vez que a problemática da crise de efetividade das políticas públicas abrande tensão percebida entre a economia e o Direito. No âmbito do Direito, as divergências jurisprudenciais e doutrinárias quanto ao real alcance de proteção do artigo 196 do texto constitucional, notadamente, derivam do caráter prestacional do direito à saúde em um contexto de déficit de recursos.

Para compreender como o gestor público pode assegurar o aporte de recursos financeiros no setor da saúde no Brasil é necessário primeiramente conhecer as principais fontes de financiamento e os respectivos meios a serem empregados para acessá-las (FREITAS, 2007).

Em primeira análise estão os recursos próprios de cada esfera de governo que são atrelados à saúde por determinação expressa da Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 29. Neste sentido o artigo 198, § 2º da (CRFB/1988), estabelece o seguinte:

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais aplicados sobre:

- I- no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);
- II- no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios;
- III- no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º (BRASIL, 1988).

A resolução nº 322 do Conselho Nacional de Saúde, prevê dez diretrizes para a operacionalização da Emenda Constitucional nº 29. Nela estabeleceu-se, dentre outros elementos, os percentuais mínimos de aplicação dos recursos próprios dos governos no setor da saúde.

Na situação do governo federal, não foi determinada a fonte dos recursos, mas sim a progressão das aplicações no tempo baseando-se na variação do PIB. Já os Estados e Municípios devem respectivamente aplicar 12% e 15% das receitas tributárias previstas nesta Resolução. Trata-se daquelas contribuições e impostos arrecadados diretamente pelo órgão local e também dos impostos compartilhados entre os diferentes níveis de governo (BARROSO, 2009).

Além dos denominados repasses “fundo a fundo”, Municípios e Estados também podem requerer o recebimento de recursos direcionados a objetivos especiais através de convênios, que são transferências de recursos financeiros que têm previsão específica no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União. São destinados aos objetivos específicos vinculados à realização de serviços, projetos, atividades, eventos, aquisição de bens em cooperação entre o proponente (ou solicitante) e a União.

O orçamento da saúde deve manter estreita correspondência com o planejamento setorial, pois são os recursos nele previstos que podem viabilizar as ações estabelecidas no Plano de Saúde. Nesta esteira, o direito/dever fundamental à boa administração tributária não estará absolutamente protegido sem uma fiscalização eficiente, que não deve ocorrer somente em momento posterior, mas também prévia e concomitantemente com relação à destinação dos recursos arrecadados.¹¹

¹¹ No que concerne ao financiamento do SUS, os patamares de gasto público per capita em saúde e o comprometimento do gasto público com a saúde permaneceram abaixo daqueles observados em outros países, mesmo considerando sua maior estabilidade e ampliação nos anos 2000. Houve

Os direitos fundamentais possuem uma relação direta com as finanças públicas, por dependerem do equilíbrio da atividade financeira do Estado para a tutela de sua integridade, ao mesmo tempo em que lhe fornecem o fundamento da legitimidade e da legalidade. Desta forma, as finanças públicas, em todas as suas dimensões (patrimonial, tributária, orçamentária, monetária e outras) encontram-se em íntimo e permanente contato com os direitos fundamentais (SAMPAIO, 2012).

Apenas por meio de uma análise mais aprofundada, em cotejo com os princípios constitucionais administrativos, na tutela do direito/dever essencial da boa administração pública, é que será possível o alcance dos resultados almejados com a aplicação dos recursos, como exemplo, a adequada aplicação dos percentuais mínimos constitucionais aplicados na área da saúde.

Segundo Nunes e Scaff, “não existem direitos sem custos para sua efetivação. Não se trata aqui apenas dos direitos sociais, mas de todo e qualquer direito, fundamental ou não”. (NUNES, SCAFF, 2011 p. 82). Desse modo, é certo que a concretização do direito fundamental à saúde envolve, necessariamente, a alocação de recursos financeiros pelo Estado. Por isso, de acordo com Nunes e Scaff, o estudo dos direitos sociais deve ser “casado com o do Direito Financeiro, cujo primordial objeto é a análise sobre com o Estado arrecada, gasta e se endivida”. (NUNES, SCAFF, 2011, p. 82)

A vedação constitucional ao início de programas não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, I), à realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, II), e a transferência de recursos de uma categoria para outra ou de um órgão para outro, sem autorização legislativa (art. 167, IV), limita a concretização judicial de normas que impliquem em aumento de despesas públicas. Segundo Alceu Maurício Júnior (2007):

esforços para a alocação de recursos em regiões mais carentes, mas a permanência de problemas do sistema de partilha fiscal, associados ao caráter cíclico, com baixa prioridade econômica e fiscal do gasto federal, comprometeu maiores impactos redistributivos das transferências setoriais. Avanços do ponto de vista do maior aporte de recursos de origem estadual e municipal foram contrabalançados pela diminuição proporcional do gasto federal, sendo a autonomia no gasto em saúde restrita pelo excesso de condicionalidades para aplicação de recursos transferidos e pelas limitações da legislação vigente. Nos anos 2000, as diferenças nas condições de financiamento e gasto em saúde entre as esferas subnacionais de governo mantiveram-se significativas (MACHADO et al, 2017, p. 156)

A intervenção judicial nas políticas públicas – e por consequência nas escolhas orçamentárias – enfrenta problemas de diversos matizes. O estudo do princípio da divisão dos poderes nos mostra que a Constituição não atribui ao Judiciário competência originária para resolver questões relativas à alocação de recursos, salvo a administração dos próprios tribunais; tais poderes foram endereçados primariamente aos órgãos políticos – Legislativo e Executivo – e mesmo a existência de uma regra geral de competência judicial deve ser vista com cautelas, pois está endereçada a casos extraordinários, e não à elaboração ordinária de políticas públicas. (MAURÍCIO JR, 2007, p. 26)

Cumpra-se observar que, embora previsto constitucionalmente, a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas se aplica ao administrador e não ao Judiciário, segundo George Marlmelstein Lima. (2003). No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, ponderou que:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (STF, Petição n. 1246/SC, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 01/08/2002. Publicação: DJ 30/08/2002. p. 61)

O principal óbice à realização dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição é a escassez dos recursos estatais. Não se pode exigir do Estado, os direitos fundamentais, que custam dinheiro ao próprio povo, em sua dimensão máxima, o que estaria longe da realidade de países economicamente periféricos, tal como o Brasil.

Em que pese a escassez de recursos constituir uma limitação fática a realização dos direitos fundamentais prestacionais, sobretudo em países de modernidade periférica, não pode ser óbice à concretização dos direitos fundamentais do mínimo existencial, decorrentes do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2007). A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade, apresentando uma simultânea dimensão defensiva e prestacional.

Segundo Sarlet (2013), a noção do direito ao mínimo existencial tem origem no direito constitucional alemão com Otto Bachof, o qual entendia que o

princípio da dignidade da pessoa humana não se restringiria à garantia da liberdade, mas também demandaria um mínimo de segurança social. Segundo o autor, a própria dignidade é tolhida, na ausência de um mínimo de recursos materiais para fomentar uma existência digna. Nessa linha de argumentação, a garantia do mínimo existencial tem sido acolhida no direito constitucional brasileiro, vinculada à realização dos direitos fundamentais sociais. (SARLET, 2013).

A categoria “mínimo existencial”, de acordo com Anabele Macedo Silva, se refere aos direitos fundamentais relacionados à dimensão prestacional da dignidade da pessoa humana, pressupostos para o exercício da liberdade de todas as pessoas e para a garantia da igualdade de oportunidade (SILVA 2005). Segundo a autora, são direitos fundamentais do mínimo existencial: o direito à saúde, à educação, à assistência social, ao acesso à justiça e à moradia/abrigo. Tratando-se de direitos essenciais à sobrevivência digna das pessoas, deve-se repelir os argumentos restritivos de sua efetividade. Nesse sentido:

Observa-se claramente a expressiva potencialidade transformadora da teorização acerca dos direitos da sobrevivência digna da pessoa, eis que, apesar de materialmente dependentes de prestações positivas estatais, tais direitos fundamentais não toleram restrições à sua concretização, sendo impertinentes em seu manejo as máximas do rosário da inefetividade tais como: liberdade de conformação legislativa, discricionariedade das omissões estatais, condicionamento orçamentário, programaticidade das normas constitucionais etc. (SILVA, 2005, p. 91).

