

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA ASCES - UNITA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO
KAMILA GABRIELLE DE OLIVEIRA LEAL GOMES**

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Caruaru - PE
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA ASCES – UNITA
KAMILA GABRIELLE DE OLIVEIRA LEAL GOMES**

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Fernando Gomes de Andrade.

Caruaru – PE

2017

KAMILA GABRIELLE DE OLIVEIRA LEAL GOMES

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Fernando Gomes de Andrade.

APROVADA EM: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Professor Doutor Fernando Gomes de Andrade

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Absalão e Maria das Neves, pelo amor, incentivo e confiança depositados durante toda a minha vida.

Cesar Gomes, meu querido marido, que sempre esteve ao meu lado, me dando forças para conseguir alcançar meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, é Ele quem me dá forças nos momentos de angústia e me mostra o melhor caminho a seguir, sem a fé Nele nada disso teria sentido. Aos meus amados pais, pela dedicação, amor, companheirismo, vocês são responsáveis por toda realização que eu alcanço. Vocês me educaram com amor, são exemplos de seres humanos, de casal, de pais, só tenho a agradecer por tudo que vocês fizeram e fazem na minha vida. Eu os amo incondicionalmente.

Ao meu marido, que me acorda todos os dias com aquele simpático e bom humor dizendo “Bom dia, Panqueca” rrsrs. Com o seu amor e fiel apoio, tenho a coragem de enfrentar os mais difíceis obstáculos. Obrigada por toda atenção, carinho e paciência depositados em mim, eu te amo!

Aos meus queridos irmãos: Juliany, Thalita e Georg, cada um com sua personalidade me ensinaram no decorrer do tempo a ser uma pessoa bondosa, que mesmo diante de momentos difíceis sempre estávamos juntos, agradeço por vocês cuidarem de mim, amo vocês!

Ao meu cunhado Dr. Luiz Neto, que foi a primeira pessoa a me incentivar a fazer o curso de Direito, que me mostra no dia a dia a ser uma ótima profissional, que ama o que faz, que de certa forma contribui para a minha formação, me passando um pouco da sua experiência vivida nesses anos exercendo a advocacia.

À minha sogra, Maria Auxiliadora (Fofa), uma mulher guerreira que tenho o prazer de ter como uma mãe, obrigada por me tranquilizar nos momentos de ansiedade ao qual passei na Universidade, a Sra. teve uma grande contribuição para a minha vida tanto pessoal quanto profissional.

À minha cunhada Gislainy, uma pessoa maravilhosa, que sempre está disponível quando eu preciso, uma mulher batalhadora, persistente, obrigada pelos momentos que dedicasse aos meus ensinamentos.

A todos os meus amigos de classe, Tamires, Gabryella, Máisa, Raquel, Thaís, Márcio e Yury, pois pude encontrar amizades verdadeiras, sei que Deus colocou todos vocês na minha vida para fazermos um mundo mais justo. Obrigada pelas risadas nas aulas, pelas discussões, pelo carinho, por todos os momentos que passamos juntos, vocês são especiais!

Quero agradecer, ao meu orientador, professor Fernando Gomes de Andrade, pelo empenho dedicado à elaboração desse trabalho, por ter sido paciente e atencioso, por ter me inspirado a escolher esse tema, uma pessoa de bastante importância na minha vida profissional.

Obrigada a todos, que contribuíram direta ou indiretamente para a minha formação, o meu muito obrigada!

RESUMO

Este estudo visa apresentar que o acesso aos serviços de saúde é direito de todo e qualquer cidadão, assegurado pela Constituição Federal, que determina quais são os deveres do Estado para que todos os direitos possam ser garantidos à população. No entanto, nem sempre o direito à saúde é respeitado, sendo bastante comum a exibição em noticiários das dificuldades que inúmeras pessoas enfrentam todos os dias nas instituições responsáveis pela sua efetivação. Neste contexto é importante destacar que diante deste cenário, o número de óbitos ocasionados pela precariedade dos serviços públicos de saúde é bastante assustador. A falta de atendimento, de profissionais qualificados e da disponibilidade de medicamentos, são exemplos muito comuns nos hospitais públicos do país. Diante da omissão do Estado, inúmeros cidadãos acionam o sistema Judiciário para que o direito à saúde seja cumprido. Neste quesito, surge o Ativismo Judicial que é a atuação do Judiciário para que os Poderes Executivo e Legislativo cumpram os seus deveres, diante das normas estabelecidas pela Constituição Federal em assistência à população. Faz-se necessário, portanto, apresentar como funciona o Ativismo Judicial, destacando que esta é uma importante ferramenta à disposição do cidadão para que os seus direitos sejam respeitados.

PALAVRAS – CHAVES: Ativismo Judicial; Direito à saúde; Direitos Fundamentais; Atuação do Judiciário.

ABSTRACT

This study aims to show that access to health services is the right of every citizen, guaranteed by the Federal Constitution, which determines the duties of the State so that all rights can be guaranteed to the population. However, the right to health is not always respected, and the news coverage of the difficulties that countless people face every day in the institutions responsible for its implementation is quite common. In this context, it is important to emphasize that in this scenario, the number of deaths caused by the precariousness of public health services is quite frightening. The lack of care, qualified professionals and the availability of medicines are very common examples in public hospitals in the country. Faced with the omission of the State, numerous citizens activate the judicial system so that the right to health is fulfilled. In this regard, Judicial Activism arises which is the Judiciary's action so that the Executive and Legislative Powers fulfill their duties, in accordance with the norms established by the Federal Constitution in assisting the population. It is therefore necessary to present how Judicial Activism works, noting that this is an important tool available to the citizen so that his rights are respected.

KEY WORDS: Judicial Activism; Right to health; Fundamental rights; The Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 Um olhar histórico sobre os Direitos Fundamentais: Dimensões ou Gerações	11
1.2 Direitos sociais como direitos subjetivos e fundamentais	16
1.3 A saúde como direito social	19
2. A ATUAÇÃO DO ESTADO PARA GARANTIR O DIREITO A SAÚDE NO BRASIL	22
2.1 A saúde no Brasil antes e após a promulgação da Constituição Federal de 1988	22
2.2 A realidade da saúde pública no cenário atual do Brasil	26
2.3 Orçamentos Públicos: o mínimo existencial e a reserva do possível em busca da efetivação dos direitos fundamentais, através do Judiciário	31
3. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	37
3.1 A intervenção do poder judiciário e a separação dos poderes	37
3.2 O ativismo judicial e a judicialização	42
3.3 Análise de casos	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal tem como princípios básicos garantir os direitos de todo e qualquer cidadão, resguardando-os, inclusive, de possíveis atos ilícitos que possam ser praticados pelo Estado ou por alguns de seus componentes. Sabe-se que, na verdade, a Constituição estabelece normas que asseguram que é função do Estado respeitar os direitos de todo ser humano, garantir a sua proteção e assegurar o mínimo de condições para a sua sobrevivência.

O direito à saúde é inquestionável; por se tratar de um dos principais elementos da vida, está associado à dignidade humana, enquadrando-se, portanto, como um direito de todo indivíduo. Entretanto, existe uma distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Assim, os direitos humanos estão pautados na ordem jurídica internacional, independentemente de serem vinculados a uma determinada ordem constitucional. Os direitos fundamentais, contudo, devem ser compreendidos como os direitos humanos reconhecidos na ordem constitucional de um Estado específico.

Com isso, a saúde passou a ser um direito fundamental, normatizado na Constituição Federal do Brasil e incluído entre um dos direitos sociais, contido em seu Título VIII, Capítulo II, Seção II, nos artigos 196 a 200. Garantida pelo Estado, que tem como dever implantá-la através de políticas públicas, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 diz que:

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.

Contudo, apesar da grande colaboração da Constituição, é muito comum o cidadão se deparar com o descaso do sistema Legislativo e também do Executivo, com relação à realização do direito à saúde, não sendo posto em prática o que o texto constitucional garante. Todos os dias, os noticiários apresentam as dificuldades que a população brasileira enfrenta devido às omissões, erros e também má administração das instituições responsáveis pela garantia dos direitos humanos. Devido a isso, o número de óbitos que acontece por causa da precariedade dos hospitais públicos, tanto no que se refere à falta de atendimento, falta de vagas nos leitos, falta de

profissionais de saúde que sejam qualificados ou até mesmo de medicamentos, é assustador.

A saúde, sendo um direito de todo e qualquer ser humano, e dever do Estado, vem sendo uma mera ilusão, em muitos casos, diante da omissão do Estado e da má administração pública, fazendo com que vários cidadãos acionem o sistema Judiciário para que este possa intervir e garantir a aplicabilidade do direito fundamental. O Ativismo Judicial é, justamente, a participação ampla e intensa do Poder Judiciário, que visa efetivar os valores e preceitos constitucionais, na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Partindo de uma análise histórica e social, no qual surgiu o princípio da separação dos poderes e a sua evolução, com base na atual existência de poderes “independentes e harmônicos entre si”, assegurados pela Constituição Federal de 1988, é necessário analisar o fenômeno do ativismo judicial, praticado pelo Poder Judiciário, para averiguar se há, de fato, a garantia dos direitos de todos os cidadãos com relação à saúde pública ou se eles estão sendo negligenciados no país.

Se o Poder Legislativo não cumpre a sua função de garantir os direitos previstos na Constituição ou se o Executivo não realiza as políticas públicas necessárias, o Judiciário poderá ser acionado para impor que os outros poderes cumpram os seus deveres diante das normas da Constituição Federal, zelando pela preservação e garantia dos direitos da população.

Um dos pontos mais delicados com relação à garantia de todos os direitos que os cidadãos possuem é a falta de conhecimento. Muitos não sabem o que, de fato, é dever do Estado para que lhes assegure uma vida digna. A igualdade é um dos principais pontos que dão base para que o sistema judiciário funcione. O acesso à justiça, de um modo geral, é um recurso que visa suprir as necessidades de todos, mas, muitas pessoas não sabem como iniciar a busca por seus direitos quando, por exemplo, não houver um atendimento adequado em um hospital. É fundamental que, antes de qualquer coisa, a população conheça os seus direitos, e que, quando necessário, saiba, exatamente, como e a quem recorrer.

O presente estudo tem como objetivo principal abordar a atuação do Poder Judiciário como meio para a concretização e efetivação dos direitos de todos os cidadãos à saúde. Como objetivos específicos, busca analisar o sistema do ativismo judicial, dando ênfase ao seu papel na sociedade e aos princípios da separação dos

demais poderes, além de questionar se o sistema judiciário se torna hábil quanto à garantia dos direitos que toda a população brasileira possui.

Neste contexto, de acordo com a legislação constitucional brasileira, o ativismo judicial surge como uma ferramenta indispensável para a concretização do direito à saúde, fazendo com que o sistema Judiciário não fique inerte diante dos abusos existentes devido às omissões e à má administração pública.

A metodologia utilizada é de natureza bibliográfica, no qual autores como Bonavides (2007), Rocha (2013), Sampaio (2013), Caldeira (2015), Bicca (2012), Freixo (2014) e outros foram citados. Sendo assim, resta enquadrada em uma pesquisa qualitativa, em que os conceitos defendidos pelos referidos especialistas no tema foram analisados.

Este estudo está dividido em três capítulos. No primeiro, será feita uma análise histórica sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais, destacando que a saúde está entre estes. No segundo, será realizada uma abordagem sobre o direito à saúde no Brasil, destacando que todos possuem os mesmos direitos, assim como será apresentada as principais dificuldades que a população enfrenta. No terceiro e último capítulo, será desenvolvida uma amostra de como funciona o ativismo judicial no país e como a população pode recorrer a este recurso para garantir que o Estado cumpra com o seu dever, dando destaque às diferenças entre o ativismo judicial e a judicialização da política, apresentando também como o Judiciário atua, sem interferir nos outros poderes, para garantir que a população tenha acesso à saúde.

CAPÍTULO I

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todo cidadão tem o direito de ser respeitado. Todos são iguais perante a lei, sem existir qualquer tipo de distinção. Todo cidadão, independentemente de onde esteja, tem direito à liberdade, à segurança e à propriedade, por exemplo. Além desses, o indivíduo tem o direito de que as suas necessidades básicas sejam assistidas. Saúde, moradia, alimentação adequada, saneamento básico, segurança, previdência social, dentre outros, são direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 para toda a população, no Brasil. Os direitos sociais dependem da atuação do Estado para que eles sejam efetivados. É importante, contudo, que todas as pessoas conheçam os seus direitos para que usufruam daquilo que a Carta Magna vigente lhes assegura.

1.1 Um olhar histórico sobre os Direitos Fundamentais: Dimensões ou Gerações

Para a definição dos direitos humanos, entende-se que são direitos inerentes à condição humana e anteriores ao reconhecimento do direito positivo. São direitos provenientes de consequências ou exigências geradas por situações de injustiça ou de agressão a bens fundamentais de todo e qualquer ser humano. Neste sentido, abrangem os direitos de uma pessoa pela sua natureza, que transcendem os direitos fundamentais, em consequência de o seu conteúdo ser dotado de uma ordem de princípios universais, considerando que são válidos em todos os lugares e em todo tempo, para todos os povos. São muitos os termos utilizados para a definição desses direitos. Sampaio (2013, p. 30) diz que, além de direitos humanos, existem outros termos para se referir a eles:

[...] “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos naturais”, “liberdades públicas”, “direitos civis”, “direitos políticos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos subjetivos”, dentre tantos.

O objetivo dos direitos fundamentais é, acima de tudo, proteger a individualidade, mas considerar a coletividade. Sendo assim, no momento em que os direitos humanos são unificados pela Constituição, ganham o status de direitos fundamentais, visto que, o constituinte originário é livre para eleger, dentre uma

infinidade de direitos, aqueles que serão constitucionalizados por um Estado ou nação. Neste contexto, é importante destacar que “a expressão “direitos fundamentais” pode ser utilizada para ventilar certos direitos que reconhecem e garantem a qualidade de pessoa ao ser humano” (ANDRADE, 2012, p. 83).

Nas palavras de Uadi Lammêgo, os direitos fundamentais são “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social” (2007, p. 401).

Os direitos humanos estão pautados na ordem jurídica internacional, independentemente de serem vinculados à determinada ordem constitucional. Os direitos fundamentais, contudo, devem ser compreendidos dentre os direitos humanos que estão reconhecidos e positivados na ordem constitucional de um determinado Estado. Conforme preleciona Ingo Sarlet (2012, p. 7):

o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Observa-se, por fim, que a importância aos direitos humanos simula um princípio comum a todos os povos civilizados. Assim, os direitos fundamentais se incluem como os primeiros reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Logo, os direitos fundamentais têm como antecedente o reconhecimento dos direitos humanos.

