

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LEONARDO OLIVEIRA SCHINDLER

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: A PROBLEMÁTICA DAS
OMISSÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA
CONTEMPORÂNEA**

SOUSA-PB

2015

LEONARDO OLIVEIRA SCHINDLER

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: A PROBLEMÁTICA DAS OMISSÕES
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.(a) Esp. Carla Rocha Pordeus.

SOUSA-PB

2015

LEONARDO OLIVEIRA SCHINDLER

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: A PROBLEMÁTICA DAS OMISSÕES
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.(a) Esp. Carla Rocha Pordeus.

Apresentação em: ____/____/____

Conceito obtido: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva (Coorientador)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof.(a) Dra. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes (Examinadora)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof.(a) Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa (Examinadora)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Ao Pai que nos escolheu, ao Filho que morreu por nós e ao Espírito Santo que habita em nós.

À minha esposa, Edneuda Costa, e às minhas duas filhas Lays e Layla.

AGRADECIMENTO

Aos meus pais Leonardo e Zoé, que me incentivaram na minha caminhada acadêmica e que não mediram esforços para me proporcionar os meios necessários a realização deste sonho.

Agradeço à Edineuda, minha esposa, pelo apoio e pelas palavras de carinho e incentivo oferecidas em todos os momentos dessa caminhada.

Às minhas filhas, Lays e Layla, por tudo o que vocês significam em minha vida, alegrando-a; pela ternura e amor.

À professora Carla, minha orientadora, por ter aceitado este desafio com dedicação e carinho. As suas lições e sugestões, acompanhadas de sua disposição e gentileza em compartilhar o conhecimento e caminhar nesse processo de construção do saber que a pesquisa acadêmica exige, são as grandes razões da conclusão deste trabalho.

Ao professor Eduardo, meu coorientador, pelas sugestões que enriqueceram esta pesquisa e pela sua amizade.

Ao corpo docente da UFCG por promover a ascensão do conhecimento acadêmico.

Sobretudo, dou graças ao Senhor que me capacitou para fazer e concluir mais este projeto acadêmico.

RESUMO

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, porém, sua efetivação enfrenta dificuldades e entraves. Este trabalho apresenta um estudo sobre os argumentos e motivos que servem de estorvo para a sua não efetivação. O tema é relevante e de suma importância em um Estado constitucional, pois objetiva analisar o controle das políticas públicas sanitárias, a repercussão na concretização do direito à saúde e, principalmente, estabelecer balizas norteadoras para a intervenção do Poder Judiciário na solução das lides envolvendo o direito à saúde. No primeiro capítulo, analisamos a evolução das gerações de direito, a fundamentalidade dos direitos sociais e a solidariedade dos entes federados na tutela do direito à saúde. No segundo capítulo, mostra-se necessária uma análise sobre os desafios para a efetivação do direito social à saúde, por ser questão essencial no embate doutrinário e jurisprudencial. Assim, imprescindível analisamos a interpretação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, a cláusula da reserva do possível e as razões da expansão da jurisdição constitucional e a exigência de uma jurisdição forte e atuante no Estado Democrático de Direito. No terceiro capítulo, nos debruçamos sobre o conceito de políticas públicas e apresentamos balizas norteadoras para a intervenção do Poder Judiciário na lides que envolvem o fornecimento de medicamentos, concessão de tratamentos e políticas públicas. Por último, apresenta-se a análise de casos concretos de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. A jurisprudência é vasta em admitir o controle judicial de políticas públicas, principalmente quando a Administração Pública é inerte em garantir o mínimo de direitos essenciais a uma vida digna.

Palavras-chave: Direito Social à Saúde. Efetividade do Direito Social à Saúde. Políticas Públicas. Controle Judicial.

ABSTRACT

Health is a right of all and a duty of the state, guaranteed through social and economic policies, but its execution is facing difficulties and obstacles. This paper presents a study of the arguments and reasons that serve as hindrance for non-fulfillment. The theme is relevant and very important in a constitutional state, as objectively analyze the control of health policies, the impact on the realization of the right to health and, particularly, establish guiding beacons for the intervention of the judiciary in the solution of litigations involving the right to health. In the first chapter, we analyze the evolution of generations of law, fundamentality of social rights and solidarity among federal agencies in protecting the right to health. In the second chapter, an analysis of the challenges for ensuring the social right to health appears to be necessary to be essential question in doctrinal and jurisprudential clash. So essential analyzed the interpretation of immediate applicability of social rights, the possible reserve clause and the reasons for the expansion of constitutional jurisdiction and the need for a strong and active jurisdiction in the democratic rule of law. In the third chapter, we look back on the concept of public policy and present guiding beacons for the judiciary intervention in litigations involving the supply of medicines, treatments and concession of public policies. Finally, we present the analysis of specific case-control policies by the judiciary. The case law is extensive to admit the judicial control of public policies, especially when the Public Administration is inert to ensure the minimum rights essences to a dignified life.