No mesmo sentido aponta Luís Roberto Barroso (2003):

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos (BARROSO, 2003, p. 26-27).

Cumpra observar, por fim, que, segundo Alves, a inefetividade do direito à saúde no Brasil não está relacionada exclusivamente à falta de investimentos públicos:

Ora, o correto enfrentamento do problema demanda a análise de diversos fatores, tais como a falta de vontade política, as prioridades de governo em desconformidade com as prioridades constitucionais, a ineficiência da atuação administrativa e a impossibilidade resultante da escassez de recursos. (ALVES, 2014, p. 194).

3.4 Teoria da reserva do possível

Com convicção afirma-se que a eficácia dos direitos fundamentais depende não somente do modo de enunciado do texto constitucional, mas inclusive em relação à função exercida por este.

Desta forma, é importante ser verificado o objetivo da norma constitucional, se de direito de defesa ou a prestações. De acordo com o presente estudo, o principal enfoque será com relação aos direitos a prestações, que possuem conotação econômica, visto que serão referenciados em recursos econômicos e escassos, que geralmente exigem uma tomada de decisões no sentido de avaliar quais valores e bens serão fornecidos e quais deverão ser sacrificados. Assim, faz-se importante a análise da denominada reserva do possível como limitadora do poder estatal na concretização dos direitos fundamentais a prestações.

É relevante referir que a lógica da efetivação dos direitos sociais na medida economicamente do possível reconverte-se na sua redução, amparada no socialmente sustentável, isto é, ao aceitável da perspectiva da gestão da tensão social resultado da quebra de expectativas e à sua manutenção nas limitações do financeiramente comportável. Essas considerações evidenciam a necessária visualização dos direitos fundamentais perante uma sustentabilidade multidimensional (CRORIE, 2013).¹²

¹² (...) são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (MORAES, 2007, p. 177).

Demonstram ser elementares tais considerações no tocante à “teoria das restrições dos direitos fundamentais”, embasada nos ensinamentos de Paulo Caliendo (2008, p. 200) que assevera “que os direitos fundamentais não são absolutos”, deixando claro ser pertinente a pergunta se são passíveis de restrições e em que medida. Sendo assim, é importante determinar os limites entre restrição (*Einschränkung*) e violação (*Verletzung*) dos direitos fundamentais” (SARLET, 2004, p. 213).

Existem duas teorias sobre o tema: teoria interna e teoria externa. Comparando-se essas duas teorias nota-se três distinções principais. A primeira relaciona-se com a estrutura normativa dos direitos fundamentais, a teoria interna adota um padrão de regras, já a teoria externa adota modelo principiológico. A segunda diferenciação refere-se à caracterização do direito à liberdade, a teoria interna adota uma definição de liberdade positiva ou antigos paradigma da ordem, em contrapartida a teoria externa alinha-se à liberdade negativa ou dos modernos paradigmas do indivíduo. Por fim, com relação à função dos tribunais em um sistema democrático, nesta esteira, a teoria interna desempenha uma postura minimalista, já a teoria externa uma postura ativa ou minimalista.

No que tange à atuação dos Tribunais de Contas, sobretudo, a fiscalização da aplicação dos percentuais mínimos determinados no texto constitucional, com a determinação de destinação de verbas específicas para a manutenção dos direitos fundamentais à saúde, pode-se afirmar que no âmbito deste limites constitucionais seria recomendável a aplicação da Teoria da Eficácia Máxima em grande parte das casuísticas, pois de acordo com essa teoria a vagareza da lei não atinge os direitos sociais, a natureza programática não obsta a concretização judicial, há críticas quanto ao dogma da vedação do magistrado como legislador positivo (a limitação restrita somente quando existir reserva legal), quanto à necessidade de previsão orçamentária, prevalecem os direitos fundamentais sociais, e o controle jurisdicional das questões políticas sempre é possível.

Ivja Neves Rabêlo Machado (2008) expõe algumas considerações sobre as dificuldades da aplicação da reserva do possível, a saber:

Na verdade, a dificuldade em aplicar a "reserva do possível" em solo nacional, como adverte Krell, deve-se à adaptação mal-feita implementada

pelos intérpretes brasileiros de um tópos da jurisprudência constitucional alemã, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. De acordo com a teoria alemã, a decisão sobre a disponibilidade dos recursos caberia aos órgãos governamentais, nos limites de sua discricionariedade, e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos (MACHADO, 2008 p. 03).

Assim, mesmo que o direito fundamental à saúde possua um conteúdo não tão claro (nas situações de vagareza da norma), e tenham falhas na contextualização, os percentuais mínimos precisam ser aplicados. Por certo, até mesmo os comandos normativos com natureza programática não estão impedidos de serem concretizados judicialmente ou na via administrativa. Quanto à necessidade de previsão orçamentária inexistem espaços para a discricionariedade, com relação à destinação específica dos percentuais mínimos que não poderão ser, em tese, afastados (FREITAS, 2011).¹³

Profere assim o ministro Celso de Mello:

[...] desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, coma finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004, RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em síntese, pautado o financiamento da saúde na reserva do possível, por meio de uma visualização da sustentabilidade nas dimensões financeiras, jurídico-política, apenas como uma ordem competitiva, justa e eficiente, será possível a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os prestacionais (como o direito à saúde e à educação). Para tanto, é essencial um sistema e planejamento tributário efetivo e justo (direito/ dever fundamental à boa administração tributária) e uma adequada aplicação dos recursos orçamentários (direito/dever fundamental à boa administração financeira) (SARLET, 2004).

¹³ As normas programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos nas grandes majorias dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável (KRELL, 2002, p. 20).

4 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Durante muito tempo a doutrina e a jurisprudência negaram a possibilidade do Judiciário intervir nos casos de inércia do Legislativo. Tal entendimento não pode ser mantido com o advento do Estado Democrático de Direito. Ocorre que, no Estado Liberal outorgou-se ao Judiciário a competência para invalidar os atos legislativos que contrariem a Constituição, por força do princípio da Supremacia da Constituição.

Desse modo, no atual estágio da evolução do Estado, “ao Judiciário cabe sempre fazer prevalecer o a Constituição, que suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam a sua efetivação”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 924).

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012):

As demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem, portanto, ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades. Nesse sentido, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Para tanto, há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 901)

De acordo com Mendes e Branco (2012):

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 924).

4.1 Jurisprudência em matéria de saúde no Brasil

O presente tópico tem por objetivo analisar alguns julgados nacionais sobre pedidos no âmbito da saúde pública. Busca-se conhecer os argumentos utilizados pelos magistrados na concessão ou negativa dos requerimentos individuais levado à esfera judicial, e o modo como o debate em torno da questão do direito à saúde e a utilização dos recursos públicos se coloca no campo das tomadas de decisões.

A avaliação dos argumentos tem por escopo estudar em que medida as categorias do protagonismo judicial e ativismo judicial são adequadas para explicar o que acontece no plano das decisões individualizadas dos processos judiciais envolvendo a questão da saúde. Também adquire relevância especial o debate em torno dos elementos fundamentais que integram os argumentos decisórios no sentido de detectar se eles restringem a interpretação do sistema constitucional ou migram para a discussão política em torno do direito à saúde (BARROSO, 2006).

O tema do protagonismo judicial ou ativismo se avoluma no cenário da crescente participação do Judiciário na resolução de uma enorme gama de assuntos no cotidiano do povo brasileiro.