Quanto aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, ambos possuem a mesma essência e finalidade. No entanto, alguns doutrinadores buscam uma nomenclatura que seja própria para definir os direitos fundamentais em todo o seu processo histórico. As expressões mais utilizadas para delimitá-los são as de “gerações ou dimensões”.

Paulo Bonavides foi um dos principais constitucionalistas que leu os direitos fundamentais a partir de um aspecto histórico. Referido autor faz uma menção expressa ao termo gerações dos direitos fundamentais para esclarecer a inclusão histórica deles nas constituições dos países:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata (BONAVIDES, 2006, p. 563)

Os direitos fundamentais foram surgindo progressivamente de acordo com os fatos acontecidos em cada época, a partir daí os direitos fundamentais foram denominados em gerações, termo ao qual se diverge, pelo fato de que os direitos fundamentais vêm se ampliando, não é um direito em que é superado e sim um direito que se estende, tanto na proteção quanto no plano de incidência.

Ingo Sarlet (2012, p. 20) faz uma defesa sobre a expressão dimensões, esclarecendo a causa da sua preferência por tal termo:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. [...] que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.

Da mesma forma, Marcos Sampaio (2013, p. 31) faz sua análise a respeito de que o termo correto a se utilizar é “dimensão”:

[...] a designação “geração” não expressa bem a classificação, na medida em que transmitiria uma falsa impressão de sucessão ou substituição de uma geração pela outra, quando, na verdade, o que se deve acolher é “a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares em constante dinâmica de interação”. Por isso, deve-se utilizar a expressão “dimensão”, e não “geração” de direitos fundamentais.

Fazendo uma análise histórica sobre o surgimento dos direitos fundamentais, e com qual objetivo estes foram criados, Arruda (2012, p. 12-13) apresenta quais são os direitos enquadrados nas duas primeiras gerações:

Os direitos fundamentais ainda em nomenclatura de direitos humanos surgiram em civilizações antigas, mas foi na idade média, quando imperava o Estado absoluto (absolutismo monárquico) que se levantaram institutos para poder limitar o poder deste Estado, eram movimentos denominado constitucionalismos, [...] serviram de exemplos nos movimentos constitucionalistas da Independência dos Estados Unidos e na Revolução Francesa, surgindo assim, no afã destas idéias, direitos de cunho negativos, com o condão de impor ao Estado um certo comportamento de não violar a esfera física ou íntima de um indivíduo, nasce então os direitos humanos da liberdade, igualdade e fraternidade, ou direitos da primeira geração. [...] visto com a evolução social que os cidadãos não precisavam apenas destes

direitos, e sim de direitos que lhe garantissem pelo menos uma vida digna para que pudessem ter condições mais humanas, surgem então os denominados direitos sociais ou de segunda geração.

É importante destacar que os direitos de primeira dimensão estão relacionados à garantia da liberdade, que configura os direitos civis e políticos. Lenza (2014, p. 1056-1057) faz uma reflexão histórica sobre os direitos fundamentais da 1ª e da 2ª dimensões, mostrando que para que os direitos fossem garantidos, foram necessários vários séculos de lutas:

Os direitos humanos da 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. [...] O fato histórico que inspira e impulsiona os direitos humanos de 2ª dimensão é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais.

Ou seja, os direitos de 1ª dimensão são considerados como liberdades individuais, com o conseqüente limite dos poderes absolutos do Estado. Com relação aos da segunda dimensão, exige do Estado a prestação de políticas públicas, obrigando-o a disponibilizar meios para que todos os cidadãos tenham direito à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros. Andrade (2012, p. 79) faz um breve comentário sobre estas duas dimensões:

Cumprir ventilar, não obstante as diferenças entre os direitos de 1ª e 2ª dimensões, que não se pode pretender a eficácia plena dos direitos de defesa sem que haja respeito pelos direitos de 2ª dimensão – como dantes asseverado – vale o exemplo do direito fundamental por excelência, qual seja, a vida; como pretender sua concretização simplesmente com a omissão do Estado? É preciso uma política pública sanitária para respeitar e preservar a vida. Tema espinhoso e polêmico na doutrina é a verificação dos direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos.

Os direitos fundamentais são direitos que podem ter a sua aplicação exigida, pelo sistema judiciário, mesmo na falta de regulamentação do Poder Legislativo. Sendo os direitos sociais enquadrados nos direitos de segunda dimensão, estão firmados no Brasil, através da Constituição Federal de 1988, no artigo 6º, assegurando que:

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.

No que se trata dos direitos de terceira dimensão, enquadram-se os princípios de solidariedade, atribuídos a todas as formações sociais, resguardando os interesses coletivos e apontando uma grande preocupação com as gerações humanas. Surgiu a partir da revolução tecnocientífica ou terceira revolução industrial, que foi a criação e o aperfeiçoamento dos meios de comunicação e de transportes. Esta dimensão garante o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à comunicação, à propriedade e ao direito à paz, assegurando a proteção coletiva. Portanto, os direitos da terceira dimensão não visualizam o homem como um ser singular, mas tudo o que esteja relacionado ao conceito de coletividade.

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores [...] Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade (LENZA, 2014, p. 1057-1058).

Com relação aos deveres do Estado com a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, Sampaio (2013, p. 67) afirma que:

Compete ao Estado a tarefa de proteger as liberdades individuais e assegurar as condições materiais institucionais capazes de garantir o exercício efetivo das liberdades constitucionais, porque sem isso a liberdade não passaria de um engodo retórico incapaz de atender às aspirações legítimas das pessoas. [...] Sendo assim, prenhe de sentido que se defenda da existência de uma obrigação de forjarem-se instâncias sociais diversas, destinadas ao exercício de políticas públicas e de instituições adequadas a conformar os desígnios sociais, sem as quais as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de meras sugestões.

Alguns doutrinadores falam sobre os direitos fundamentais da 4ª e 5ª dimensões. Lenza (2014) afirma que os da 4ª dimensão estão ligados aos avanços da área da engenharia genética, que colocam em risco, muitas vezes, a existência humana, referentes aos efeitos cada vez mais agressivos deste mecanismo. Os seres humanos, portanto, possuem o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Quanto à 5ª dimensão, está relacionada ao direito à paz que todo ser humano possui. Todavia, é importante destacar que este direito já está incluso nos direitos fundamentais da 3ª dimensão.

Após a manifestação a respeito dos direitos fundamentais da primeira, segunda e terceira, quarta e quinta dimensões, observa-se que estão fortemente relacionadas ao lema da Revolução Francesa de “liberdade, igualdade e fraternidade”.

1.2 Direitos sociais como direitos subjetivos e fundamentais

Os direitos sociais receberam espaço na vida dos cidadãos ainda durante o século XIX. A Revolução Industrial foi campo para o desenvolvimento destes direitos, mesmo tendo sido um período de exploração da classe operária e de uma péssima realidade quanto às condições de vida dos trabalhadores. Foi a partir deste momento que estas pessoas, inconformadas com a precariedade a que estavam submetidas, buscaram garantir que o Estado atuasse e que modificasse tudo o que era necessário para que tivessem os seus direitos, como seres humanos, respeitados. No entanto, é interessante observar que os direitos fundamentais e os sociais estão interligados.

Assim sendo, não oponente a sua inserção no Título II da Constituição “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ainda habita na doutrina sua fundamentalidade no que concerne a sua pormenorização no Título VIII que trata “Da Ordem Social”.

Quando um dos direitos não é respeitado ou garantido, impede que o indivíduo viva de forma digna e com as suas necessidades básicas supridas. Vasconcelos (2012, p. 138) faz a seguinte observação sobre os direitos fundamentais:

Os Direitos Fundamentais não podem ser compreendidos isoladamente. Eles devem ser analisados através de uma visão solidária, objetiva e subjetiva. A negação de determinado direito fundamental ocasiona a negação dos demais direitos, pois quando se afasta a possibilidade do indivíduo viver com um mínimo de dignidade, ou ter acesso a algum direito que seja fundamental a pessoa, afasta-o da condição humana.

Noberto Bobbio, no ensaio intitulado de “A era dos Direitos”, rechaça a busca por fundamentos absolutos, afirmando que toda busca do fundamento absoluto é infundada. A partir dessa análise, Bobbio conclui que definir “direitos do homem” representa uma dificultosa tarefa. (BOBBIO, 1992, pp. 16-17).

Como todo direito fundamental, os direitos sociais têm um conteúdo essencial de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, tendo-o como essência básica. São decisivamente meios para a proteção e a efetivação sólida do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas dotadas de normatividade potencializadas com um alto conteúdo de juridicidade, visto que, possuem status constitucional, são direitos exigíveis e podem ter sua aplicação forçada, pelo Poder Judiciário, mesmo na ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo.

Segundo o autor George de Marmelstein, a exigibilidade de um direito fundamental advém de sua força normativa potencializada e de sua aplicação direta e imediata. A exigibilidade de um direito fundamental está vinculada à ideia da existência de uma dimensão subjetiva desse direito; assim, a possibilidade de emanção de direitos subjetivos exigíveis e justiciáveis:

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas, são direitos exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário. É o que os constitucionalistas chamam de “dimensão subjetiva”, expressão que simboliza a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para os seus titulares, reivindicáveis na via judicial. Assim, caso o Poder Público deixe de cumprir com os deveres de respeito, proteção e promoção a que está obrigado, poderá ser compelido a fazê-lo forçadamente por força de um processo judicial. (MARMELSTEIN, 2008, p. 289)

Acerca da natureza dos direitos sociais, Andrade (2012, p. 80) sustenta que “em regra necessitam de atuação do legislador (*interpositio legislatoris*) para determinar sua concretização, além de verificar os recursos financeiros”. A bem da verdade, o direito social, a partir do momento em que foi positivado, passou a ter uma atenção maior no que diz respeito à sua garantia, por se tratar de direito ao qual depende do poder público para a concretização, fazendo-se necessária a análise dos recursos financeiros disponíveis.

Conforme Ingo Sarlet (2002, p. 3), a saúde se divide em dupla fundamentalidade, qual seja, a formal e a material. Na fundamentalidade formal, o direito à saúde está positivado ao menos em uma Constituição e que se divide em três elementos:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

No que diz respeito à fundamentalidade em sentido material, Sarlet menciona que a saúde é um bem juridicamente tutelado pela ordem constitucional, tornando-se imprescindível para a garantia da dignidade humana. Desta forma, “a nossa Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental” (SARLET, 2002, p. 2).

Assim, quando se refere ao direito fundamental como direito subjetivo, tem-se a ideia de que esse direito pode ser exigido pelo titular, mesmo que judicialmente, como demonstra Sampaio (2013, p. 71):

O reconhecimento de um direito subjetivo está visceralmente ligado à proteção de determinada possibilidade concreta – e não somente abstrata – conferida a alguém de poder exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos. A dimensão subjetiva foi cunhada sob inspiração de ideias libertários, tendo sido identificada, à primeira vista, como a possibilidade de sua exigibilidade.

Segundo Luís Roberto Barroso, os direitos sociais estão pautados em normas constitucionais, as quais demandam um compromisso social. O autor diz que são “normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais”:

a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tinha o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial. (BARROSO, 2001, p. 83 – 84)

Para Barroso, com base na teoria da efetividade, tendo os direitos sociais uma dimensão subjetiva, são capazes de obrigar os poderes públicos a realização das prestações positivas, e o não cumprimento por parte do Estado, garante ao titular desse direito o ingresso da ação judicial para assegurar o cumprimento da norma e a entrega da prestação.

De acordo com a Constituição, os direitos sociais são a educação, a saúde, alimentação adequada, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, no qual todos os cidadãos possuem. Sendo os direitos sociais, portanto, enquadrados como direitos fundamentais da 2ª dimensão, o Estado atua na tentativa de melhorar a qualidade de vida das pessoas. Esse papel intervencionista do Estado é chamado de

políticas públicas que são, na verdade, ações que tem como objetivo principal investir na melhoria de vida da população, através de programas específicos.

Aguiar (2012) fala que um momento de grande atuação do Estado com relação às políticas públicas aconteceu após a Segunda Guerra Mundial, em que muitas pessoas saíram da zona rural e foram para os centros urbanos, que, por sua vez, não estavam preparados para receber o número considerável de novos habitantes. Esse foi o começo das desigualdades sociais, principalmente nas grandes cidades, exigindo, portanto, um posicionamento do Estado, que, agora, necessitava intervir para assistir a toda a população.

Ainda segundo Aguiar (2012), existem diferentes formas de Políticas Públicas, como as liberais e as sociais. No que se trata da primeira, o Estado atua de maneira que dê às pessoas condições de crescimento no campo profissional, de forma igualitária. Quanto à acepção social, está firmada em um tripé: crescimento da economia, preservação ambiental e distribuição de renda à população.

Com relação aos direitos fundamentais e às políticas públicas, Vasconcelos faz uma abordagem, afirmando que é necessário aperfeiçoar o que já foi conquistado, sendo importantes alguns cuidados para que não aconteçam perdas na garantia desses direitos. Na sequência, a autora fala sobre a atuação do Poder Judiciário para que estes direitos sejam respeitados.

As políticas públicas passam por um controle de constitucionalidade para que se possa chegar à concretude dos direitos fundamentais. Esse controle diz respeito ao caso de inexistência, quando se tratar de omissão por parte do poder executivo. Logo o poder judiciário terá o condão de condenar o poder omisso em obrigação de fazer, suprimindo a ausência da lei e atuando como legislador positivo protegendo de modo axiológico os direitos fundamentais. (VASCONCELOS, 2012, p. 140)

É necessário, nessa senda, que a população saiba quais são os seus direitos e quais são os deveres do Estado para garanti-los. A falta de conhecimento é um fator agravante, fazendo com que muitos cidadãos sejam vítimas de negligências.

1.3 A saúde como direito social

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser um direito fundamental social, sendo um dever do Estado a sua implantação através de políticas públicas. Portanto, se faz necessário compreender o significado da palavra

“saúde”. Segundo Dallari (2008, p. 12), o sentido da palavra saúde “envolve tanto a percepção de sua dependência das condições de vida e organização social como a noção de ausência de doenças”.