Keywords: Social Right to Health. Effectiveness of Social Right to Health. Public Policy. Judicial control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	11
1.1 Breve considerações sobre os direitos sociais.....	11
1.2 Do direito fundamental à saúde.....	16
1.3 A influência do neoliberalismo na efetivação dos direitos sociais.....	18
2 DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE	21
2.1 A efetivação do direito à saúde e a interpretação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais.....	22
2.2 A efetivação do direito à saúde e a reserva do possível.....	27
2.3 A efetivação do direito à saúde e a atuação da jurisdição.....	31
3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	35
3.1 O conceito de políticas públicas.....	35
3.2 O estabelecimento de parâmetros para o controle judicial de casos que envolvem o direito à saúde.....	37
3.3 O controle judicial de políticas públicas sanitárias segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, consagrou, no art. 196, o direito social à saúde, porém, apesar de afirmar que o direito à saúde “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”, enfrenta dificuldades e entraves na efetivação de tal direito. Os obstáculos à concretização do direito social à saúde são vários, desde as alegações de falta de recursos e posicionamentos hermenêuticos e teóricos de não aplicação imediata dos direitos sociais até a falta de interesse político.

As políticas sanitárias, como ações de governo, têm o escopo de dar efetividade ao direito fundamental social à saúde. Nesse contexto de efetividade das políticas públicas com o escopo de concretização do direito à saúde, justifica a realização desse trabalho em perquirir os argumentos e motivos que servem de estorvo para a sua não concretização. É fato que a judicialização da saúde ganhou importância no meio social e acadêmico, exigindo uma resposta do Poder Judiciário.

Não menos importante, verifica-se a necessidade de compreender e pontuar, no plano doutrinário e hermenêutico, balizas norteadoras para a intervenção do Poder Judiciário na solução das lides envolvendo o direito à saúde. Pois não se admite a mera alegação da reserva do possível para não viabilizar o preceito constitucional de aplicação imediata dos direitos fundamentais.

O objetivo geral proposto foi discutir a possibilidade de o Poder Judiciário intervir no âmbito das políticas sanitárias, fornecimento de medicamentos e concessões de tratamentos, quando a ausência de políticas violar o direito social à saúde.

Já os objetivos específicos alvitrados foram analisar a definição de políticas públicas, propor parâmetros ao deferimento dos pleitos judiciais envolvendo o direito à saúde, elencar os principais fundamentos teórico-normativos contrários à efetividade do direito à saúde e, principalmente, nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça na análise de casos concretos.

O método de abordagem adotado é o método dedutivo, pelo qual parte de uma acepção geral sob os aspectos relacionados a não-efetivação do direito social à saúde, bem como a exposição de argumentos teórico-normativos que fortalecem e entram esta concretização, para depois chegar a uma premissa particular, isto é, quando e como justifica a intervenção judicial na concretização do direito à saúde.

Quanto ao procedimento, com o escopo de se alcançar os objetivos, far-se-á uso dos métodos de procedimento sistemático, histórico e monográfico, pois o método sistemático será utilizado na análise do sistema de idéias, teorias e hipóteses relacionadas à pesquisa. A utilização do método histórico será imprescindível para a observação da evolução histórica da constitucionalização dos direitos fundamentais e a expansão da jurisdição constitucional com o advento da Constituição da República de 1988. Já o método monográfico propõe investigar e analisar o tema, observando-o mais especificamente a partir da análise de casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para a construção de generalidades.

Como técnica de pesquisa adotará a documentação indireta, explorando o presente tema a partir de referenciais bibliográficos em que autores aduzem os principais fundamentos teórico-normativos contrários a efetivação dos direitos sociais e apresentam propostas a legitimar o controle judicial das políticas públicas sanitárias em face das omissões da Administração Pública, além da análise de vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Através destes métodos se tornará possível avaliar as causas que impedem a efetividade do direito à saúde e a possibilidade de controle judicial das políticas sanitárias, no caso de inércia injustificada da Administração Pública em concretizar este direito que está diretamente vinculado ao direito à vida.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos.