A sociedade pós-Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) passou a acreditar no Poder Judiciário com uma instância em que todos os problemas são solucionados, ainda que o decurso de tempo para obtenção da decisão seja sempre muito longo e incompatível com as necessidades mais urgentes.

Essa credibilidade atribuída ao Poder Judiciário é compatível com uma sociedade em que as pessoas começam a se enxergar como titulares de direitos, e não somente como sujeitos de obrigações (CAMBI, 2010).

Também colaboraram para o protagonismo do Poder Judiciário, após a proclamação da Magna Carta, as sucessivas dificuldades vivenciadas pelo Legislativo e pelo Executivo, com parte de seus integrantes envolvidos em sérias suspeitas de práticas de improbidade, corrupção e quebra de decoro, o que ocasionou diversas Comissões Parlamentares de Inquérito veiculadas exaustivamente pelos rádios e canais de televisão e satirizadas em programas de humor, resultando no declínio da credibilidade desses poderes.

Outra circunstância que contribuiu para que o Poder Judiciário se tornasse palco de alta procura por parte da sociedade para a resolução de seus problemas cotidianos foi a crescente formação de profissionais de Direito, predominantemente processualistas, que se graduam acreditando que os processos judiciais colocariam fim a todos os conflitos.

No país não temos por tradição a solução de conflitos através da arbitragem ou mediação. Apesar de serem institutos disciplinados pelo ordenamento jurídico, não são empregados nos conflitos cotidianos (FRANÇA, 2000).

Nesta esteira, Koener, Inatomi e Baratto trazem algumas considerações a respeito do ativismo e protagonismo judicial, a saber:

Num primeiro sentido, este conceito é sinônimo da “expansão global do Poder Judiciário”, que se refere à infusão de processos decisórios judiciais ou análogos a eles em arenas políticas nas quais eles não ocorriam previamente. [...] Ele diferencia as características das cortes e das legislaturas em função dos seguintes critérios: atores, métodos de trabalho, regras básicas de decisão, a resposta e as implicações das decisões. As cortes têm como atores as duas partes do litígio e um terceiro, que atuam num processo de produção de evidências e argumentação em audiências públicas, a decisão é tomada por um juiz imparcial e se fixa em casos individuais, cujos fatos ela determina e estabelece a regra relevante. A decisão adquire o estatuto de “a única solução correta”. Na legislatura há múltiplos atores, que estabelecem relações de barganha, compromissos e alianças ocasionais, a decisão é tomada pelo princípio majoritário e tem o caráter de fixar regras sobre políticas, implicando a alcação de valores na comunidade política. A decisão tem o caráter de “solução politicamente possível” [...] As democracias contemporâneas estariam passando por um processo de expansão do Poder Judiciário, que levaria ao domínio de juízes sobre as decisões políticas em detrimento dos representantes eleitos, presentes nas instituições majoritárias. (KOENER; INATOMI; BARATTO 2011, p. 116)

Não obstante, é inegável que o Poder Judiciário desempenha importante papel ao assegurar a prestação efetiva do direito à saúde. Para melhor ilustrar tal assertiva, faz-se oportuno colacionar o acórdão dos Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado que confirmou a decisão monocrática de primeira instância condenando o Município ao fornecimento de medicamentos que eram de extrema necessidade do recorrido, que ainda era menor de idade. Senão veja-se:

APELAÇÕES CÍVEIS. ECA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. 1. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. Admite-se a solidariedade entre União, Estados e Municípios nas demandas que dizem respeito ao atendimento à saúde, na linha da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, ao menos até que o STF dê a palavra final sobre o tema no julgamento de mérito do RE 855.178/SE, cuja repercussão geral já foi admitida. 2. ATENDIMENTO PRIORITÁRIO DAS DEMANDAS DE SAÚDE DA POPULAÇÃO INFANTO-JUVENIL. Consoante os arts. 196 e 227 da Constituição Federal, o direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios), como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. 3. HIPOSSUFICIÊNCIA DE RECURSOS DA PARTE AUTORA. Para que o Poder Público seja compelido à disponibilização de fármacos, não se exige a comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas sim a demonstração de que aquele que postula as medicações não possui condições de adquiri-las. No caso, o núcleo familiar da parte autora é hipossuficiente, inexistindo possibilidade de custear o tratamento. 4. RECURSOS FINANCEIROS DO... MUNICÍPIO. A União, os Estados e os Municípios arrecadam do contribuinte e têm o dever constitucional de destinar percentual mínimo aos

programas de saúde, conforme determina o § 2º, do art. 198, da Constituição. Admitindo-se, portanto, que se está cumprindo a regra Constitucional, não há falar em inexistência de recursos, ou à afronta ao princípio da igualdade, a justificarem o desatendimento das necessidades relativas à saúde dos cidadãos. 5. DENOMINAÇÃO COMUM BRASILEIRA. Estão os entes públicos obrigados a fornecerem os medicamentos por meio da Denominação Comum Brasileira denominação genérica e não pelo nome comercial, como reiteradamente tem decidido esta Câmara. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70075200337, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/05/2018).(TJ-RS - AC: 70075200337 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 24/05/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/05/2018).(TJRS, 2017, p. 01).

Dentre os principais argumentos que a parte recorrente levantou no julgado em comento está a questão da hipossuficiência financeira e a restrição orçamentária do Município, que segundo alegações deste não dispunha de condições econômicas suficientes para o fornecimento dos fármacos pleiteados pelo autor da ação, afirmando que os poucos recursos direcionados a casos individuais violariam o princípio igualitário à prestação dos serviços de saúde. O que acertadamente foi rechaçado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), sob a justificativa de que o direito à saúde representa um “superdireito” da matriz constitucional, e deve ser garantido com absoluta prioridade às crianças e adolescente, por tratar-se de um dever do ente estatal, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida (TJ-RS, 2017).

Seguindo essa linha de raciocínio, em sede de agravo em recurso especial, a qual foi solicitada a suspensão da concessão de um procedimento cirúrgico de custo elevado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se manifestou no sentido de negar o pleito sob a alegação de que o caráter financeiro, não pode se sobrepor aos direitos fundamentais à vida e à saúde. Senão vejamos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.297.057 - SE (2018/0071881-0)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO AGRAVANTE :
MUNICÍPIO DE ESTÂNCIA PROCURADORES : GENILSON ANDRADE
OLIVEIRA E OUTRO (S) - SE002165 KATIANNE CINTIA CORREA ROCHA
- SE007297 AGRAVADO : S DOS S R (MENOR) REPR. POR : R DOS S R
REPR. POR : J A A R ADVOGADO : DULCIANA FERREIRA PORTO E
OUTRO (S) - SE009207 DECISÃO PROCESSUAL CIVIL E
ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À
SAÚDE. CIRURGIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE
INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. SÚMULA 284 DO STF.
DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL A
QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Agrava-se de decisão que negou