Tal amplitude foi aceita pela sociedade que sobreviveu a Segunda Grande Guerra do século vinte e ficou clara na criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim conceitua: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. A saúde depende, então, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico, tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados. (DALLARI, 2008, p. 12)

Desta forma, a saúde passou a ser analisada levando em consideração o modo de como o homem se relaciona com o meio social e ambiental. “A concepção do direito à saúde como condição de vida e bem estar social constitui o chamado Direito Social” (PRADO, 2012, p. 50). Segundo a autora, o direito à saúde:

[...] foi elevado à categoria de direito subjetivo público como resultado do reconhecimento de que o sujeito é detentor do direito e o Estado o seu devedor, além, é obvio, de uma responsabilidade própria do sujeito que também deve cuidar de sua própria saúde e contribuir para a saúde coletiva. (PRADO, 2012, p. 53)

Para Prado, o conceito de saúde tem importância nas suas determinantes e condicionantes “alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte etc.” ao qual impõe aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde “o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais e ao Estado o de formular políticas públicas condizentes com a elevação do modo de vida da população” (PRADO, 2012, p. 54).

A saúde está dentre os direitos que todo cidadão possui, enquadrada como um direito social. Esta, por sua vez, no Brasil, é firmada pela Constituição Federal de 1988, assim como os demais direitos sociais. Sendo a saúde uma das necessidades básicas do ser humano, ela está ligada aos demais direitos, eis que garantem a qualidade de vida da população. Faz-se, portanto, necessário considerar que é difícil garantir que haja saúde se não existe para as pessoas uma alimentação adequada, uma moradia ou saneamento básico, por exemplo. Sem os demais direitos respeitados, a saúde, certamente, se tornará precária. Caldeira (2015, p. 233) fala sobre esta questão:

Buscando uma conceituação, pode-se dizer que o direito à saúde se apresenta como sendo mais que uma mera ausência de doença ou

enfermidade, visto que abrange outros pontos ligados à qualidade de vida como moradia, alimentação, saneamento básico, meio ambiente equilibrado e etc; ou seja, está ligado a proporcionar uma condição de vida digna ao homem, respaldado na questão do mínimo existencial.

Caldeira (2012) afirma que o direito fundamental à saúde é dever do Estado, que tem a função de concedê-lo a todos os que precisam, através de órgãos criados pelo Governo; no entanto, ainda são, em muitos casos, falhos e ineficientes.

A saúde é considerada um direito de segunda dimensão porque exige uma atuação do Estado, que precisa oferecer condições para que a população tenha o atendimento necessário, através da construção e manutenção de hospitais e da distribuição de vários medicamentos.

A Lei Maior de 1988, no artigo 196, em seu título VII, capítulo II, seção II, apresenta que o Estado garante a saúde de todo cidadão através de políticas públicas, visando a redução do risco de doenças, de forma igualitária:

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.

De acordo com Santos (2005, p. 1), para melhor compreensão do artigo mencionado acima é preciso dividi-lo em duas partes:

a) a primeira de linguagem mais difusa que corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão. Esta primeira parte diz respeito muito mais à qualidade de vida, numa demonstração de que saúde tem conceito amplo que abrange o bem estar individual, social, afetivo, psicológico, familiar etc. e não apenas a prestação de serviços assistenciais; b) a segunda parte, de dicção mais objetiva, obriga o Estado a manter, na forma do disposto nos arts. 198 e 200 da Constituição e na Lei n. 8.080/90, ações e serviços públicos de saúde que possam promover a saúde e prevenir, *de modo mais direto*, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de adoecer (assistência preventiva) e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (assistência curativa).

Sabe-se, contudo, que na realidade nem sempre esse direito é respeitado. A saúde no Brasil, em especial, passa por sérias crises. A população, muitas vezes, é vítima de descasos e da má administração pública. Inúmeros óbitos acontecem constantemente porque os direitos dos cidadãos não estão sendo respeitados. A falta de profissionais nos hospitais, a escassez de medicações e leitos são fatores agravantes para que a população tenha o direito à saúde garantido.

CAPÍTULO II

A ATUAÇÃO DO ESTADO PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Sendo a saúde um dos direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano, é importante conhecer os recursos que o Estado usa para que este seja garantido à população. No entanto, sabe-se das inúmeras dificuldades que as pessoas enfrentam todos os dias quando precisam do atendimento público nos hospitais de todo o país. O Estado busca meios que proporcionam uma melhora nos serviços de saúde prestados aos cidadãos. Com isso, é importante entender o que acontece para que haja tantas deficiências nesta área. Para isso, é fundamental compreender o contexto histórico da assistência à saúde da população no Brasil, antes e após a promulgação da Constituição Federal de 1988; se o atual orçamento destinado à saúde é suficiente para que todos possam tê-la com qualidade e se há limites para que este direito seja concretizado.

2.1 A saúde no Brasil antes e após a promulgação da Constituição Federal de 1988

Sabendo que a saúde é um direito garantido a todo e qualquer cidadão, é importante destacar que o Estado é o responsável pela garantia de que todos os direitos que constituem a dignidade humana sejam postos em prática, baseado na Constituição Federal de 1988.

Torres (2011) fala que o financiamento da saúde no Brasil pode ser dividido em dois momentos; o primeiro aconteceu até a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que o Estado, até então, só intervinha na saúde pública em casos de epidemias, porque punham em risco a ordem econômica e social do país. A saúde não era vista como um direito de toda a população e, por isso, o acesso aos serviços públicos eram bastante restritos. O outro momento ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, em que a saúde passou a ser vista como um direito a toda a sociedade e um dever do Estado. Torres (2011, p. 51) fala sobre esse direito e como o Estado deve atuar para garanti-lo à população:

Com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196 que explicita a saúde como direito de todos e dever do Estado, adotou-se um novo conceito de saúde que não existia até então, incorpora um conteúdo ético político ao reconhecer o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como condição fundamental de acesso à política pública de saúde. A constituição cidadã consagrou a saúde como política social (artigo 6º), direito de todos e dever do Estado (artigo 196). Trata-se de política de relevância pública (artigo 197),

parte integrante de seguridade social (artigo 194), devendo ser financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios (art.195, e, §§ 1º, artigo 198), além de contribuições sociais (I, II, e III, do art. 195) e outras fontes (§ 1º, artigo 198).

Com relação ao primeiro momento, ou seja, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, Silva (2012) faz uma abordagem histórica e retrata a saúde no Brasil desde o período colonial, em que a população não tinha nenhuma atenção por parte do governo colonizador. O que acontecia, na verdade, era o uso de recursos extraídos da terra e das técnicas dos curandeiros; só após a chegada da família real no país é que surgiu a preocupação de investir o mínimo na área.

Ainda de acordo com Silva (2012), no início da República, devido à falta de atenção à saúde, o Brasil estava propício à inúmeras epidemias. As grandes cidades, como Rio de Janeiro e São Paulo, eram os palcos para a manifestação de doenças como febre amarela, varíola e malária. No entanto, foi através do trabalho de Oswaldo Cruz que, após ser nomeado como Diretor do Departamento Federal de Saúde Pública, criou-se um modelo de intervenção, conhecido como campanhista, em que eram realizadas atividades de desinfecção no combate ao mosquito da febre amarela. É importante destacar que foi Oswaldo Cruz quem tornou a vacinação anti-varíola obrigatória, fazendo desta e outras medidas motivos para acontecer a famosa revolta da vacina, gerada pela insatisfação popular.

Silva (2012) afirma que Oswaldo Cruz foi sucedido por Carlos Chagas, em 1920 e que foram criados, logo após, vários órgãos que visavam o combate à tuberculose, lepra e doenças venéreas, expandindo outras atividades de saneamento por todo o Brasil. Com relação às políticas públicas na assistência médica, Silva (2012, p. 224-225) afirma que:

A assistência médica só veio a ter reconhecimento como política pública em 1923, com o Decreto Legislativo que ficou conhecido como a Lei Elói Chaves e através dela foram instituídas as caixas de Aposentadoria e Pensões – CAPs, na tentativa de diminuir as tensões sociais. As CAPs eram organizadas pelas empresas, mas financiadas não só por elas, mas pelos trabalhadores também. Ofereciam assistência médica, medicamentos, aposentadorias e pensões – IAP, entidades de grande porte abrangendo os trabalhadores agrupados por ramos de atividades. O modelo inicial da assistência médica não era universal e baseava-se nos vínculos trabalhistas. Só quem tinha direito aos benefícios eram os trabalhadores que contribuíam para a Previdência.

Neste contexto, Silva (2012) destaca que o Ministério da Saúde só foi criado em 1953, devido ao crescimento das ações de saúde. Com o passar do tempo,

algumas medidas para combater doenças como a peste, malária, leishmaniose, e outras, foram tomadas. O Estado começou a focar cada vez mais no combate das epidemias. Silva (2012) fala sobre a realidade política de saúde, já por volta dos anos 70 e um pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, em que vários órgãos foram criados na tentativa de melhorar a realidade da saúde pública para um grande número de pessoas:

Por volta da década de 70, a política de saúde encontrava-se totalmente polarizada entre os programas contra determinados agravos, vacinação, vigilância epidemiológica e sanitária, a cargo do Ministério da Saúde e, a assistência médica individual centrada no INPS – Instituto Nacional de Previdência Social que veio a centralizar e uniformizar a previdência social, que é órgão do Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS. A industrialização acelerou, gerando fortalecimento da economia nos centros urbanos e a força de trabalho passou a ser atendida pelo sistema de saúde, havendo a necessidade de o Estado atuar na saúde do trabalhador, mantendo e restaurando sua capacidade produtiva. (SILVA, 2012, p. 225).

Após a promulgação da Constituição de 1988, a saúde pública passou a ser dever do Estado, atendendo a toda a população, indistintamente, sendo responsável não só pelo tratamento das enfermidades, mas também pela prevenção das mesmas através de políticas públicas. Diante disso, faz-se necessário fazer uma breve análise dos artigos normatizados na CF/88, que versam sobre o direito à saúde. Com isso, Ricardo Seibel de Freitas Lima (2013, p. 239) detalha tais dispositivos:

Do direito à vida e da proteção à dignidade humana certamente decorre, entre outros, o direito à saúde, caracterizado no art. 6º como direito social. [...] o art. 196. É sempre ressaltado que este artigo dispõe que a saúde é (i) direito de todos – o que define seus titulares; e (ii) dever do Estado – o que indica o responsável por suas prestações, sem prejuízo do disposto no art. 199 que torna a saúde livre à iniciativa privada. Este dispositivo, contudo, também refere que a saúde (iii) é garantida mediante políticas sociais e econômicas [...] (iv) devem visar à redução do risco de doença [...]

Ainda de acordo com o autor, o mesmo fala do art. 198 da CF/88 que trata da forma de organização do sistema:

[...] as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com observância das seguintes diretrizes (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo – o que impõe responsabilidade a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais [...] participação da comunidade – o que é essencial para que se entenda o direito à saúde como relação, e não como poder individual. (LIMA, 2013, p. 239-240).

Barcellos (2007, p. 4) diz que “as Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial”, incorporaram em suas normas elementos que estão vinculados a valores “associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais”.

A Constituição Federal, segundo Ana Paula de Barcellos:

[...] é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado (BARCELLOS, 2007, p. 10).

Conforme as palavras da autora, os direitos fundamentais, incluindo-se o direito à saúde, vincula o Estado a prover meios através de políticas públicas. Em outras palavras, essencial à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde impõe ao Estado um poder-dever de oferecer ao cidadão um mínimo existencial.

Para Barroso (2008, p. 19) “Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos”.

Na atualidade, quanto ao conceito de que saúde pública faz parte dos direitos humanos, Torres (2011) afirma que foi estabelecido que esta deve ser universal, interdependente e indivisível. A autora diz que a saúde é universal porque todos devem ter acesso a ela, indistintamente; interdependente porque não é possível garanti-la se os outros direitos como alimentação adequada ou habitação não são respeitados; indivisível porque ela tem a mesma importância que todos os outros direitos fundamentais.

A sociedade brasileira, através de sua organização e muita mobilização, conquistou o reconhecimento da saúde como um direito humano, estabeleceu que ela deve ser universal, indivisível e interdependente. Universal porque o acesso à saúde deve ser dado a todos. Rico, pobre, negro, branco, índio. A universalidade deve ser entendida dentro do marco da equidade, ou seja, compreender as pessoas dentro de suas diferenças e necessidades específicas. Indivisível porque ele não é mais nem menos importante do que os outros direitos. A nossa dignidade exige que tenhamos o direito à saúde garantido. Interdependente porque o direito à saúde só se efetiva na dependência dos outros direitos. Não é possível dizer que temos garantido o direito à saúde se não temos garantido o direito à educação, habitação, alimentação, dentre outros (TORRES, 2011, p. 53).

Ainda de acordo com Torres (2011), um dos recursos criados pelo Estado para atender à saúde da população é o Sistema Único de Saúde. Mesmo sabendo dos inúmeros direitos que todos os cidadãos possuem, nem sempre é possível ter

acesso à saúde pública de qualidade devido às inúmeras deficiências dos serviços públicos.

2.2 A realidade da saúde pública no cenário atual do Brasil

O Estado disponibiliza o Sistema Único de Saúde (SUS) para que todo cidadão tenha o direito de ser assistido, independente da complexidade da sua patologia ou dos custos do tratamento. No entanto, existem inúmeras fragilidades que acabam tornando os serviços públicos relacionados à saúde bastante precários. Um dos principais problemas é a falta de recursos direcionados a esta área. Muita gente precisando de cuidados, comparados à quantidade disponíveis de hospitais, profissionais qualificados e de materiais básicos para que os atendimentos sejam feitos.

Não obstante, o Estado, tendo o dever de cumprir com as normas constitucionais que lhe são impostas, não o faz alegando os mais diversos argumentos, nas palavras de Gilmar Paulo Hauschildt (2011, p. 80):

Alguns de caráter legal – negando eficácia e aplicabilidade imediata às normas contempladoras de direitos fundamentais –, outros de caráter estritamente financeiro – inexistência de recursos orçamentários para atendimento das demandas relacionadas à saúde –, outros, ainda, relacionados à própria organização e estrutura do sistema federativo – separação dos poderes.