seguimento a Recurso Especial interposto pelo MUNICÍPIO DE ESTÂNCIA/SE, fundando na alínea c do art. 105, III da Constituição Federal, interposto contra acórdão do TJSE, assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CONDENATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - DIREITO À SAÚDE - RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONDENOU O ESTADO DE SERGIPE E O MUNICÍPIO DE ESTÂNCIA A CUSTEAR A CIRURGIA BEM COMO OS PROCEDIMENTOS NECESSÁRIOS NO PÓS-OPERATÓRIO - RECURSO APENAS DO MUNICÍPIO DE ESTÂNCIA PUGNANDO PELA REFORMA DA SENTENÇA - ALEGAÇÃO DE PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DA LIMINAR QUE NÃO EXCLUI O PROVIMENTO JURISDICIONAL DE MÉRITO PARA A CONFIRMAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - INOCORRÊNCIA - PRECEDENTES DO STF E STJ - RESERVA DO POSSÍVEL - PRINCÍPIO QUE CEDE EM RAZÃO DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL - OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO - SENTENÇA IRRETOCÁVEL - UNÂNIME. I - O Juízo de mérito se coloca como necessário a confirmar ou a revogar a medida temporária, até mesmo para que se timbre ou não o direito de regresso, não havendo o que se falar em perda superveniente do objeto em razão do cumprimento da medida liminar deferida. II- O Supremo Tribunal Federal, em decisões proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, tem acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. Precedentes. Repercussão Geral. TEMA 793. III - O STF, o STJ e o TJSE já firmaram o entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à saúde, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois a saúde, por ser um direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF), deve ser prestada de forma eficiente. Nessa hipótese, a Teoria da Reserva do Possível, eminentemente de caráter financeiro, não pode se sobrepor aos direitos fundamentais à vida e à saúde. Precedentes. IV - Os óbices orçamentários para aquisição de produtos e serviços pela Administração Pública, não podem servir como salvo conduto para omissão do Poder Público na implementação das políticas públicas prioritárias, havendo o Ente Estatal que realizar o necessário planejamento orçamentário; eleger prioridades; conferir a agilidade e racionalização do procedimento; combater eventuais desvios e desperdícios, no sentido de bem a gerir coisa pública na área da saúde. 2. Em seu Apelo Especial (fls. 496/505), a parte recorrente, em parca fundamentação, aponta divergência jurisprudencial, aduzindo a carência de recursos econômicos, bem como a necessidade de suspender o processo em razão da afetação ao rito dos recursos repetitivos do REsp. 1.657.156. 3. É o breve relatório. 4. Não é possível conhecer do Recurso Especial fundado no art. 105, III, alínea c da Constituição Federal, uma vez que o recorrente não indicou qual seria o dispositivo de Lei Federal de interpretação controvertida nos Tribunais, o que atrai a incidência do enunciado 284 da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por analogia. 5. Ademais, o dissídio jurisprudencial não foi demonstrado na forma exigida pelos arts. 1.029 do CPC/2015 e 255 do RISTJ, haja vista a ausência de cotejo analítico entre os julgados confrontados, tendo o recorrente se limitado à transcrição de ementas. 6. Por fim, observe-se que o REsp. 1.657.156/RJ foi julgado por esta Corte Superior, sendo indevida a suspensão requerida. 7. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo em Recurso Especial. 8. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 24 de maio de

2018. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (STJ - AREsp: 1297057 SE 2018/0071881-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 01/06/2018) (STJ, 2018, p. 01).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) já sedimentaram o entendimento de que é perfeitamente possível, em casos excepcionais, o Poder Judiciário compelir o Poder Executivo a implementar políticas públicas para assegurar direitos constitucionais, a exemplo do efetivo acesso à saúde, sem que isso implique em violação ao princípio da separação dos Poderes, pois a saúde deve ser prestada de maneira adequada. Nessa vertente, a Teoria da Reserva do Possível, cunhada pelo caráter financeiro, não pode se sobrepor aos direitos fundamentais à saúde e à vida (STJ, 2018).

4.2 O poder judiciário e o seu papel na concretização do direito à saúde

O exercício do direito à saúde, positivado em nosso arcabouço jurídico, por meio da atual Constituição Federal, vem ganhando repercussão nunca antes imaginada, compelindo juízes, procuradores públicos, promotores de justiça advogados e demais operadores do Direito, a lidarem com questões relacionadas com a política pública de saúde e o Direito Sanitário, no três diferentes níveis de governo.

Se por um lado, o aumento das demandas judiciais atinentes ao acesso de produtos para a saúde, medicamentos, leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), cirurgias dentre outras prestações de assistência à saúde por parte do Estado, representam um progresso no que se refere ao exercício efetivo da cidadania, por outro, também traz uma situação de tensão perante os executores e elaboradores das políticas públicas do país, que passam a responderem por um número cada vez maior de demandas judiciais, assegurando as mais variadas prestações estatais. Obrigações estas que representam exorbitantes gastos públicos e originam significativos impactos na gestão pública da saúde no Brasil.

Por sua vez, as políticas públicas são destinadas à racionalização da prestação coletiva do Poder Público, amparadas nas principais necessidades de saúde da coletividade, de modo a promover a tão sonhada justiça distributiva. Cabe o questionamento também sobre o verdadeiro impacto sobre o total de gastos no

financiamento da saúde e das ações planejadas e efetivadas em matéria assistência terapêutica e farmacêutica (MARQUES, 2008).

Ao se realizar pela via judicial, os direitos sociais não satisfeitos pelo Legislativo e pelo Executivo, não se podem menosprezar os desdobramentos das decisões proferidas, para que não se agravem, de modo reflexo, os desequilíbrios sociais existentes (CORDEIRO, 2012). Cordeiro (2012) observa que:

[...] genericamente, a intervenção do Poder Judiciário para concretização do direito à saúde, inclusive, promovendo as necessárias políticas públicas adequadas, é algo inerente à concepção de Estado Democrático de Direito. Agora, quando e onde isso deve ocorrer é âmbito a ser analisado casuisticamente, a partir da normatividade da Constituição Federal de 1988, entendendo que a dupla face da proporcionalidade, como proibição da proteção do excesso e da proteção deficiente, pode ser o controle judicial de constitucionalidade e como limite à intervenção desse Poder, na tutela à saúde. (CORDEIRO, 2012, p.31)

O texto constitucional, de forma preponderante, revelou a incapacidade dos agentes públicos no tocante à resolução de conflitos sociais, descolando os direitos e as garantias fundamentais, para que estas fossem efetivadas no dia a dia das comunidades. Por tal razão, sob o ponto de vista crítico de quem sofre diretamente a falta de prestações mínimas, que lhes assegurem uma vida digna, tem-se a impressão de que os direitos sociais são meros dados constitucionais, sem aplicabilidade prática.

Para exercerem a igualdade e a liberdade e serem capazes de desempenhar uma cidadania com responsabilidade, os indivíduos necessitam se encontrar além de situações elementares de dignidade humana, sob pena dessa independência se tornar uma ilusão e o atingimento da efetiva dignidade não se verificar na prática.

Diante desse cenário, deparando-se com o desrespeito patente dos preceitos constitucionais, somada à provocação daquele que diretamente está suportando o prejuízo da falta da lei, da política pública ou da inexistência de ambas, não se admite que o magistrado também se quede inerte, como se os valores constitucionais fossem meros conselhos a ser seguidos por meio da análise de conveniência e oportunidade pelo Legislativo e pela Administração Pública. Na contramão dessa ideia, cabe ao Judiciário a função decisiva para a concretização das premissas constitucionais (RODRIGUES, 2012).

Nesse norte vislumbra-se a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello por ocasião da apreciação da Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental nº 45, a saber:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (ação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere ou non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Zenotelli e Nistler (2018) discorrem sobre a viabilidade do uso do princípio da reserva do possível pelo judiciário:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização- depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese- mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa- criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível"- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível- não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (ZENOTELLI; NISTLER, 2018, p. 54).

Conforme já abordado, a reserva do possível é um argumento muito utilizado pelo Estado nas questões judiciais cujo núcleo gira em torno do

adimplemento de prestações previstas em regras que conferem aos cidadãos determinado direito fundamental social. Tem como foco adequar essas prestações às possibilidades econômicas do Estado. Não há consenso na jurisprudência e na doutrina sobre a natureza da reserva do possível, assim, se constitui em um postulado, cláusula, ou, ainda, condição de realidade. O conhecimento de seus precedentes históricos pode contribuir para a assimilação de seu real significado.

Com efeito, a reserva do possível, em sua essência, não leva em consideração unicamente a existência de recursos materiais suficientes para a concretização de um direito social, mas sim a razoabilidade da pretensão posta em juízo (CARLINE, 2012).

4.3 Teoria da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes, como se depreende desde Aristóteles, se constrói a partir da Constituição Federal. O princípio se consolidou no século XVIII, para erradicar o poder absoluto da monarquia que conferiu unidade política ao Governo soberano do século XVII. De fato, desaparece a dispersão medieval com o nascimento do Estado moderno, quando o poder se concentra no monarca, ampliando sua autoridade (CARVALHO, 2008).

Leonardo Pietro Antonelli (2015) aduz que:

A primeira concepção sobre a separação de poderes foi teorizada por Locke, em seu livro *Dois tratados sobre o governo*, em meados do século XVII. Para ele, existiam três poderes indispensáveis às sociedades políticas: o Legislativo, o Executivo e o Federativo. Esse último seria ligado à diplomacia e ao comércio internacional e estaria fortemente unido ao Poder Executivo. Segundo o autor, o Poder legislativo estaria acima de todos os outros, a fim de preservar a sociedade política. Anos depois, essa teoria foi mais desenvolvida por Montesquieu, na célebre obra *“O espírito das leis”*. Inspirado em Locke, Montesquieu defende a separação do Poder Legislativo, do Executivo e do Judiciário entre três pessoas diferentes, a fim de que houvesse divisão soberana de poderes, que conviveriam entre si. Montesquieu foi grande teórico sobre limites de poder e garantia política, que se daria pela consagração da legalidade e da separação dos poderes. (ANTONELLI, 2015, p. 72)

Contudo, com o advento da burguesia e das empresas capitalistas, o absolutismo do monarca, deveria ser substituído pela liberdade na ordem social, econômica e política. Com o Estado liberal, a separação de poderes torna-se um dogma. Menciona-se, na França, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja

assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (USP, s.d, p.01).

Como se verificou, o princípio da separação dos poderes tem raízes históricas, pois foi elaborado num período em que se almejava preservar os direitos individuais, por meio da limitação do poder político, que, ao se abster, concorria para o livre exercício da liberdade, de modo que um mínimo de Estado traria um máximo de liberdade.

Partindo-se da ideia que o Estado é uno, não se pode falar em separação de poderes, mas sim devemos aceitar o fenômeno da separação ou distribuição de funções desse poder uno. Na realidade, a cada órgão ou complexo de órgão corresponde um papel estatal materialmente definido, sendo as funções legislativa, executiva e jurisdicional (CARVALHO, 2008).

A teoria da separação dos poderes surgiu justamente para que todas as atribuições do Estado fiquem distribuídas entre os entes organizacionais. No sentir de Marçal Justen Filho (2015), isso resulta num sistema de freios e contrapesos e possibilita que o poder controle o próprio poder. Assim, origina-se a fragmentação do poder, com uma pluralidade de indivíduos exercitando distintas competências e controle recíproco.

Deste modo, a independência se exterioriza pelo fato de que cada poder, ao exercer suas atribuições próprias, não necessita consultar ou pedir autorização aos demais poderes e cada um pode se organizar da maneira que achar mais conveniente, respeitadas obviamente as regras constitucionais. Tais poderes devem manter a harmonia que significa o equilíbrio, funcionando cada um como uma ferramenta no sistema de freios e contrapesos, buscando realizar seus propósitos sem desmandos e arbítrios de um em detrimento de outros (JUSTEN FILHO, 2015).

4.4 Possíveis soluções para dirimir a judicialização

4.4.1 Fortalecimento da via administrativa

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) floresceu inestimáveis e inegáveis avanços ao exercício da cidadania. Entretanto, não se deve olvidar que, a judicialização dos conflitos sociais apresenta-se como um amadurecimento do processo democrático de uma sociedade, no

entanto, impõe ao Poder Judiciário, um volume demasiado de litígios a serem solucionados.

Entre os valores instituídos na Constituição Federal, ressalta-se o comprometimento do ente estatal em tutelar e promover os direitos e garantias fundamentais a partir dos mais variados instrumentos direcionados para a resolução de conflitos, especialmente aqueles que atuam como bússola para o alcance de uma ordem jurídica justa (MIRANDA, 2008).

Indubitavelmente o órgão jurisdicional desempenha um importante papel na promoção do direito à saúde, dentro dos limites da razoabilidade, a exemplo dos casos de determinação de fornecimento de medicamentos, todavia, a excessiva judicialização pode culminar no caos do sistema público de saúde em detrimento da coletividade.

A concretização dos direitos sociais exige uma postura positiva do Estado e, desta forma, na prática o processo de concretização é moroso e, na maioria dos casos, ineficiente. A utilização excessiva da via jurisdicional, associada à lentidão do processo de concretização desses direitos, dá ensejo a múltiplas ações, tanto individuais quanto coletivas, que objetivam garantir a execução de tais direitos por intermédio da intervenção jurisdicional (CARLINI, 2012).

Busca-se, através dessas demandas, uma ordem impositiva que obrigue o Poder Executivo a promover os direitos sociais. As referidas ações são alvo de inúmeras críticas e objeto de calorosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Uma das críticas principais atribuídas a judicialização da saúde diz respeito à questão do risco de rompimento da igualdade no acesso à justiça. Isto porque pessoas com condições de se valer da via jurisdicional teriam maiores vantagens em comparação com os demais sujeitos que não dispõem dessa possibilidade, em razão da falta de conhecimento necessário para tanto, ou ainda, em decorrência da ausência de instrumentalidade, a exemplo das regiões que não contam com Defensoria Pública (ALVES, 2014).

Nesse sentido Angélica Carlini (2012) afirma que:

As decisões judiciais tutelam apenas quem tem acesso à justiça, e que esta é uma minoria da população, e uma minoria que não reflete exatamente o conceito de “necessitado”. Se o direito à saúde é um direito social, e se os direitos sociais têm por objetivo a redução das desigualdades fáticas, de modo a promover a emancipação das pessoas menos favoráveis da população- e no Brasil é enorme o número de pessoas que (sobre)vivem

em condições de pobreza ou até de miséria absoluta-, a prestação sanitária assegurada judicialmente, sobretudo por meio de ações individualizadas, nem sempre se mostra em sintonia com o princípio constitucional da igualdade. (CARLINI, 2012, p. 498)

A supracitada autora entende que o acesso à via judicial estaria limitado a indivíduos que: teriam condições de contratar advogados particulares; que tivessem mais esclarecimento, grau de instrução e informação, resultando na desigualdade entre as pessoas, visto que todos que necessitam de uma assistência emergencial de saúde não seriam contemplados por este acesso. Sendo assim, haveria um privilégio de parcela da sociedade que encontra outra via de acesso ao SUS (CARLINE, 2012).

Seguindo a influência de diversos ordenamentos internacionais como Peru, Chile, Argentina, Portugal, Espanha e Itália, o Brasil vem desenvolvendo, gradualmente, inúmeros mecanismos alternativos na tentativa de contornar o atual colapso do sistema judiciário e propiciar um acesso mais adequado a ordem jurídica.

Como o Poder Público já não consegue responder prontamente aos anseios da sociedade e apresentar uma solução eficaz e rápida, a via administrativa se apresenta como uma ferramenta de grande valia.

Busca-se um equilíbrio entre o modelo tradicional de resolução de conflitos com outros meios de acesso a ordem jurídica justa, capaz de propiciar um verdadeiro acesso democrático a todas as camadas da sociedade para atingirem uma efetiva tutela de seus direitos (LIMBERGER, 2010).

Limberger (2010) defende a possibilidade de utilização da via administrativa para solucionar os conflitos como forma de desafogar o Poder Judiciário:

Com relação ao esgotamento da via administrativa, não é a proposição, mas a ponderação no sentido de que se utilize a via administrativa para resolução dos litígios. Esta via propicia uma agilização em termo de solução dos conflitos, pois dialoga diretamente com o setor que institui a política pública e que por algum motivo esta não foi implementada. Sabe-se que o Brasil adotou o sistema da unidade da jurisdição, em detrimento da dualidade, como ocorre na França. Assim, não se tem como suprimir o acesso ao Judiciário brasileiro. Ocorre, porém, que se todas as demandas vão ser discutidas em juízo, em um país de alta litigiosidade, baixo cumprimento espontâneo do direito, pouca credibilidade das instituições públicas, ao que se soma por vezes omissões e má gestão dos órgãos públicos, o Judiciário acaba colapsado com grande número de demandas, o que redundará em morosidade (LIMBERGER, 2010, p. 226-227).