O financiamento do SUS é de responsabilidade das três esferas de governo: da União, dos Estados e dos Municípios. A União planeja e fiscaliza o SUS em todo o país, por meio do Ministério da saúde, o governo federal arrecada impostos e contribuições e uma parte dessa arrecadação é transferida para os Estados e Municípios ao qual é destinado à saúde. Estados e Municípios também devem destinar uma parcela de suas receitas para o financiamento do SUS, ou seja, os Estados contribuem com, no mínimo, 12%; os Municípios, com 15%. Já a União deixou de fixar seu percentual mínimo. Conforme os arts. 5º, 6º e 7º da Lei complementar nº 141:

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos [...]

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos [...]

Torres fala que o financiamento destinado à saúde nos países desenvolvidos é bem maior que no Brasil. “Enquanto nos países desenvolvidos, de todos os gastos com a saúde, no mínimo 70% são de orçamentos públicos, no Brasil, 20 anos após a criação do SUS, permanece-se com apenas 48% dos orçamentos públicos nos gastos totais com a saúde” (TORRES, 2011, p. 54). Esta mesma autora fala sobre os principais problemas da saúde pública no Brasil devido ao sub-financiamento:

Apesar de se reconhecer a importância do Sistema Único de Saúde, não se pode negar a existência de uma crise assistencial nos serviços de saúde no nosso país, que acaba por ferir de morte o princípio da dignidade da pessoa humana. E esta crise é decorrente de muitos fatores, sendo o sub-financiamento do SUS principal fator para a precariedade de acesso e muitas vezes, até a exclusão de milhões de cidadãos das ações e serviços de saúde. Superar este obstáculo irá demandar um grande esforço de articulação política e institucional, com a finalidade de exigir dos governos o cumprimento das suas obrigações constitucionais. [...] o discurso da insuficiência de recursos para a saúde é uma das formas mais simples, no Brasil e no mundo, de quem não quer que a saúde seja um direito, e que, portanto, os sistemas universais não funcionem, é estrangulá-los economicamente. (TORRES, 2011, p. 53-54).

Compreende-se, portanto, que o principal fator responsável pela má qualidade dos serviços públicos relacionados à saúde é a falta de recursos, gerando inúmeras deficiências. Várias pessoas deixam de ter um atendimento adequado; acabam não fazendo os exames necessários ou não tem acesso aos medicamentos que deveriam estar à disposição. Esta limitação financeira gera inúmeras consequências à população, levando em consideração, inclusive, o número elevado de óbitos por falta de assistência. São muitos os casos que precisam de um acompanhamento específico para que a saúde seja garantida. A realidade da saúde no Brasil é, ainda, algo bastante preocupante.

[...] Esta realidade, agravada nos últimos anos, levou o segmento complementar conveniado contratado e/ou credenciado do SUS a um regime falimentar, com dívidas acumuladas, precarização das relações de trabalho, busca de sobrevivência em outras atividades, fechamentos de instituições hospitalares, descredenciamento de médicos, desemprego, restrições de oferta assistencial, perda da qualidade assistencial, cuja consequência está diretamente relacionada com a falta de acesso e a qualidade do atendimento (TORRES, 2011, p. 54).

Na sequência, esta mesma autora apresenta algumas informações estatísticas sobre esta realidade da saúde no país, fornecidas pelo Ministério da Saúde e das Entidades representativas dos usuários:

[...] os números apontam para desassistência de cerca de 10 milhões de hipertensos; 4,5 milhões de diabéticos; 90 mil portadores de câncer sem quimioterapia ou radioterapia; 3,7 milhões de obesos mórbidos; 33 mil novos casos de AIDS/ano; 4 milhões de infectados pelo vírus da Hepatite C; 50% das gestantes sem pré-natal completo; 70% das mulheres sem acesso a mamografia; 3.500 mortes de pacientes renais por inexistência de hemodiálise, só em 2007; Superlotações em emergências; Caos no atendimento psiquiátrico; Falta de medicamentos de uso contínuo vitais na maioria absoluta dos Estados (TORRES, 2011, p. 54).

Segundo Rafael Ciscati (2016), o dinheiro usado hoje para financiar a saúde é insuficiente. Quando comparado a outros sistemas universais, o brasileiro recebe pouco investimento:

Em 2014, segundo os dados mais recentes da Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil gastou US\$ 947,40 para custear a saúde de cada cidadão durante o ano todo. É pouco quando comparado aos US\$ 3.934 que os britânicos destinaram ao setor no mesmo período. No caso brasileiro, há um agravante: menos da metade do investimento – 46% – foi financiado pela esfera pública. Os outros 54% correspondem a gasto privado. O investimento público do Brasil em Saúde é baixo mesmo quando comparado a outros países da América Latina: em 2014, o gasto público em Saúde no Brasil correspondeu a 3,8% do PIB. No mesmo ano, a Colômbia destinou 5,4% do PIB para a Saúde.

São inúmeros os problemas que a população vem enfrentando todos os dias, nos mais diversos centros de saúde do país. O Sistema Único de Saúde - SUS é um recurso disponibilizado pelo Estado para garantir o atendimento a todos, mas os Municípios, os Estados e a União atuam de maneiras distintas para que ele seja mantido. “A cada Município compete prestar serviços de atendimento à saúde da população e à União e aos Estados arcar com a parte técnica e financeira” (SILVA, 2012, p. 225). Esta autora faz uma apresentação ainda mais específica de como atuam essas esferas para que a saúde no Brasil esteja à disposição da população através do SUS:

A União é quem tem a direção nacional do SUS e algumas de suas competências são; formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição; participar na formulação e na implementação das políticas de controle das agressões ao meio ambiente, de saneamento básico e relativas às condições e ambientes de trabalho; definir e coordenar os sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade, de rede de laboratórios de saúde pública, de vigilância epidemiológica e de vigilância sanitária. Aos Estados compete promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde; acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS), dentre outras. Os Municípios são competentes por planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, da programação e da organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde, em articulação com sua direção estadual, etc (SILVA, 2012, p. 227).

Os objetivos do Sistema Único de Saúde, de acordo com Silva (2012, p. 226), “se caracterizam por prestar assistência à população a partir do modelo de promoção da saúde, buscando eliminar ou controlar e prevenir doenças e agravos de forma a evitar mortes e sequelas em pessoas em processos mórbidos”. No entanto, esta mesma autora afirma que, com o passar dos anos, o processo normativo do SUS precisou de consideráveis modificações para que se pudesse chegar a um melhor resultado.

Na tentativa de aperfeiçoar a saúde pública, foi criado o Pacto pela Saúde, preservando os princípios do SUS que são de universalidade, sendo a saúde um direito de todos; de equidade que visa diminuir as desigualdades, dando prioridade, porém, onde há mais carência; de integralidade, que tem como objetivo garantir serviços preventivos, curativos e coletivos para a população, de descentralização e comando único, existindo apenas um gestor que responde pela rede assistencialista e comanda todas as políticas de saúde; resolutividade, que tem como objetivo principal solucionar os problemas de quem usa os serviços de saúde, de maneira eficaz; regionalização e hierarquização, sendo os serviços organizados de forma que todas as regiões do Brasil possam contar com eles e de participação popular, em que devem ser criados meios de participação popular na gestão do SUS, em todo o país (SILVA, 2012).

Entretanto, apesar de todo um trabalho desenvolvido para que o SUS seja suficiente para atender a todos, “na maior parte das vezes os usuários demoram muito para serem atendidos por médicos ou cirurgiões especialistas bem como para fazerem exames ou serem submetidos a procedimentos especializados” (SILVA, 2012, p. 228).

Quanto à questão financeira do SUS, Silva (2012) afirma que as principais fontes atualmente são COFINS e Contribuições sobre o lucro líquido das empresas. Antes havia a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), em que um percentual de sua arrecadação era destinado à saúde.

A realidade do trabalho do SUS está longe de ser suficiente para atender a toda a população. Silva (2012, p. 228-229) conceitua o dia a dia da grande parte dos brasileiros que precisam recorrer aos serviços públicos de saúde, destacando o que é necessário para que a dignidade humana seja respeitada:

No Brasil, a parte epidemiológica é bem sucedida, conseguiu eliminar doenças como a poliomielite. Já quanto à assistência médica e hospitalar são defasadas. Inúmeras pessoas ficam em filas de hospitais para serem atendidas e muitas acabam morrendo ou tendo o seu quadro agravado pela

demora ou pela falta de atendimento. [...] Para que os seres humanos possam ter uma vida digna, o estado tem que garantir prestações materiais e jurídicas mínimas que venham a possibilitar o acesso aos bens e utilidades indispensáveis, é o que se chama de mínimo existencial.

Sendo assim, pode-se observar que o Estado vem buscando melhorar os serviços públicos de saúde para que a população possa ter melhores condições de vida. No entanto, é necessário um investimento ainda maior para que o sistema disponível seja suficiente para atender a toda a população.

Segundo o magistrado Wanderlei dos Reis (2011), que considera que a Constituição Federal impõe que o Estado deva buscar medidas que visem à prevenção de mazelas que atentem contra a saúde da população, destinando à redução do risco de doença e o acesso universal e igualitário:

Não pode o Estado esconder-se atrás da alegação de impossibilidade de prestação da saúde ante a multiplicidade de objetivos que lhe são impostos, utilizando-se deste argumento como escudo em face da oposição por parte do cidadão de direito que lhe é garantido pela Constituição da República.

As propostas de financiamento da saúde previstas constitucionalmente nem sempre são cumpridas pelos entes estatais responsáveis. Com isso, a situação financeira é agravada, levando esse problema ao Poder Judiciário para que haja a intervenção e que a efetividade do direito à saúde seja garantida. Segundo Schulze e Gebran Neto:

O excesso de processos judiciais é um mau sinal, pois demonstra (1) que o serviço público de saúde – ou suplementar – não é prestado adequadamente e por isso o direito somente pode ser conquistado na via judicial e/ou (2) porque há abuso do cidadão (do Ministério Público ou da Defensoria Pública) na busca por um direito que não existe. (2015, p. 45)

Por ser a saúde pública um direito social e um dever do Estado, caso os recursos atribuídos para: prevenir, tratar as doenças, para a compra de materiais, para o bem-estar tanto físico quanto mental, fossem utilizados de forma integral e tivessem uma fiscalização mais rigorosa, a qualidade de vida da população seria bem melhor.

2.3 Orçamentos Públicos: o mínimo existencial e a reserva do possível em busca da efetivação dos direitos fundamentais, através do Judiciário

Na administração pública, o orçamento é utilizado como um instrumento para o planejamento e o controle das receitas e despesas. Através desse instrumento, é possível realizar as políticas programadas, fazendo com que as ações dos planos de governo se tornem transparentes. De acordo com James Giacomoni (2010, p. 57), “os

orçamentos públicos deveriam constituir-se em instrumentos de administração, de forma que auxiliassem o Executivo nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle”.

A saúde, por ser um direito de todos e um dever do Estado, necessita de prestações positivas por parte do Poder Público. Essas prestações ou mesmo intervenções do Estado são exercidas através dos seus Poderes Legislativo e Executivo. O primeiro deve sempre elaborar e aprovar projetos de lei para a efetivação destes direitos sociais. Por seu turno, o segundo tem a função de implantar políticas públicas para que os cidadãos possam ter uma vida mais digna. Neste sentido, destaca Dirley da Cunha (2010, p. 275):

[...] todas as Constituições brasileiras consagraram o princípio da separação de Poderes como um aspecto fundamental da estrutura e organização política do Estado, essencial à instituição e manutenção de um governo constitucional moderado e preocupado com os direitos fundamentais.

Sobre a concretização das políticas públicas, Barcellos (2007, p. 11) diz que:

As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário.

A autora explana que por ser a saúde caracterizada como um direito fundamental constitucional, as políticas públicas constituem um caminho pelo qual esse direito pode ser realizado, ao qual envolve gastos do dinheiro público, e por serem recursos limitados é necessário se fazer uma escolha para que não haja o dispêndio de recursos públicos de forma indevida.

Nesse contexto, para que os direitos sociais sejam garantidos, são gerados custos que precisam ser supridos pelo governo, devido às políticas públicas criadas para que as necessidades da população sejam supridas. Tendo havido um aumento considerável dos direitos fundamentais, a falta de recursos por parte do Estado começou a ser um grande obstáculo para que aqueles direitos fossem garantidos. É neste contexto que surge a reserva do possível. De acordo com Scaff (2013, p. 151), a sua definição é que “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização econômica geral”, sendo a reserva do possível, portanto, o estabelecimento de limites nos gastos do Estado. As despesas são inúmeras, em especial quando se trata da área da saúde. As verbas disponíveis precisam suprir as necessidades que a população possui. Entretanto, a questão é

bastante complexa. Quanto aos limites orçamentários, Lopes (2013, p. 160) afirma que:

Há sim limites orçamentários que se podem alegar, mas como orçamentos não são coisas da natureza, mas frutos de decisões políticas, é bem possível que eles também estejam sujeitos a regras de elaboração e que, portanto, possam ser jurídica e judicialmente impugnados.

Para Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 201), a reserva do possível é de total importância no âmbito dos direitos sociais, por terem caráter prestacional e da ampla gravidade econômica ao qual essa classe de direitos abrange. Ela resume da seguinte forma:

Estes direitos – aliás, como todo direito fundamental que tem uma dimensão prestacional a ser observada pelos poderes públicos, ainda que exclusivamente de proteção – prevêm a realização de condutas materiais pelo Estado, como educação, saúde, previdência. Significa dizer que a obrigação prevista na norma depende de uma atividade a ser prestada pelo Estado que, intervindo no mundo dos fatos, altere-o, fornecendo bens jurídicos antes inexistentes para o titular daquele direito. Nestas condições, a dimensão fática de viabilidade de realização do direito assume uma importância especial.

Bem como sintetiza Felipe Bittencourt Potrich (2013, p. 10), a expressão “reserva do possível” tem como precedente histórico decisão da Corte Constitucional alemã que, na ocasião, discutiu o direito de acesso à vagas em universidades naquele país:

No caso levado àquele excelso Tribunal, concluiu-se que as normas eram constitucionais, pois o Estado alemão vinha fazendo tudo que estava ao seu alcance para se desincumbir de forma adequada de seu dever de tornar acessível o ensino superior. Dessa forma, não seria razoável exigir a satisfação do interesse individual do cidadão em potencial sacrifício de outros programas sociais ou de outras políticas públicas.