Sendo assim, é imprescindível uma aproximação entre o Poder Judiciário e o Executivo, para o alcance do fortalecimento da via administrativa, de modo a priorizar o processo de negociação e concessão recíproca entre as partes envolvidas, evitando, que a matéria se restrinja somente a apreciação judicial. Deve-se, também, analisar as particularidades dos casos concretos aos quais os litígios estão inseridos para traçar estratégias mais satisfatórias.

Assim é fundamental repensar em vias alternativas para a solução de impasses, principalmente nas causas em que o Estado figurar como parte, com o intuito de conciliar os interesses dos confrontantes, que, na realidade, no caso da defesa dos direitos sociais, representam também os interesses de toda a coletividade (LUDKE, 2012).

Desta forma, o resgate da via administrativa é uma maneira de se aliviar a tensão causada pela exacerbada judicialização, proporcionando uma aproximação entre os Poderes Judiciário e Executivo, afinal, ambos fazem parte do Estado.

4.4.2 Participação popular e democracia na saúde

Apesar das diversas previsões positivadas pela Constituição da República para a participação da população, como, por exemplo, os Conselhos Municipais de Saúde, a verdade é que a herança do período autoritário estatal ainda é muito presente em nossa realidade e, por este motivo, a população tende a ser instigada a procurar pela tutela jurisdicional do que ao invés de buscar alcançar a efetivação de seus direitos através de meios coletivos de participação social. (ALVES, 2014)

Ademais, há de se observar que a presente população brasileira tem como característica marcante o individualismo. Da mesma forma, é relevante considerar que, no imaginário da sociedade, persiste a concepção de que a resolução dos problemas vinculados ao acesso à saúde é exclusiva função dos governantes, haja vista que os cidadãos pagam tributos para seu custeio (ALVES, 2014).

Os Conselhos de Saúde, presentes em todos os três níveis da federação, constituem a voz imediata da gestão comunitária na administração e fiscalização dos serviços de saúde, possuindo de forma cada vez mais consolidada caráter articulatório de democratização da organização e fiscalização dos sistema salutar público. (FELIPETO, 2002).

Os Conselhos são compostos de representantes do governo, de prestadores de serviço (setor privado), de profissionais de saúde, de usuários e visam atuar

[...] na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. (art. 1º, § 2º, da Lei n. 8.142/1990)

Conforme Correia, o Conselho de Saúde pode ser entendido como:

[...] um espaço de lutas entre interesses contraditórios pela diversidade de segmentos da sociedade nele representados. Desta forma constitui-se em espaço contraditório em que, de um lado, pode formar consenso contrarrestando os conflitos imanentes ao processo de acumulação de capital e, de outro, pode possibilitar aos segmentos organizados na sociedade civil que representam classes subalternas, defenderem seus interesses em torno da política de saúde. Este espaço não é neutro, pois, nas tomadas de decisões manifestam-se conflitos em torno de projetos de sociedade contrapostos. Os interesses dos diversos segmentos sociais nele representados nem sempre são consensuais, pois nas entrelinhas revelam direções antagônicas para os caminhos da saúde nas esferas de governo correspondentes. (CORREIA, 2006, p. 17)

Por outro lado, defende-se a posição de harmonia em defesa da saúde, na qual o Conselho pode ser entendido como espaço de cumprimento de cidadania. Nesse caso, cada conselheiro deve resignar-se das vaidades pessoais e dos desejos de classes sociais a fim de fazer valer os direitos de acesso aos serviços de saúde com qualidade e humanismo. (SANTOS, 2001).

Neste contexto, é imprescindível que o obstáculo materializado pelo individualismo seja gradualmente superado. Em uma sociedade excessivamente complexa e com diversos problemas em áreas determinantes para a dignidade humana, como saúde, educação, segurança, moradia entre outros, as soluções de natureza individualizadas mostram-se sempre pouco eficientes e mais dispendiosas para a implementação da justiça social e da cidadania ativa.¹⁴ Assim, a análise da democracia¹⁵ na saúde e da participação popular surge como importante alternativa para se repensar a efetivação do direito à saúde no país (PINHEIRO, 2004).

¹⁴ A partir do incremento de experiências participativas no Brasil neste último par de décadas, [sugere-se que] as relações entre representação e participação são muito menos que oposição, (...) [mas sim] instrumentos [que] estabelecem combinações e articulações que desenham um processo de concomitante inovação e reprodução das práticas políticas e orientações político-institucionais. Será, portanto, o fenômeno da representação no interior da participação (LÜCHMANN, 2007, p.140).

¹⁵ A democracia é uma “invenção” da civilização helênica antiga, podendo ser caracterizada, desde as suas origens, como o governo “de muitos” ou “da maioria” – de fato, em grego,δημοκρατία,ou seja,

Nesse sentido, Pinheiro (2004) explica que:

Vários fatores estão vinculados a esse processo. Entretanto estes não incluem, na maioria das vezes, a possibilidade de conceder à sociedade civil o papel de protagonista do aprofundamento democrático, no que concerne à formulação, implantação e execução das políticas públicas no país. Em que pese o pioneirismo da área da saúde na democratização das relações entre Estado e sociedade civil, mediante a criação de instâncias políticas de participação e controle social nas três esferas de governo – os - conselhos -, é possível verificar no cotidiano das instituições a predominância de uma cultura política conservadora, patrimonialista e autoritária. Nesta, o Estado desempenha papel central, estando sempre inclinado a limitar a participação e a representatividade da sociedade civil aos tradicionais mecanismos de institucionalidade democrática: os partidos políticos e eleições governamentais. (PINHEIRO, 2004, p. 11)

No que se refere à participação popular no setor da saúde, a Constituição da República preceitua que: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III - participação da comunidade” (BRASIL, 1988).

Alguns autores, a exemplo de Valla (1998 *apud* VIANNA, 2006), criticam a existência do tipo de democracia existente nos Conselhos Municipais de Saúde, sem deixar de darem a devida importância a tais instituições. Para esses autores, os Conselhos Municipais poder ser uma forma de “encurrular” os movimentos sociais em apenas um canal em detrimento da intenção de seus idealizadores. A política social, de acordo com Valla, deve se atentar à excessiva mora dos Conselho, à dependência aos gestores e aos funcionários e às dificuldades de saúde da população a fim de se orientar para possíveis ações de democracia direta, como manifestações nas ruas, em gabinetes de autoridades ou em centros de saúde.

Assim, no âmbito das discussões democráticas está a questão dos direitos sociais, pois, para a reprodução da democracia é necessário a formação dos sujeitos democráticos, o que nos remete a uma concepção particular da sociedade, referenciada no reconhecimento de si mesmo e de outrem e que se expressa na

δημο (demo)=povo; κρατια (cracia)=governo –, como discutido por Platão e Aristóteles, respectivamente, nos textos clássicos *Político* e na *Política* (PLATÃO, 1972, p. 09).

existência de direitos a serem desfrutados pela sociedade (JUNQUEIRA *et al*, 2009).¹⁶

Entretanto, Santos (2004 *apud* SALM; BAHIA; MALTA, 2006) expõe que os estudos mais aprofundados sobre o tema costumam apresentar resultados distintos da teoria, por exemplo, o conjunto de segmentos sociais que representa a população nos órgãos de participação faz parte da chamada elite social, que destoa do público atendido pelas instituições salutaras, impossibilitando, assim a captação das carências sociais.

Segundo Mendes e Branco:

As audiências públicas são um bom exemplo do firme propósito da Suprema Corte de que a revisão judicial deve ser efetivada de forma totalmente compatível com outras instituições democráticas. Se uma das principais fontes de legitimidade democrática da Corte vem da força dos seus argumentos, é evidente que esta deve estar disposta a ouvir todos os setores da sociedade, especialmente em casos relativos à efetivação de direitos socioeconômicos. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 930-931).