Referido autor, em conclusão, aborda que a reserva do possível surge:

[...] na Alemanha como uma questão de razoabilidade na alocação de recursos, e não como uma questão financeira de escassez de recursos. Por esse motivo, alguns estudiosos têm alertado para o perigo da adoção acrítica da reserva do possível por países de desenvolvimento tardio como o Brasil. (2013, p. 10)

Davies (2013, p. 13) afirma que segundo a ideia de reserva do possível “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”. Quanto à reserva do possível, a autora esclarece que:

[...] por ser o Brasil uma nação em desenvolvimento, é possível a aplicação do limitador da reserva do possível de acordo com as necessidades e efetivação de políticas públicas já efetivadas. É inegável que a repetição de ações judiciais geram reflexamente o aprimoramento do Estado na prestação da saúde pública. Por óbvio não se quer aplicar a reserva do possível quando se trata da inobservância do mínimo vital na questão dos direitos sociais. De plano, deve-se excluir esta possibilidade. Em especial o direito à saúde, em que a grande maioria das questões é de caráter essencial. (DAVIES, 2013, p. 14).

Davies ainda expõe que a reserva do possível é mais ampla do que a simples disponibilidade de recursos financeiros para a garantia de um direito social, no caso o da saúde pública, sendo possível concluir que tão importante quanto reconhecer que os recursos destinados à saúde são escassos é usá-los de forma adequada, “observando a universalidade e a igualdade sempre à luz da equidade” (DAVIES, 2013, p. 20).

Para Ingo Sarlet, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice:

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também a sua razoabilidade. (SARLET, 2013, p. 30)

Os direitos prestacionais exigem do Estado a implementação de políticas públicas que, por sua vez, implicam em um relevante gasto ao Poder Público. A reserva do possível serve como limitação à plena efetivação dos direitos sociais, impedindo que pretensões inoportunas sejam deferidas.

Segundo Andrade (2008, p. 98): o “mínimo existencial é aquele conteúdo mínimo (núcleo duro) dos direitos sociais que deve ser garantido e respeitado independentemente da atuação legislativa”, ou seja, para a existência de uma vida digna se faz necessário o reconhecimento da existência de direitos subjetivos a prestações, “pois não se admite que a inércia do Estado em concretizar os direitos sociais fira a dignidade da pessoa humana”. (ANDRADE, 2008, p. 98)

A ideia de “mínimo existencial” está associada a um nível mínimo de satisfação das necessidades básicas do indivíduo em que o Estado está obrigado a assegurar uma vida digna aos cidadãos. Nas palavras de Sarlet (2013, p. 25):

[...] o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável [...]

[...] os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial.

Sarlet ressalta que o mínimo existencial está fundamentado tanto no direito à vida quanto na dignidade da pessoa humana. O autor remete-se à noção de que “a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável” (SARLET, 2013, p. 24). Mais adiante, o autor menciona que “a dignidade implica uma dimensão sociocultural” (2013, p. 24), ao qual também faz parte do mínimo existencial, ou seja, “razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais (notadamente – mas não exclusivamente – no caso da educação fundamental) haverão de estar sempre incluídas no mínimo existencial” (SARLET, 2013, p. 25).

[...] é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2013 p. 25)

Felipe Bittencourt Potrich (2013, p. 13) sintetiza que a doutrina “do mínimo existencial (ou social, ou vital) foi extraída, na Alemanha, do princípio da dignidade da pessoa e do direito à vida e à integridade física, havendo consenso entre os doutrinadores no sentido de que o Estado deve garantir ao cidadão uma existência digna”.

Com relação ao mínimo existencial, Ana Paula de Barcellos diz que:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (2002, p. 252-253)

Diante das palavras de Barcellos, podemos concluir que o mínimo existencial está puramente ligado aos elementos fundamentais da dignidade humana, ou seja,

no bem-estar do homem, que inclui tanto a proteção dos direitos individuais quanto as condições materiais mínimas de existência.

Sobre o “mínimo existencial”, Andrade (2008, p. 95) discorre que:

é extraído do princípio da dignidade da pessoa humana e relacionado com o bem-estar social e econômico; é aquele mínimo indispensável para promover a pessoa enquanto ser humano em termos físicos, intelectuais e morais que será logrado com prestações estatais que se fizerem necessárias para atender as suas necessidades basilares. Entende-se que a falta de proteção das necessidades mínimas do indivíduo como saúde, habitação, assistência social, consistiria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, no que concerne à aplicação do direito à saúde, deve-se atentar para os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Enquanto a qualidade de vida digna é bandeira do mínimo existencial, as condições econômicas para a implantação de políticas públicas, de outra banda, servem de fundamento para a reserva do possível.

Segundo Andrey Arruda (2012, p.14), o legislativo não cria e não aprova projetos de lei que se destinam à concretização dos direitos fundamentais sociais e o Executivo implanta poucas ou quase nenhuma política pública que vise atingir este objetivo:

o que encontra-se externado são, governantes alegando que não tem os cofres públicos numerários suficientes, ou seja, não há receitas que venham garantir a concretização destes direitos sociais, não existem políticas públicas para tal cumprimento, não existem leis ordinárias ou complementares para impor tal comportamento (cumprir e garantir ao povo, pelo menos o mínimo existencial, como a saúde, educação, moradia, assistência social).

Com os direitos fundamentais previsto no texto constitucional, e a ampliação e facilidade do acesso à justiça, a população, ante a omissão dos poderes para efetivá-los, passa a pedir que o Judiciário se manifeste com o propósito de ver garantidos os direitos assegurados pelo poder constituinte.

Assim sendo, para a sociedade ter seus direitos sociais concretizados, mais especificamente, o direito à saúde, o cidadão está cada vez mais buscando o Poder Judiciário, para que os Tribunais, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, possam intervir nesta questão, haja vista que os direitos fundamentais estão dispostos na Carta Magna brasileira e são de aplicação imediata (art. 5º, §1º). Diante disso, surge no Brasil a chamada judicialização da política e o ativismo judicial.

CAPÍTULO III

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Sendo inquestionável a afirmação de que a saúde é um direito fundamental de todo cidadão e de que é dever do Estado zelar por ele, o Poder Judiciário assume a missão de fazer com que as normas estabelecidas pela Constituição Federal sejam concretizadas. Entretanto, é fundamental apresentar até que ponto o Judiciário pode atuar para que isso aconteça. A relação entre este e os demais poderes, que no caso são o Executivo e o Legislativo, é um fator muito importante para que se assimile melhor a sua verdadeira essência, sendo indispensável citar que todos atuam de forma que a sociedade seja assistida nas suas mais diversas necessidades.

3.1 A intervenção do Poder Judiciário e a separação dos poderes

É interessante analisar o papel do Poder Judiciário na sociedade para compreender melhor os demais poderes (Executivo e Legislativo) e qual é a relação entre eles. Neste contexto, é importante destacar que ao Judiciário cabe, em suma, a função de equilibrar os conflitos que surgem na sociedade, fazendo valer, ou seja, pondo em prática, o que assegura a Constituição Federal, com a finalidade de garantir a ordem do país. Sendo assim, é função do Judiciário também fazer com que os poderes Executivo e Legislativo também cumpram as suas respectivas funções, de acordo com a Carta Magna brasileira. Lima (2012, p. 249) faz uma análise sobre a função do Judiciário e a sua relação com os demais:

[...] não haveria sentido para sua existência se o Judiciário não tivesse a função de fazer todos cumprirem aquilo que está posto na Constituição. Observar o que está posto na Constituição é também observar os direitos fundamentais, inclusive os de cunho prestacional. [...] Obrigando os outros poderes, mais precisamente o Executivo, a observação dos preceitos constitucionais o Judiciário está, em outras palavras, levando cidadania e respeito as pessoas, como também está dando sustentabilidade e solidez à democracia e à república brasileira.

A partir deste ponto, faz-se necessário apresentar a separação dos poderes no Estado Brasileiro, em que Lima (2012) afirma que a ideia central desta separação foi, justamente, dividir o trabalho existente, visando o desenvolvimento do país, onde cada um dos poderes possui suas próprias atribuições. Quanto à nomenclatura “separação dos poderes” Lima (2012) ainda mostra que, de acordo com alguns

autores, esta não estaria correta porque, ao se referir ao poder, este é uno e o que estaria em questão são as funções governamentais do Estado.

Conforme assevera Alexandre de Moraes (2016, p. 674):

[...] dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos*.

Ou seja, para Moraes, um dos principais objetivos da separação das funções do Estado e a distribuição entre órgãos autônomos e independentes tem como efeito a busca da proteção da liberdade individual e a exclusão de um governo opressor.

Outro autor que defende a corrente de que a nomenclatura “separação dos poderes” não estaria correta é Agra (2006, p. 95), nos seguintes ensinamentos:

A terminologia separação de poderes foi expressa de forma errônea, porque na verdade o poder que resvala da soberania é uno. O que se reparte são as funções realizadas por esses poderes, de acordo com o que fora estipulado pela Constituição de cada país.

Sabe-se que os três poderes são independentes, mas agem com a mesma finalidade, que, no caso, é o de fazer com que os direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal, sejam concretizados. De acordo com Lima (2012), quanto à concretização dos direitos fundamentais prestacionais, que dependem da atuação do Executivo devido às políticas públicas, torna-se difícil a cobrança por parte do Judiciário para que estes direitos sejam efetivados devido a separação de poderes, havendo considerável complexidade de um poder impor obrigações ao outro, prejudicando a busca da defesa dos direitos fundamentais prestacionais. Assim, observa-se então que:

[...] se o Judiciário não pode interferir diretamente nas atividades e trabalhos do Poder Executivo, vez que esse goza de certa discricionariedade, encontra-se prejudicada em certos casos a busca da defesa dos direitos fundamentais prestacionais. É de se perceber portanto, que essa tripartição pode em certos casos contribuir para uma não defesa dos direitos fundamentais prestacionais, haja vista a grande dificuldade de um poder gerenciar e impor obrigações às atividades de outro (LIMA, 2012, p. 251).

Neste contexto, pode-se chegar à conclusão de que, devido à separação dos poderes e a independência e autonomia que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário

possuem, a atuação deste na concretização do trabalho dos demais acaba sendo limitado, mas, mesmo assim, ainda consegue atuar com eficiência.

Como os Poderes são, de acordo com a Constituição Federal de 1988, “independentes e harmônicos entre si”, a independência do Executivo, Legislativo e Judiciário pressupõe que nenhum destes está subordinado ao outro tendo, portanto, cada um as suas respectivas funções. Com relação a harmonia destacada, significa que cada um atua respeitando as funções do outro, havendo, sim, uma colaboração mútua em busca do bem-estar social.

Atualmente, a “tripartição dos poderes” é amparada pela maioria dos Estados modernos, tendo em vista que além dos poderes exercerem a função típica, há a possibilidade de um órgão excepcionalmente exercer a função específica de outro, conhecida como função atípica. Nas palavras de Luiz Ferreira Tôrres Neto (2012, p. 172):

Logo, é dada ao Legislativo a funções típicas de legislar e, bem assim, de fiscalizar o Executivo, com o auxílio do Tribunal de Contas. Sendo conferida ao Executivo as funções típicas de prática de atos de chefia de Estado, de chefia de governo e atos de administração. Por fim, atribuindo-se ao Judiciário a típica função de exercer a jurisdição de um dado caso concreto.

Percebe-se, portanto, que a implementação das políticas públicas é exercida como atividade típica dos Poderes Legislativo e Executivo. Ainda segundo Tôrres Neto (2012, p. 172-173):

[...] o parlamentar cria a lei (respaldada na Constituição) que implementa teoricamente a ação do Estado ao passo que o Executivo concretiza, de fato, o que lastreado no ato normativo primário, construindo, à guiza de esclarecimentos, uma escola ou um hospital público.

De acordo com Tôrres Neto (2012, p. 173), o princípio da separação dos poderes “é o princípio democrático que legitima a implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo”. Ainda de acordo com o autor, “o poder do povo surge, em grande parte, pelo exercício do voto”, ou seja, o povo elege seus representantes legais para o Legislativo e para o Executivo, ao qual agem em favor do povo, “escolhem, priorizam e implementam as políticas públicas”. Com isso, a implementação de políticas públicas exercidas pelo Poder Judiciário é vista como uma função atípica que deverá ser analisada de forma cautelosa para cada caso concreto.

[...] legítima será a atuação do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas apenas quando for caracterizada a abusividade governamental. Faz-se necessário verificar se a ausência de recursos para uma específica

prestação não é proveniente de alocação de recursos feita pelo Poder Público contrariamente às disposições constitucionais. Se é certo que a Lei Maior não especifica detalhadamente como serão aplicadas as receitas ou quais políticas públicas devem ser fomentadas (com exceção da educação e da saúde) também é certo que é possível extrair da Constituição as prioridades eleitas pelo Constituinte, entre as quais está a efetivação dos direitos fundamentais. (TÔRRES NETO, 2012, p. 176)

Pelo importante assunto exposto, faz-se necessário mencionar o entendimento do Ministro Celso de Mello em julgamento de Recurso Extraordinário na Corte Constitucional Brasileira, que sustenta a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na implementação de políticas públicas quando conter a eficácia dos direitos fundamentais:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (STF, RE 410715 AgR, Rel: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02- 2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290).

De acordo com Caldeira (2015, p. 242), cabe destacar:

[...] que a intervenção do Poder Judiciário na efetivação da saúde é consequente da provocação da parte interessada - o cidadão necessitado - , o que relaciona-se perfeitamente com o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, quando provocado, não pode deixar o judiciário de atuar em busca da garantia e efetivação de um direito fundamental, ainda que a concessão deste não seja de sua alçada.

Diante desta abordagem, relacionando-a ao Sistema de Saúde no Brasil, é necessário, em muitos casos, que o Judiciário intervenha em prol do cidadão que o acione, quando este direito é violado, a partir do momento que for comprovada a ineficiência e omissão dos órgãos em questão. Caldeira (2015, p. 241) faz uma reflexão sobre este fato:

Observa-se que diante da ineficiência dos órgãos políticos competentes em cumprir suas obrigações, faz-se legítima a interferência do Poder Judiciário, uma vez que busca-se sanar uma lacuna deixada pelos entes estatais a fim de se garantir a efetividade da justiça social e das normas constitucionais, no caso, do direito à saúde. No entanto, tal interferência não substitui os demais Poderes e nem pode ser considerada uma afronta ao princípio da separação dos poderes, isto porque, essa certa “independência” do judiciário é de grande importância para a democracia e a sociedade, estando ele cumprindo

com seu papel de fiscalizar a execução das políticas públicas que não são cumpridas e cobrar providências (CALDEIRA, 2015, p. 241).