Dentre os diversos mecanismos de participação popular direta na política, destaca-se o controle social. A expressão controle social é ambígua, podendo designar tanto o controle que o Estado exerce sobre o cidadão, como também a atividade de o cidadão, individualmente por intermédio de organizações, controlar o Estado. É nesse segundo sentido que será empregada neste trabalho, entendida como um instrumento de controle da Administração Pública e combate à corrupção e também como um mecanismo de participação popular direta nos assuntos do Estado (democracia participativa).

Marcus Vinícius de Azevedo Braga conceitua controle social como

¹⁶ Outro ponto importante a ser considerado, na tomada de decisões políticas, é a conciliação entre as necessidades dos indivíduos e as da coletividade. Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo (DALLARI, 2011, p. 131).

um conjunto de ações, individuais ou coletivas, realizadas pela via democrática, de forma a pressionar as políticas desenvolvidas pelos governos, no acompanhamento e controle dessas mesmas políticas, da formulação até a implementação, visando garantir a qualidade na prestação de serviços públicos, a materialização de direitos sociais e a lisura da ação estatal no atendimento aos interesses da população. (BRAGA, 2011, p. 6).

Trata-se, portanto de uma forma de controle da Administração Pública, e também de um mecanismo de participação popular direta na política. Todavia, a efetividade dos mecanismos de controle social restará limitada enquanto vigorar entre os cidadãos a concepção negativa de liberdade. Dominado por esta concepção, de caráter individualista, o cidadão conduz, muitas vezes, sua participação política orientado mais por interesses egoísticos do que pelo bem comum. A adoção do conceito republicano de liberdade, por outro lado, esbarra falta de condições para sua concretização, entre elas o exercício da virtude cívica pelos cidadãos, o que no Brasil se revela extremamente difícil, haja vista a generalização do “jeitinho” na cultura jurídica brasileira. (COSTA, 2017)

Apesar disso, recentes pesquisas indicam uma mudança, ainda que insipiente, na cultura jurídico-política brasileira, que não mais compactua com a corrupção na esfera política. (AVRITZER, 2016). Ainda, estudos acadêmicos demonstram que nas áreas em que o controle social está presente com mais força, o Estado brasileiro apresenta menos corrupto e mais eficiente. (ZAMBONI, 2007).

A participação da sociedade configura um dos principais instrumentos democráticos de se efetivar a saúde, até porque a tutela do direito à saúde não é um interesse tão somente de uma pessoa, mas sim de toda coletividade. Aqui, o cidadão assume uma função de agente promotor da efetividade sanitária, para que todos possam usufruir adequadamente do direito à saúde (ALVES, 2014).

4.4.3 Apoio técnico ao Poder Judiciário

Além do fortalecimento da via administrativa e da participação democrática na saúde, o apoio técnico ao Poder Judiciário também pode ser mais uma alternativa para a consolidação do direito à saúde. Isso porque o Poder Judiciário não detém todos os conhecimentos técnico-científicos indispensáveis para uma adequada instituição das políticas públicas no setor da saúde. Como exemplo, o Judiciário não tem capacitação técnica para examinar se determinado fármaco é

precisamente importante para se promover a saúde. Mesmo que instruído por laudos técnicos, sua perspectiva jamais seria capaz de rivalizar com a da Administração Pública (BARROSO, 2008).

Desde a Recomendação nº 31/2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontou aos Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados a necessidade de celebração de convênios com o propósito de disponibilizar apoio técnico integrado por farmacêuticos e médicos para auxiliar os juízes na formação de suas convicções quanto à análise das questões clínicas levantadas pelos envolvidos das demandas referentes à saúde, observadas as particularidades regionais (ALVES, 2014).

Segundo levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de justiça estima-se que o Ministério da Saúde gaste anualmente aproximadamente R\$ 7 bilhões em procedimentos e medicamentos à saúde provenientes de demandas judiciais no âmbito do da União, Estados e Municípios. O referido Conselho instituiu que a partir maio de 2017, as decisões judiciais iriam ser amparadas em laudos técnicos, desenvolvidos por especialistas na denominada evidência científica. Tal projeto, desenvolvido pelo CNJ em parceria com o Ministério da Saúde e demais instituições, determina a capacitação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) vinculados aos tribunais, para utilização do sistema que vai auxiliar os magistrados de todo o território nacional em demandas judiciais na área de saúde. Já existem 30 notas técnicas sobre medicamentos elaboradas pelos Núcleos e prontas para serem disponibilizadas ao Poder Judiciário do Brasil (CNJ, 2017).¹⁷

Até o presente momento essas alternativas mostram-se insuficientes para resolver a totalidade dos problemas atinentes às ações judiciais de saúde no país.

¹⁷ O direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e está a dimensão mais problemática impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde (SARLET, 1988, p.01). Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG_SARLET.pdf >. Acesso em: 18 jun. 2018.

Contudo, essas possibilidades são ferramentas que melhoram a prestação jurisdicional e proporcionam um direito à saúde mais eficaz (ALVES, 2014).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no explanado, resta reconhecer que o atual cenário brasileiro que ocupa a posição de pano de fundo deste estudo, qual seja, um Estado Democrático de Direito passa por intensa crise. É cediço que a análise das crises estatais passa pela abordagem de várias temáticas que sequer foram aqui analisadas, mas inegavelmente foi o suficiente para demonstrar que o Estado ainda comete muitas falhas no processo de efetivação do direito à saúde.

Muito se fala em Estado provedor, por ser aquele que se comprometeu em assegurar a dignidade da pessoa humana, porém, este tem, em muitos casos, se furtado desta incumbência, ao não conseguir sequer assegurar o acesso da população a medicamentos e exames médicos.

Notadamente, o direito à saúde passou por relevantes avanços no decorrer da história. É fato que a ascensão desse direito a condição de direito social, fundamental e humano faz com que a população ganhe muito e possa cobrar mais do Estado.

Isso foi percebido a partir da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) a qual assumiu essa tarefa, além da regulamentação desse direito posteriormente, com o surgimento da legislação que cria e regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), além de outros atos normativos e portarias do Governo Federal e do Ministério da Saúde que tratam da política de distribuição de medicamentos, agendamentos de consultas, procedimentos cirúrgicos, o que se reconhece como assistência terapêutica.

No entanto, a ineficiência do sistema é nítida na medida em que não disponibiliza vagas suficientes em leitos hospitalares, apresenta morosidade no agendamento de consultas, além do déficit na qualidade e quantidade do fornecimento de medicamentos.

Diante disso, ficou muito claro que a judicialização da saúde é um mecanismo muito importante para a efetivação desse direito, contudo, esta via deve ser utilizada em caráter subsidiário, assim, o resgate da via administrativa é uma maneira de se aliviar os problemas causados pela exacerbada judicialização, proporcionando uma aproximação entre os Poderes Judiciário e Executivo, afinal, ambos fazem parte do Estado.