Sendo assim, ainda de acordo com Caldeira, a atuação do Poder Judiciário não desrespeita os demais poderes, sendo aceitável, portanto, a sua interferência quando se detecta a omissão do Legislativo e Executivo na efetivação do direito à saúde. Quando houver atuação do Judiciário, nesse sentido, importante que observe, além de princípios, conceitos da reserva do possível e do mínimo existencial.

[...] essa intervenção judicial nas políticas públicas, possui legitimidade e justifica-se pela recusa indevida (ou ineficácia) de um órgão governamental em garantir o direito à saúde, sendo que, ocorrendo omissão do poder executivo não pode ser ignorado tal fato pelo Judiciário, já que cabe a ele resguardar o texto constitucional atentando-se sempre para a razoabilidade, proporcionalidade, reserva do possível e mínimo existencial quando de suas decisões (CALDEIRA, 2015, p. 242).

Para os autores Schulze e Gebran Neto (2015), a crise do Estado brasileiro é decorrente da atuação dos poderes estatais, pois “o papel do Legislativo, de editar normas gerais e abstratas, é cumulado com a função de fiscalização do Executivo” (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 44). Tais autores explanam as crises advindas dos poderes Legislativo e Executivo:

A crise do Legislativo decorre dos vários óbices ao exercício da sua atuação. Em primeiro lugar, em razão de acentuada inércia e omissão na edição de leis que sejam desejadas pela sociedade e que seriam necessárias para a regulamentação da Constituição. Nos últimos anos, o legislador tem deixado de assumir o papel para evitar comprometimentos políticos e, principalmente, para não receber o controle da sociedade e do seu eleitor. [...] Em segundo lugar, o Legislativo ainda é distante a legitimação democrática. A crise do Poder Executivo também não destoa. Em primeiro lugar, a baixa governança impede a condução da administração pública brasileira. Em segundo lugar, há inércia e omissão na construção e execução de políticas públicas. Em terceiro lugar, a meritocracia ainda é considerada dogma no serviço público. Em quarto lugar, a eficiência ainda não se consagrou como princípio maior, a despeito da previsão no artigo 37 da Constituição. (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 44-45)

Diante da omissão por parte do Estado, no que diz respeito ao direito à saúde, ou seja, perante seu dever prestacional, necessária a intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa. Nas palavras de Botelho (2011, p. 130), ao qual fala da indispensabilidade do ativismo judicial diante da omissão da atuação estatal:

Tudo isto demonstra que, se a função judicial de controle dos atos legislativos é acometida aos juizes, que observam sua disciplina intelectual e moral, então a “revisão judicial não será ameaçada à separação de poderes e ao império da lei, mas sua garantia”.

Considerando que cada um dos poderes têm um papel fundamental para que os direitos fundamentais sejam cumpridos, Almeida, Toaldo e Mariano (2014) apresentam as funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na busca pelo equilíbrio social e pela garantia dos direitos dos cidadãos. Devido ao aumento gradativo nas demandas, os direitos fundamentais nem sempre são efetivados. Sendo assim, os três poderes, ainda de acordo com estes autores, buscam dar uma resposta satisfatória a cada uma delas, visando sempre suprir as necessidades da população. Almeida (et. al, 2014, p. 4) faz uma abordagem sobre a atuação dos três poderes para que os direitos fundamentais sejam efetivados, dando ênfase à atuação do Judiciário:

Cada um dos três Poderes responde de acordo com suas possibilidades: o legislativo amplia o controle e apreciação política do poder executivo, bem como reduz sua atividade de legislar; o executivo efetua investimentos preventivos, curativos e compensatórios frente aos problemas sociais por meio das políticas públicas; e o judiciário avança em direção à comunidade, além de desenvolver ações concretizadoras de direitos, tais como saúde, educação, trabalho e segurança, os quais não recebem a devida atenção dos outros poderes estatais, embora previstos no sistema jurídico pátrio.

Diante desta exposição, é possível enxergar que o Judiciário atua para que os direitos fundamentais sejam realmente garantidos. Conclui-se que, por inúmeras vezes, torna-se necessária a intervenção do Judiciário para que, de fato, a população consiga usufruir dos direitos que a Constituição Federal lhe assegura, caso os órgãos competentes apresentem ineficiência ou omissão no papel que exercem na sociedade.

O Estado-Juiz deixou de compreender o texto da Constituição como um documento estático, passando a interpretá-lo a partir da gênese da teoria dos direitos fundamentais sociais e com base na leitura que preconiza a força normativa da Constituição. Os valores constitucionais plasmados na dignidade da pessoa humana, na fundamentalidade, na universalidade, na inalienabilidade, na historicidade e na aplicabilidade imediata dos direitos ensejaram a mudança de perspectiva. (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 46-47)

O Poder Judiciário, no decorrer do tempo, tornou-se o melhor caminho para que a sociedade garantisse os seus direitos fundamentais. Isso porque cristalina a inércia dos demais poderes no desempenho de suas funções típicas, fragilizando a implementação de direitos prestacionais, a exemplo da saúde.

3.2 O Ativismo Judicial e a Judicialização

Ao identificar que a saúde é um dos direitos de todo e qualquer ser humano, assegurado por lei, é dever do Estado, portanto, fazer com que este seja concretizado. As políticas públicas são criadas para que sejam efetivados os direitos assegurados pela Constituição Federal. Porém, nem sempre o direito à saúde chega ao indivíduo. Diariamente, um número enorme de denúncias é recebido pelo Judiciário devido aos péssimos serviços prestados para que a população tenha a assistência necessária. Assim, torna-se fundamental que este Poder atue em prol do bem estar social, em defesa dos seus direitos. Caldeira (2012, p. 236) apresenta os problemas enfrentados pela população:

[...] embora exista toda essa preocupação e estrutura normativa em torno do direito à saúde, muitas vezes ele não chega até o necessitado, seja por falta de recursos junto ao SUS, que em tese deveria suprir a carência do cidadão, mas que muitas vezes não o faz – como nos casos dos medicamentos ou tratamentos que não são contemplados por esse sistema – ou pela má administração dos demais órgãos e valores financeiros que deveriam servir para efetivar tal direito.

Ainda de acordo com Caldeira (2012, p. 236), diante dos desafios frequentes nos hospitais e postos de saúde, conscientes do que lhes é garantido por lei, as pessoas começaram a ir em busca dos seus direitos, através da atuação do Judiciário, dando início, portanto, à judicialização ou ao ativismo judicial:

A problemática surge quando o direito à saúde não é efetivado ou não chega ao cidadão. O fato de tal direito (assim como os demais) estar previsto e positivo na Constituição, porém, sem garantia de ser implementado na realidade aliado as grandes falhas do SUS e dos demais meios que deveriam realizar o acesso do cidadão à saúde, fez com que a população passasse a buscar a garantia desse direito através do Judiciário, provocando uma judicialização das políticas públicas que, em teses, não deveria ser feita por tal poder.

Neste contexto, é bastante comum a crença de que o ativismo judicial e a judicialização tenham o mesmo significado. Mesmo considerando que os dois representam a atuação do Judiciário na concretização dos direitos do cidadão, eles apresentam as suas particularidades. De acordo com Bicca (2012), a judicialização da política é um fenômeno legítimo e amparado pela Constituição Federal, onde afasta a ideia de que o magistrado busque aumentar a sua força, comparado aos demais poderes. Sendo assim, Barroso (2009) faz a definição de judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2009, p. 3).

Ainda de acordo com Barroso (2012, p. 6), existem três causas principais para o fenômeno da judicialização da política:

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. [...] A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.

O autor ainda acrescenta que pelo fato da Constituição ser abrangente e analítica, faz com que praticamente todos os temas sejam apreciados pelo Poder Judiciário. “Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal” (Barroso, 2012, p. 7). Desta forma, sendo o Poder Judiciário solicitado a se pronunciar a respeito da ausência de uma lei ou sobre um determinado tema, não pode este poder ficar inerte.

Arruda (2012) trata do ativismo judicial sob a ótica de duas correntes doutrinárias. De um lado, está a “*Teoria procedimentalista*, cujo alega não ter qualquer cidadão o direito de exigir do Judiciário” (ARRUDA, 2012, p. 16), mencionando que o comportamento do Judiciário em intervir através de imposições ao Estado viola o princípio da separação dos poderes. Segundo Reverbel (2009), defensor dessa corrente:

O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos... [...] O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar à separação de poderes. (REVERBEL, 2009, p. 8-9)

No outro lado, estaria a corrente substancialista, a qual permite que o Poder Judiciário adentre nas relações sociais:

Teoria substancialista, deve sim o Judiciário intervir nestas questões, pois é o Supremo Tribunal o guardião da Constituição Federal, e quando certos comportamentos venham a prejudicar a paz social, a vida digna de uma coletividade, direitos mínimos existenciais, deve sim este Poder, fazer valer as suas vezes e garantir estes direitos fundamentais, seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade. (ARRUDA, 2012, p. 16-17)

Para Schulze e Gebran Neto, não podemos adotar uma visão isolada das teorias procedimentais e substanciais, ou seja, a Constituição deve ser interpretada com a participação de toda a sociedade, sem excluir a atuação do Poder Judiciário. “É preciso fomentar a junção da teoria procedimentalista e da teoria substancialista a fim de adequar-se à situação concreta vivida no território brasileiro”. (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 57). Ou seja:

Neste modelo híbrido e equilibrado – que reúne as duas posições, procedimentais e substanciais – não há privatização da cidadania e o Judiciário não fica impedido de controlar as outras atividades estatais, com autorização para atuar de forma equilibrada e dentro dos parâmetros constitucionalmente aceitos. (SCHULZE; GERAN NETO, 2015, p. 58)

Já Arruda (2012) diz que, atualmente, a corrente utilizada é a da Teoria substancialista, tendo em vista que o Poder Judiciário, no que diz respeito aos direitos sociais, demonstra a necessidade de intervir, com equilíbrio, nas omissões por parte do Executivo e Legislativo. O Executivo, por muitas vezes, alega a falta de dinheiro nos cofres públicos, enquanto que o cidadão não tem um atendimento digno nos hospitais. Não resta dúvida que a solução a se buscar será a intervenção do Judiciário nessa questão para que a sociedade tenha seus direitos fundamentais sociais garantidos.

Quanto ao ativismo judicial, Barroso (2009, p. 6) afirma que “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Este mesmo autor afirma que o ativismo judicial e a judicialização tem traços muito parecidos, mas que não tem a mesma origem e apresenta algumas das características de cada um:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha

de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009, p. 6).

De acordo com Almeida (et. al, 2014), a ideia de ativismo judicial está ligada a uma atuação mais ampla do judiciário, na busca pela concretização dos direitos garantidos pela Constituição Federal, e com maior interferência na atuação dos outros dois poderes para que isso seja possível. Sendo assim, estes autores afirmam que “o ativismo judicial caracteriza um comportamento, atitude ou decisão da magistratura visando à revisão de questões e temas de competência, a princípio de outras instituições ou poderes” (ALMEIDA et. al, 2014, p. 5). Quanto à postura ativista do magistrado, eles afirmam que:

Na adesão da postura ativista, o juiz atua de modo progressista em relação ao reconhecimento, garantia e promoção dos direitos fundamentais. O ativismo judicial propõe que o tribunal aceite as orientações das cláusulas constitucionais vagas (direitos fundamentais e princípios constitucionais). O tribunal assume uma postura política e é beneficiado com o texto Constitucional, que permitiu maior liberdade de interpretar a legislação, preenchendo as lacunas e as omissões legislativas.

Almeida (et. al, 2014) afirma que existem duas situações específicas para que o ativismo seja praticado, sendo elas no exercício da prestação jurisdicional, que são, no caso, através dos atos processuais, e no exercício diário do magistrado em manifestações extrajudiciais. Estes autores ainda mostram que o ativismo judicial, quando “associado ao controle de políticas públicas de saúde, deve ser prestado da melhor maneira possível, de preferência respeitando e atacando o planejamento do gestor público, e assim corrigir as omissões e falhas da Administração Pública” (ALMEIDA et. al, 2014, p. 5). Pode-se observar, nesta toada, que o objetivo principal do ativismo judicial é de fazer valer a todos os cidadãos, indistintamente, os direitos assegurados pela Constituição Federal, destacando, assim, o direito à saúde.

O ativismo judicial, no entanto, é uma ação que ultrapassa os limites de atuação determinados ao Judiciário pela Constituição Federal. Bicca (2012, p. 131) afirma que “o ativismo judicial se configura quando o Judiciário extrapola determinados limites”. Todavia, alguns autores afirmam que é um grande desafio fazer a definição exata de ativismo judicial. Ainda, segundo Bicca (2012), para que se consiga compreender a definição do termo, é necessário considerar o que o autor, em questão, define como um comportamento ativista. “O ativismo judicial, na verdade, é

um mito, não havendo uma definição clara e precisa sobre seu significado, sendo considerado positivo e negativo ao mesmo tempo, dependendo da ótica de quem se utiliza do termo” (BICCA, 2012, p.138).

Com relação à judicialização, está associado ao trabalho do Judiciário em questões de grande repercussão política ou social, mas este papel já lhe é atribuído naturalmente. Sendo assim, é possível afirmar que “a judicialização da política, no caso brasileiro, encontra seu fundamento na própria Constituição da República” (BICCA, 2012, p. 123). Trata-se, a bem da verdade, de uma prática já definida pela Carta Magna brasileira ao Poder Judiciário. Bicca (2012, p. 123) ainda afirma que “a politização do Judiciário é um fato legítimo e permitido pela própria Constituição de alguns países, sendo os juízes convidados e até obrigados a adotarem decisões de cunho político”, ou seja, não só no Brasil isso acontece, mas em outros países também é possível a participação do Judiciário nas decisões políticas. Caldeira (2015, p. 242) fala sobre a Judicialização para que o direito à saúde seja garantido, apresentando a sua legitimidade:

[...] a atuação do Poder Judiciário, neste contexto, não se mostra abusiva ou desrespeitosa à separação dos poderes, mas sim, plausível e aceitável quando se verifica a omissão dos demais Poderes da República em concretizar e efetivar o direito à saúde assegurado pela norma máxima. A Judicialização, portanto, não pode ser considerada como uma simples intervenção do Judiciário buscando assumir função que não lhe cabe, mas sim como modo de resguardar a ordem jurídica em consonância com a sua típica função jurisdicional. [...] Desse modo, pode-se concluir que essa judicialização da saúde, ou seja, essa intervenção judicial nas políticas públicas, possui legitimidade e justifica-se pela recusa indevida (ou ineficácia) de um órgão governamental em garantir o direito à saúde, sendo que, ocorrendo omissão do poder executivo não pode ser ignorado tal fato pelo Judiciário, já que cabe a ele resguardar o texto constitucional atentando-se sempre para a razoabilidade, proporcionalidade, reserva do possível e mínimo existencial quando de suas decisões.

De acordo com Caldeira, a implantação de políticas públicas de saúde depende do exercício dos dois Poderes “cabendo ao Legislativo estabelecer as bases legais e simples que possibilite ao Executivo gerir a atividade administrativa dentro de parâmetros eficientes” (2012, p. 238). Contudo, não é o que se vê na realidade. Esse procedimento não funciona na prática:

[...] na prática, o que se vê é um arcabouço legislativo inexpressivo, complexo e inoperante (burocrático), o que dificulta a ação do Poder Executivo em seu dever constitucional de garantir o direito à saúde. Soma-se a isso o próprio fato de o Poder Executivo não destinar os recursos necessários à saúde, além de não zelar pela correta aplicação de tal numerário, o que por diversas vezes resulta na realização de gastos desnecessários (como a compra de medicamentos em patamar muito superior ao necessário, aparelhos

ultrapassados, etc.) ou mesmo no desvio de tais valores (através de atos de corrupção) (FRANCO, 2012, p. 2).

Quanto à desordem na saúde pública brasileira, a autora cita alguns exemplos: “superlotação das unidades de saúde, na falta de suprimentos médicos básicos, na falta de profissionais para o atendimento de enfermos” (Caldeira, 2012, p. 238).

A princípio, cabe afirmar que não se estaria falando em Judicialização do direito à saúde se as normas constitucionais que garantem tal direito estivessem sendo cumpridas pelos Poderes Executivo e Legislativo, já que a judicialização é vista como a imposição feita pelo Judiciário aos demais Poderes para que estes cumpram o que já é direito do cidadão. (CALDEIRA, 2012, p. 238)

Entretanto, é importante destacar que a postura ativista do poder Judiciário para que os direitos do cidadão sejam efetivados, tem sido alvo de muitas críticas, porque este acaba adentrando nas funções que deveriam ser exercidas, exclusivamente, pelo Executivo e Legislativo. Apesar de tudo, a atuação do Judiciário é vista, pela maioria, como algo necessário para a garantia do bem-estar social, já que existe, muitas vezes, a ineficiência por parte dos demais poderes da República, fazendo com que a população acabe sofrendo as consequências.

Nessa ótica, o Poder Judiciário vem intensificando sua atuação com relação à concretização dos direitos fundamentais, como por exemplo: “nas decisões que obrigam o poder executivo a pagar medicamentos ou tratamentos de alto custo para determinado paciente” (Assunção, 2012, p. 291).

Com base no exposto e de acordo com a legislação constitucional brasileira, o ativismo judicial surge como importante fator para a efetivação e concretização do direito à saúde, tendo em vista que o Poder Judiciário não ficará inerte diante de casos absurdos por parte das omissões e má administração orçamentária do Estado. É nesse sentido que deve ser analisado, juntamente com a judicialização da saúde, os aspectos da reserva do possível e do mínimo existencial.

Assim, o sistema do ativismo judicial se torna importante, na medida em que o Poder Judiciário passa a analisar e a julgar casos oriundos da inércia dos poderes Legislativo e Executivo na concretização do direito social à saúde. Diante disso, será analisado a seguir casos concretos, decisões de Tribunais de Justiça, como também os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3.3 Análise de Casos

Diante de tudo que foi exposto no decorrer do trabalho, faz-se necessário analisar a real atuação do Judiciário no que se refere à concretização dos direitos fundamentais sociais, mais especificamente à saúde. Ante a omissão por parte do Estado e da má administração pública, o Judiciário deverá atuar para que o texto constitucional seja rigorosamente colocado em prática, respeitando os limites fáticos, mas sempre progredindo com qualidade.

De acordo com o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a falta de medicamentos nas farmácias do Poder Público e a deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado se tornam uma ameaça ao direito à vida e, em muitos casos, é capaz de gerar lesão irreparável a esse direito. Conforme demonstrado no artigo acima, é legítima a intervenção do Judiciário que visa afastar lesão ou ameaça a esse direito.

É constante, por parte do poder público, o descumprimento das normas constitucionais que tratam das pessoas vítimas de graves enfermidades e que dependem de medicamentos indispensáveis para sua sobrevivência. Com isso, não restando outra opção ao cidadão, senão pleitear perante o Judiciário o fornecimento gratuito dos remédios, numa luta contra a morte e em amparo de sua dignidade. Desse modo, o Egrégio Excelso Tribunal de Justiça de Pernambuco, em sua sabedoria, editou a Súmula nº 18, *in verbis*:

É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial.

Segundo a súmula supracitada, fica claro que é dever do Estado promover a efetividade da saúde, nesse caso específico através do fornecimento de medicamentos aos considerados carentes. Conforme entendimento do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no julgamento da Quarta Câmara de Direito Público no Agravo de Instrumento nº 434913-5, Rel. André Oliveira da Silva Guimarães, publicado no DJ em 15/07/2016, cristalino a busca pelo Poder Judiciário, cuja pretensão é o fornecimento de medicação ao qual não consta na lista do Sistema Único de Saúde, na ementa a seguir:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO ESTADO DE PERNAMBUCO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO TEMOZOLAMIDA (TEMODAL) SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 500,00. PRESCRIÇÃO MÉDICA INDICANDO A NECESSIDADE DO FÁRMACO PARA O TRATAMENTO DE GLIOBLASTOMA MULTIFORME. PARTE ECONOMICAMENTE HIPOSSUFICIENTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.1. A medicação prescrita é necessária para o tratamento de Glioblastoma Multiforme, apresentando "melhores índices de sobrevida livre de progressão e de sobrevida global", conforme laudo médico de fls.25.2. A Ausência do fármaco nas listagens do Sistema Único de Saúde não isenta o Estado de fornecê-lo a quem, sem condições de adquiri-lo, dele necessita (Súmula 18 TJPE).3. Astreinte proporcional e adequada ao caso concreto, fixada de acordo com a jurisprudência do TJPE.4. Decisão interlocutória mantida. Agravo de Instrumento não provido. (destaco nosso)

Valendo-se do mesmo raciocínio, na Primeira Câmara de Direito Público no Agravo de Instrumento nº 449956-3, Rel. Jorge Américo Pereira de Lira, publicado no DJ em 12/12/2016:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO HUMANO À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO. PACIENTE PORTADORA DE ESCOLIOSE. TRATAMENTO PARA REEDUCAÇÃO POSTURAL GLOBAL (RPG). SÚMULA 18 TJPE. APRESENTAÇÃO PERIÓDICA DO RECEITUÁRIO MÉDICO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIMENTO. DECISAO UNÂNIME.1. Conforme o disposto no art. 300 do Código de Processo Civil, o provimento antecipatório dos efeitos da tutela jurisdicional pressupõe a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo.2. O direito subjetivo à saúde está, no ordenamento jurídico pátrio, garantido por meio de norma programática insculpida no art. 196 da Constituição Federal. Constitui dever do Poder Público, em qualquer de suas esferas, assegurar a todas as pessoas o direito à manutenção da saúde, consequência indissociável do direito à vida. 3. A respeito da matéria, o Tribunal de Justiça de Pernambuco formulou o enunciado de Súmula nº. 18, segundo o qual "é dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial".4. Depreende-se da leitura dos autos que a autora é portadora de ESCOLIOSE (CID10 M41) e, conforme relatório médico, a paciente necessita de tratamento fisioterápico de RPG (Reeducação Postural Global) a fim de se conseguir uma melhora no seu quadro clínico.5. Diante das considerações tecidas alhures, em sede de cognição sumária, as evidências são de que o conjunto probatório declinado pela parte autora constitui prova inequívoca, suficiente a satisfazer o juízo de probabilidade do direito. O perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo, por sua vez, mostra-se flagrante, porquanto a revogação da decisão que concedeu a tutela de urgência poderá causar prejuízos irreparáveis ao agravante.6. Por fim, coaduno do entendimento segundo o qual é medida razoável a apresentação periódica de atestado comprovando a necessidade da continuação do tratamento, como forma de fiscalizar e evitar o custeamento de procedimento que não seja mais necessário ou útil. Enunciado 02 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ.7. À unanimidade, recurso de agravo de instrumento parcialmente provido.

Nesse mesmo prisma, o Estado do Rio Grande do Sul editou Lei Estadual nº 9.908/93, que dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes, almejando dar efetividade ao disposto na norma constitucional que garante o direito à saúde. Veja-se as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO (CF, ART. 196). OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. O FORNECIMENTO A PESSOAS CARENTES DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS, DE USO CONTÍNUO, DESTINADOS A PACIENTES PORTADORES DO VIRUS DA AIDS, ENCONTRA RESPALDO DA LEI ESTADUAL Nº 9.908/93, QUE NÃO SE ENCONTRA REVOGADA. OBRIGAÇÃO QUE DECORRE DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO PODENDO A RESPONSABILIDADE PELA SAÚDE PÚBLICA SER VISTA DE MANEIRA FRACTIONADA, CABENDO A QUALQUER DOS ENTES FEDERADOS. EXEGESE DO ART. 23, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO PROCEDENTE. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA, REEXAME NECESSÁRIO. (07 FLS) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000915462, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS, JULGADO EM 03/08/2000).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. OBSERVÂNCIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI ESTADUAL Nº 9.908/93. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE ESTADO E MUNICÍPIO. 1. Cumpre tanto ao Estado quanto ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, II da Constituição Federal de 1988, o fornecimento de medicamentos a quem deles necessita, mas não pode arcar com os pesados custos. 2. Em sendo dever não só do Estado, como também dos Municípios, garantir a saúde física dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade da requente de fazer uso dos medicamentos requeridos, imperiosa a concessão da liminar. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. Agravo de instrumento improvido. (Agravo de Instrumento Nº 70017168949, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 05/10/2006)

Entendeu o STF que, diante do Estado instituído, mediante lei, no caso do Rio Grande do Sul, ao qual assegura o fornecimento de determinados medicamentos, criando uma política pública que concretiza o disposto constitucional do art. 196, fica o ente público obrigado a alcançar os medicamentos, desde que preenchidos os requisitos legais. Tal decisão explana a imposição de que os entes públicos, através da Lei que editaram, garantam o direito à saúde. Veja-se a decisão:

Recurso extraordinário. Doente portador do vírus HIV. Lei 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul. - Esta Primeira Turma, ao julgar o RE 242.859, relativo a caso análogo ao presente, assim decidiu: "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS A AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO DO ESTADO. ALEGADA

OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido”. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (RE nº 264269/RS, STF, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/04/2000, unânime, DJU de 26/05/2000).

As decisões vêm se mantendo ao longo do tempo, no mesmo sentido de demonstrar que a concretização do direito à saúde com relação ao fornecimento de medicamentos encontra jurisprudência fortalecida. Não é só os Tribunais de Justiça de Pernambuco e do Rio Grande do Sul que vem tomando essas decisões, podendo-se também verificar decisão no STF nesse sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTO NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplicação do Tema 6 da repercussão geral - RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas. II - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da repercussão geral, RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de mérito, no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”. III - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. IV - A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente. V – Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC. VI - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC. (ARE 977190 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 22-11-2016 PUBLIC 23-11-2016)

Uma outra objeção quanto à judicialização da saúde diz respeito à utilização da reserva do possível, embora as decisões do Judiciário em benefício da efetivação dos direitos fundamentais tenham interferência nas contas do poder público. Essa atuação do Judiciário não deve ser tida como um empecilho ao cumprimento dos deveres estatais. Nas palavras de Walber Agra (2006, p. 309):

Indubitavelmente, há um limite fático para o atendimento das demandas inerentes à saúde, que indiscutivelmente é a capacidade financeira dos entes estatais. Não obstante, a reserva do possível não pode servir como instrumento retórico para obstaculizar a concretização desse direito fundamental.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 45/2004, é de total importância com relação a reserva do possível. Nesse julgamento, o STF reconhece a possibilidade dos direitos sociais serem, excepcionalmente, exigidos judicialmente para assegurar o mínimo existencial. Segundo o relator Ministro Celso de Mello:

Cumprir 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.

Cumprir destacar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde deixa bem claro que o argumento pelo Estado da escassez de recursos para o fornecimento de tratamento não prevalece frente ao ditame constitucional:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS À SAÚDE E À VIDA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 196 DA CF E 241 DA CE. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA. PROTOCOLO CLÍNICO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. FÁRMACO QUE NÃO INTEGRA AS LISTAS PRÉVIAS NO ÂMBITO DO SUS. ESCASSEZ DE RECURSOS. MULTA DIÁRIA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. A Carta Magna erigiu a saúde como sendo direito de todos e dever do Estado, nos termos dos arts. 196, da CF e 241, da CE, portanto, incontestemente a obrigação do Estado, independentemente de qual seja a esfera de poder, em virtude da competência comum, conforme o disposto no art. 23, II, da CF. Descabe a tese defensiva de que não foi observado o Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas, que disciplina o tratamento das enfermidades que acometem a parte autora, porquanto o Estado não pode se isentar de obrigação prevista constitucionalmente de fornecimento de medicamento àquele que necessita. Não há falar em afronta ao Princípio da Reserva do Possível, uma vez que se está apenas reconhecendo um direito fundamental constitucionalmente assegurado a todo cidadão. O argumento de escassez de recursos para o fornecimento de tratamento não prevalece frente à ordem constitucional estatuída de priorização da saúde. Improcede a fixação de multa diária em virtude de não ser a medida mais eficaz para o caso em apreço, uma vez que oneraria os cofres públicos e, por conseguinte, os contribuintes sem, contudo, atender o direito da parte. No caso, a sanção mais adequada é o bloqueio de valores, porquanto é a que melhor assegura o cumprimento da ordem judicial. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (TJ-RS - AC: 70060805405 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 04/09/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/09/2014) (destaco nosso)

O relator da supracitada decisão, Desembargador João Barcelos de Souza Junior, para fundamentar sua decisão, argumenta que o direito à saúde é um direito inviolável que infere vida digna. Portanto, não há o que se falar em afronta ao Princípio da Reserva do Possível:

Com efeito, incontestado que o direito à vida e, por conseguinte, à saúde, é o maior e o primeiro dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, porquanto se trata de direito inviolável que pressupõe vida digna, saudável, amparada tanto física quanto moralmente, bem como com assistência médico-hospitalar. (Apelação Cível Nº 70060805405, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 04/09/2014)

Podemos observar que o STJ também vem se posicionando a respeito da reserva do possível. Note-se decisão do Ministro Humberto Martins a respeito do tema, levando a crer que o Estado deve provar objetivamente que tal prestação produzirá ônus financeiros insuportáveis ao Poder Público:

[...] a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. (STJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 – SC (2010/0048628-4).