Além disso, a participação da sociedade também configura um dos principais instrumentos democráticos para concretização da saúde, até porque a tutela do direito à saúde não é um interesse tão somente de uma pessoa, mas sim de toda coletividade. Aqui, o cidadão assume uma função de agente promotor da efetividade sanitária, para que todos possam usufruir adequadamente do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, João Vitor de Souza. **Efetividade, direito à saúde e decisão**: uma análise hermenêutica entre a atuação judicial e a busca de alternativas. Dissertação (Mestrado em Direito Público), Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014. Disponível em: <
<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16596/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ANTONELLI, Leonardo Pietro. **Correção Legislativa da Jurisprudência**: Uma análise das emendas constitucionais em matéria tributária. Rio de Janeiro: JC, 2015.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia do Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. Controle Social: avanços e perspectivas no cenário brasileiro. **Prestando Contas: Revista da Controladoria Geral do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, p. 6-7. 30 dez. 2011. Disponível em: <
http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/2310215/DLFE-239309.pdf/PC_9.2.WEB.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In:

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, jun. 2009.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed. Rio de Janeiro:, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 08 mar. 2018.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004. DJ 04 mai. 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em: 10 jan. 2018

_____. **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm> Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. **Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de

transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. **Portaria n. 2.203, de 5 de novembro de 1996.** Aprova a Norma Operacional Básica – SUS 01/96. Disponível em: <
http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.185.474 de Santa Catarina**, Relatoria Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, **DJe** 29.4.2010. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21433971/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-36949-sp-2012-0007699-7-stj/inteiro-teor-21433972?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Especial n. 129.705-7 de Sergipe**, Relatoria Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: **DJ** 01/06/2018. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584569363/agravo-em-recurso-especial-aresp-1297057-se-2018-0071881-0/decisao-monocratica-584569389?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Civil: 70075200337 RS, Relatoria Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 24/05/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 28/05/2018. Disponível em: <
<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584403316/apelacao-civel-ac-70075200337-rs/inteiro-teor-584403324?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRAVO, Maria Inês Souza. **Política de saúde no Brasil**. 2005. Disponível em: <
http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-5.pdf> Acesso em: 12 mar. 2018

BUENO, E. **À sua saúde: a vigilância sanitária na história no Brasil**. Brasília, DF: Anvisa, 2005.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARLINE, Angélica. **A saúde pública e as decisões dos tribunais-** apontamentos para uma reflexão crítica. In: ASENSI, Felipe, PINHEIRO, Roseni (orgs.). Direito Sanitário.- Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. **Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 14 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Delrey, 2008.

CORDEIRO, Karine da Silva Cordeiro. **Direitos fundamentais sociais:** dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CORDONI JÚNIOR, Luiz; PAULUS JÚNIOR, Aylton. Política públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde**, Londrina, v. 8, n. 1, p. 13-19, dez. 2006. Disponível em: < <http://files.tvs4.webnode.com/200000244-78e4379de1/Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20de%20Sa%C3%BAde%20no%20Brasil.pdf> >. Acesso em 15 mar. 2018.

CORREA, Karina Ambrozio. **Direito à Saúde:** a responsabilidade do Estado e a judicialização da saúde. Disponível em: < <http://wwmarw.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974729091845.pdf> >. Acesso em: 07 mai. 2018.

COSTA, Rafael Antônio. Participação Popular e a Concepção Republicana de Liberdade. In: COSTA, Ilton Garcia; ALMEIDA, Frederico Rafael Martins de; COSTA, Rafael Antônio. **Reforma Política:** Diálogos e Reflexões. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2017.

CRORIE, Benedita Mac. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.** Coimbra: Grupo Almedina, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Mara Sylvia Zanella. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. **Revista Consultor Jurídico**, mai. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em 17 jan. 2018.

FIGEIREDO, Mariana F. **Direito Fundamental à saúde**. Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRANÇA, Vladmir Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1999.

MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (org.). **O estado democrático de direito em questão**: teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

JUNGES, José Roque. Direito à saúde, biopoder e bioética. **Revista Interface**, Botucatu, v. 13, n.29, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832009000200004>. Acesso em: 05 mar. 2018.

JUNQUEIRAI, Túlio da Silva; et al. **Saúde, democracia e organização do trabalho no contexto do Programa de Saúde da Família**: desafios estratégicos. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5982/1/ARTIGO_SaudeDemocraciaOrganizacao.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook Inatomi; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. **Nuevos Paradigmas de Las Ciências Sociales Latinoamericanas**, v. 2, n. 4, jul-dez 2011, p. 17-52. Disponível em: <<http://www.ilae.edu.co/IlaeRevista/RVPdf/Vol.II-Nro4/Vol.II-Nro4-2011-17.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionabilidade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEVCOVITZ, Eduardo; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. **Política de saúde nos anos 90: relações intergovernamentais e o papel das Normas Operacionais Básicas**. Ciênc. saúde coletiva, São Paulo, v.6, n.2, p. 269-291, São Paulo. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232001000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 mai. 2018.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do Direito Fundamental à Saúde Pelo Poder Judiciário**. (Monografia apresentada ao final do Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

LIMBERGER, Têmes. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LUCHESE, Patricia T. R. (coord). **Políticas públicas em Saúde Pública**. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. **A representação no interior das experiências de participação.** Lua Nova, São Paulo, n. 70. p. 213-222. 2007. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a07n70.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

LUDKE, Welington Eduardo. **Políticas Públicas de Saúde e a Tensão entre o Poderes:** fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos. Disponível em: < <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4121/Wellington%20Eduardo%20Ludke.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

MACHADO, Cristiani Vieira *et al.* **Políticas de saúde no Brasil em tempos contraditórios:** caminhos e tropeços na construção de um sistema universal. 2017. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00129616.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

MACHADO, Iveja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais.** Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16435-16436-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. A afirmação histórica dos direitos fundamentais. A questão das dimensões ou gerações de direito. **BuscaLegisccj.ufsc.Br.** Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31715-36510-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

MARQUES, Silvia Badim. **Judicialização do Direito à Saúde.** Jul/out. 2008. Disponível em: < <file:///C:/Users/x/Downloads/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20a%20Sa%C3%BAde.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

MAURICIO JR., Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. in: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 15, 2007.

MELO, Daniela Tranches de. **Movimentos sociais e institucionalização de políticas de saúde no Brasil.** Rio de Janeiro: Mauad, 2015.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil.** Belo Horizonte: DelRey, 2008.

MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento do SUS sob os “ventos” da financeirização. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, jun. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1998: Uma Constituição de esperança. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 251.

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

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Bárbara Nazareth; GOMES, Carla de Marcelino; SANTOS, Rita de Páscoa dos. **Os direitos fundamentais em Timor-Leste: teoria e prática**. Coimbra: lus Gentium Conimbrigae, 2015.

PASSOLD, Cesar Luiz. Saúde pública como tema constitucional. **Revista Sequencia. Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis: 1986.

PEDROSA, José Ivo dos Santos. Perspectivas na avaliação em promoção da saúde: uma abordagem institucional. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, set. 2004.

PINHEIRO, Roseni. **Democracia e Saúde: sociedade civil, cidadania e cultura política**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/physis/v14n1/v14n1a02.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v.1, n.1. São Paulo, 2004. Platão. Político. (Coleção os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1972.

PORTAL EDUCAÇÃO. **A Norma Operacional Básica 01/93**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/a-norma-operacional-basica-01-93/38536>>. Acesso em 03 jun. 2018.

RODRIGUES, Andressa Conterno. **As Dimensões dos Direitos Fundamentais e sua Eficácia na Relações Interprivadas**. 2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/x/AppData/Local/Temp/994-4244-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

RODRIGUES, Solange Rebeca. **Judicialização: possível caminho à efetivação do direito à saúde no Brasil?**. 24 out. 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/47>. Acesso em: 21 mar. 2018.

SALM, Cláudio; BAHIA, Ligia; Malta, Maria de Mello. **A participação social e a construção do SUS**: anotações sobre as trajetórias dos movimentos sociais, e proposições acerca dos Conselhos e Conferências de Saúde. 2006. Disponível em: <http://www.leps.ufrj.br/gestaops/APartSocialCosntSUS.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: O espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007.

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

_____. **Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988**. Disponível em:<http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG_SARLET.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.), *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade Das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WEBER, Thadeu. **Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant**. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre: 2009. Disponível em: < > Acesso em: 11 mar. 2018.

VIANNA, Maria Lucia Weneck. **Participação em saúde: do que estamos falando?** 2006. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222009000100010&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 11 mar. 2018.

ZAMBONI, Y. **Participatory budgeting and local governance**: an evidence-based evaluation of participatory budgeting experiences in Brazil. May 28, 2007 (Working Paper). Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.467.6755&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso jan. 2018.

ZANOTELLI, Beatriz Graeff; NISTLER, Regiane. **A Judicialização do Direito à Saúde**. São Paulo: Deviant, 2018.