Outro ponto a ser destacado é com relação ao tratamento de doença no exterior custeado pelo Estado. Tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico traz o direito à saúde a todos, o tratamento no exterior coberto pelo SUS é de uma grande relevância para a sociedade brasileira, é dever do Estado garantir uma vida digna, a saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, portanto, independentemente se o tratamento é feito no território brasileiro ou estrangeiro, o Estado deve arcar com todas as despesas para que esse direito seja atingido. No âmbito do STF, o entendimento que se tem é que o Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves.

Nas palavras de Fernando Andrade “Ora, tratamento de doença no exterior custeado pelo Estado é frequentemente determinado pelo Judiciário, entretanto, tal decisão apenas é deferida quando há pelo menos a mínima possibilidade de êxito” (2008, p. 223-224).

ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. INDICAÇÃO MÉDICA. URGÊNCIA.

RISCO DE VIDA. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS NO PAÍS. SOLICITAÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO. SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO. GASTOS PARTICULARES. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS PELO ESTADO. CABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO. ART. 45 DA LEI N.º 3.807/60; ART. 6º DA LEI N.º 6.439/77; ARTS. 58, § 2º, E 60 DO DECRETO N.º 89.312/84. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar equivaleria a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa.

2. A regra da exigência de prévia autorização é excepcionada quando por razão de força maior. Inteligência do art. 60 do Decreto n.º 89.312/84.

3. Não se admite que Regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes, porquanto implicaria simplesmente negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal, nos seus arts. 5º, 6º, e 196, e na anterior, no art. 150, sentenciando o paciente à morte.

4. Recurso especial não conhecido.

(STJ - RESP 200100973236, Relatora; Ministra ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ, DATA: 24/03/2003 PG:00194)

No julgamento de que trata do fornecimento de medicamentos pelo Estado do Rio Grande do Sul ao menor impúbere, portador de doença rara, necessário ao tratamento médico de que precisa, ao qual tal medicação é fabricada exclusivamente nos Estados Unidos da América e na Suíça, segundo o Ministro Marco Aurélio, relator do RE nº 195.192-3 RS, diz que:

[...] Saúde – aquisição e fornecimento de medicamentos – doença rara. Incumbe ao estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, O Distrito Federal e os Municípios. [...] O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.

Cumpre destacar que o Poder Judiciário julga o que disposto na norma constitucional, não se podendo alegar que tal órgão ultrapassa os limites dessa norma que lhe são impostos. Decisão que comprova tal argumento está no julgamento da AC nº 111106420114014100, relator Juiz Federal Márcio Barbosa Maia, que indefere o pedido do autor, alegando que o Estado não é obrigado a financiar tratamento médico realizado no exterior, tendo em vista que a medicina com tratamentos alternativos não poderá está acima da medicina social, vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR, COM CÉLULAS TRONCO. LEGALIDADE DA PORTARIA 763/94, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. NEGATIVA. 1. Pretende-se custeio de tratamento médico, com células tronco, fora do domicílio (TFD), na cidade de Düsseldorf, na Alemanha, tendo constado como fundamento da sentença "a existência de Portaria do Ministério da Saúde que veda, expressamente, o financiamento, pelo governo brasileiro, de tratamento médio no exterior (Portaria n. 763/94), cuja

legitimidade fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça". 2. A jurisprudência do STJ é no seguinte sentido: "1. O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, considerada legítima, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003. Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243" (EEEARE 200800277342, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE de 02/03/2010). 3. Em caso semelhante, julgou esta Turma: "1. Inexiste ilegalidade no ato administrativo que nega pedido de custeio de tratamento de retinose pigmentar em Cuba, máxime quando ausente prova pré-constituída da eficácia do tratamento e da impossibilidade de ele ser realizado no Brasil. Precedentes. 2. Declarada pelo STJ a legalidade da Portaria 763/1994 do Ministério da Saúde, que proíbe o financiamento pelo SUS de tal tratamento no exterior" (AC 200634000097240, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, e-DJF1 de 27/02/2009). 4. Também julgou esta Corte: "Correto o voto vencedor ao prestigiar a Portaria nº 763/94 do Ministério da Saúde que proíbe o custeio, pelo Estado, de tratamento médico no exterior. 'A medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados' (STJ, MS 8895/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07/06/2004). Precedentes" (EIAC 200234000273807, Rel. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (em Substituição), Terceira Seção, e-DJF1 de 07/06/2010). 5. Apelação a que se nega provimento. (TRF-1 - AC: 111106420114014100, Relator: JUIZ FEDERAL MÁRCIO BARBOSA MAIA (CONV.), Data de Julgamento: 26/11/2014, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 11/12/2014)

Tal decisão tem precedentes no STJ, valendo-se ressaltar o MS n.º8895/DF, no qual a Ministra Eliana Calmon julga no sentido da existência de impossibilidade de se impor ao Poder Público o custeio de tratamentos ou terapias alternativas, além do mais em fase de estudo ou pesquisa. Frise-se algumas explanações a respeito da fundamentação de sua decisão:

[...] a doença oftalmológica de que trata os autos é de origem hereditária e não há comprovação científica quanto à eficácia dos tratamentos clínicos ou cirúrgicos realizados, visto que as pesquisas científicas relatadas pela literatura médica apontam a ineficácia dos referidos tratamentos. [...] A Medicina social a cargo do Estado tem, necessariamente, de fixar critérios para os atendimentos excepcionais, dentre os quais os dispendiosos tratamentos no exterior, sob pena de haver um comprometimento de toda a política de saúde. (STJ - MS: 8895 DF 2003/0014265-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 22/10/2003, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07/06/2004)

Verifica-se, portanto, que o Poder Judiciário se limita a dar efetividade ao direito à saúde aos que realmente necessitem. O Estado só poderá eximir-se da obrigação de cumprir seus deveres sociais somente através de um justo motivo realmente auferível, pois sua conduta omissiva poderá gerar grandes danos a vida digna do ser humano, nas palavras do Ministro Celso de Mello na ADPF 45/DF:

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 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. (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Assim, conclui-se que o cumprimento das decisões impostas pelo Poder Judiciário é de total importância, tendo em vista que tais decisões podem servir de caráter educador e orientador para que a Administração Pública cumpra com os preceitos estabelecidos nas normas constitucionais.

Vimos na análise de diversos julgados, tanto nos Tribunais de Justiça quanto nos Tribunais Superiores, que o direito fundamental social à saúde será concretizado através das decisões do Poder Judiciário sempre que haja omissão por parte do Estado. Dessa forma, é possível, portanto, que o Poder Judiciário e o Poder Executivo trabalhem incorporados na busca do bem comum, aliados ao Princípio da Separação dos Poderes, com o objetivo de preservar o direito fundamental social supracitado e a promoção de uma vida digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que inúmeros direitos são assegurados pela Constituição Federal, o direito à saúde, associado à dignidade humana, é garantido a todo e qualquer cidadão, indistintamente. Entretanto, é muito comum o descaso nos hospitais e postos de saúde, no qual o número de profissionais é, muitas vezes, insuficiente, a quantidade de leitos não corresponde às necessidades da população, assim como os medicamentos disponíveis.

Isso posto, o número de pessoas que chegam a óbito pela deficiência dos serviços de saúde é muito elevado. A falta de conhecimento dos direitos que possui e dos deveres do Estado com relação à população faz com que muitos indivíduos padeçam em busca de um tratamento que parece não ser acessível. Constantemente, o Poder Judiciário é acionado para encontrar uma solução quanto às denúncias recebidas pela má qualidade do serviço público de saúde.

Neste contexto, o Ativismo Judicial atua de forma que as normas estabelecidas pela Constituição Federal sejam efetivadas, na medida em que busca garantir que os Poderes Executivo e Legislativo também cumpram com os seus deveres. No entanto, existem limitações quanto a esta influência do Judiciário com relação aos outros poderes, porque cada um deles, mesmo em constante harmonia, atuam de forma independente e possuem autonomia. Contudo, quando, de fato, existe a omissão ou ineficiência dos outros poderes, o Judiciário pode, sim, intervir para que os direitos da população sejam efetivados.

Nesse diapasão, é importante diferenciar o ativismo judicial e a judicialização, já que é tão comum a crença de que ambos representam exatamente a mesma coisa. Na verdade, os dois atuam de forma semelhante, já que é o trabalho do Judiciário em busca da concretização dos direitos estabelecidos pela Constituição Federal a todo e qualquer cidadão; porém, eles possuem origens diferentes.

A judicialização significa que alguns pontos de grande repercussão social serão solucionados pelo Judiciário, sendo, no caso, uma questão assegurada pela Constituição Federal que dá abertura a este poder, não estando limitado a uma simples vontade política, mas ao que, de fato, lhe compete. O ativismo judicial, ao revés, é também a atuação do judiciário, mas em casos especiais, quando, por exemplo, há descaso ou ineficiência nas atribuições confiadas aos demais poderes.

Fica claro, portanto, que o principal objetivo do ativismo judicial é fazer valer o que está assegurado pela Carta Magna brasileira a todo cidadão, sem exceções. O Judiciário trabalha em favor da população, sendo, de fato, um importante aliado na concretização dos direitos fundamentais, como à saúde.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Forense: 2006.

AGUIAR, Ariano Tércio Silva de. **Políticas públicas na área da saúde e a teoria da reserva do possível**. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Direito constitucional e políticas públicas**. Recife: EDUPE, 2012.

ALMEIDA, Evandro Xavier de; TOALDO, Adriane Medianeira; MARIANO, Bruna Carolina. **O ativismo judicial como instrumento de garantia do direito à saúde**. 2014. XI Seminário Internacional de demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea; VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos.

Disponível em:

<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11698/1568>

Acesso em: 20 Mai. 2016

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Os direitos sociais como “direitos subjetivos públicos” e como “fundamentais”**. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Direito constitucional e políticas públicas**. Recife: EDUPE, 2012.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo judicial: um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípio da separação dos poderes?** In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Direito constitucional e políticas públicas**. Recife: EDUPE, 2012.

ASSUMÇÃO, Wagner Millanez Viana de. **Ativismo judicial na tutela dos direitos fundamentais: o poder judiciário como legislador positivo**. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Direito constitucional e políticas públicas**. Recife: EDUPE, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2, n. 21, Janeiro/Junho, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 03 Jan. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal

da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 22 Mai. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**". Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

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

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o "mínimo existencial" e a "reserva do possível" na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 70/2012 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BRASIL. **Lei Complementar nº 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. Brasília, DF, 13 jan. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALDEIRA, Rayssa Samara Benck. **A judicialização da saúde**: considerações sobre a intervenção do judiciário como meio de efetivar o direito fundamental à saúde, Faculdades Integradas de Ourinhos-SP, 2015 Disponível em: www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/59 Acesso em: 23 Mai. 2016

CISCATI, Rafael. **O que a PEC 241 muda na Saúde?** A proposta, que limita os gastos do governo, foi aprovada em uma primeira votação na Câmara dos Deputados. Se passar, vai mudar as regras para financiamento da Saúde no Brasil. Entenda o que isso significa. Revista Época, Brasil, out. 2016. Disponível em: < <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/10/o-que-pec-241-muda-na-saude.html>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional**: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André Ramos (Org.) **Estado Constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. *Revista de Direito Sanitário*, Brasil, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008. ISSN 2316-9044. Disponível

em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p9-34>.

FRANCO, Lafaiete Reis. **Judicialização do direito à saúde**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25377>>. Acesso em: 03 Jan. 2017.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes**. Revista Intervenção, Estado e Sociedade, Ourinhos - SP, n. 1, p. 59-83, ago. 2014. ISSN 2359-3474. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8/5>
Acesso em: 23 Mai. 2016.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15 ed. ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2010.

HAUSCHILDT, Gilmar Paulo. **O direito fundamental à saúde [dissertação]: sua garantia integral a partir da dignidade da pessoa humana** / Gilmar Paulo Hauschildt; orientadora, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. - Florianópolis, SC, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Ricardo Freire Tavares de Andrade. **O poder Judiciário na busca de concretizar os direitos fundamentais prestacionais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang [et al.]. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIMA, Ricardo Seibel de Feitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Direito constitucional e políticas públicas**. Recife: EDUPE, 2012.

MARMELSTEIN, George de. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

TÔRRES NETO, Luiz Ferreira. **Implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Direito constitucional e políticas públicas**. Recife: EDUPE, 2012.

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

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil**. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2012.

POTRICH, Felipe Bittencourt. **Efetividade dos direitos sociais, reserva do possível e seus limites**. Revista Virtual da AGU, ano XIII, nº 140, out. 2013. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/265573. Acesso em: 27 dez. 2016.

REIS, José Wanderlei dos. **Omissão atenta contra garantia constitucional**. Disponível em: <http://www.direitolegal.org/tribunais-estaduais/omissao-atenta-contra-garantia-constitucional/>. Acesso em: 06 nov. 2016.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e Estado de Direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, [S.l.], v. 4, n. 1, abr. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>. Acesso em: 08 jan. 2017.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde** “o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Lenir. **Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7378/saude-conceito-e-atribuicoes-do-sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 02 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang [et al.]. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang [et al.]. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, Marina Coelho de Arruda. **Políticas públicas para a saúde: SUS e a realidade brasileira**. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Direito Constitucional e Políticas Públicas**. Recife: EDUPE, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Publicada no Diário de Justiça em: 4 mai. 2004. Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

TORRES, Andrezza Albertina Guimarães e Silva. **Políticas públicas de saúde e o seu sub-financiamento**. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Estudos de Direito Constitucional**. Recife: EDUPE, 2011.

VASCONCELOS, Josefa Monteiro de. **Políticas públicas e direitos fundamentais: concretizando direitos**. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (Org.) **Direito constitucional e políticas públicas**. Recife: EDUPE, 2012.