No primeiro Capítulo, será abordada a classificação e evolução das gerações de direito, extraindo as transformações, reivindicações e exigências para a efetivação dos novos direitos. Esta evolução foi acompanhada e tutelada pelas Constituições dos principais países democráticos. A Constituição de 1988 não foge a regra, ressaltando a importância da fundamentalidade dos direitos sociais. A fundamentalidade dos direitos sociais garante a superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico, a incidência dos limites formais e materiais para revisão e emenda constitucional e a aplicabilidade imediata e vinculação de todos os poderes públicos e entidades privadas. O dispositivo normativo constitucional, a legislação infraconstitucional e a jurisprudência que fundamentam o direito social à saúde como direito de todos e dever do Estado e a competência solidária dos entes federados na sua efetivação serão também analisados. Enfrentaremos, ainda, o antagonismo promovido pelos ideais neoliberais e a pauta de um Estado de fortes tendências sociais, segundo o extenso rol de direitos fundamentais na Constituição de 1988 e os objetivos da República Federativa do Brasil.

Já no segundo capítulo, serão abordados os desafios para a efetivação do direito social à saúde, inicialmente, analisaremos a interpretação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, notadamente do direito social à saúde, nos termos do art. 5º§ 1º, que estabelece “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” A cláusula da reserva do possível, os instrumentos, as características e as razões da expansão da jurisdição constitucional com a promulgação da Constituição de 1988 ocuparão o restante da abordagem do segundo capítulo, referente aos desafios para a efetivação do direito à saúde.

Por último, no terceiro capítulo, será analisado o conceito de políticas públicas, o estabelecimento de parâmetros e balizas norteadores para a intervenção do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos e concessão de tratamentos. O direito social à saúde e a sua judicialização serão analisados, por fim, a luz de vasta casuística enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, enfocando, especialmente, os argumentos apresentados pelas Procuradorias dos entes federados. As decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça aduzem que o direito à saúde é um direito que deve ser prestado pelo Estado para que os cidadãos possam viver com dignidade, pois a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

A proposta do presente capítulo é examinar a evolução das gerações de direito, segundo a teoria proposta por Karel Vasak, sob esse prisma, serão analisadas as transformações e exigências para a concretização dos direitos sociais, já que são direitos que exigem uma postura ativa do Estado.

Desenvolvidas essas premissas, passa-se a analisar a fundamentalidade dos direitos sociais, tanto no que tange ao conceito formal e material.

A fundamentalidade dos direitos sociais garante uma superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico, a incidência dos limites formais e materiais para revisão e emenda constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição da República e a aplicabilidade imediata e vinculação de todos os poderes públicos e entidades privadas.

O dispositivo normativo que fundamenta o direito social à saúde e a competência solidária dos entes federados pela efetivação do direito à saúde serão também analisados a partir da Constituição da República de 1988, da legislação infraconstitucional e jurisprudência.

Por fim, para compreender as dificuldades para a concretização dos direitos sociais, é necessário, ainda que de forma sucinta, analisar o ambiente em que a Constituição foi promulgada. Logo, imprescindível é enfrentar o antagonismo promovido pelos ideais neoliberais e a pauta de um Estado de fortes tendências sociais, segundo o extenso rol de direitos fundamentais na Constituição de 1988 e os objetivos da República Federativa do Brasil.

1.1 Breves considerações sobre os direitos sociais

Importa, antes de dar início as explanações sobre o direito à saúde, aduzir algumas considerações iniciais sobre os direitos fundamentais, notadamente, os direitos sociais.

Nesse desiderato, é imprescindível discorrer sobre as gerações dos direitos fundamentais¹, a partir de sua evolução, para entender e situar os diferentes momentos em que surgem as gerações de direitos como conquistas de reivindicações de certo momento

¹ A classificação dos direitos em gerações ou dimensões leva em consideração o critério histórico, uma geração ou dimensão não tem a finalidade de suprimir outra, mas acrescentar. Vale salientar que ao Estado cumpre a realização integral e contemporânea de todos os direitos fundamentais classificados em gerações ou dimensões.

histórico, e analisar as diferenças dos direitos fundamentais, a forma de atuação do Estado e de suas finalidades na concretização dos direitos fundamentais ao longo destas gerações.

Esta teoria de gerações de direitos é atribuída ao jurista tcheco Karel Vasak e segundo Ferreira Filho (2012, p.75) “a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.”

Os direitos de primeira geração estão relacionados aos direitos de liberdade do indivíduo. Estes direitos são oponíveis ao Estado e exige do Estado uma postura de abstenção, criando uma postura de não fazer, de não intervir com o escopo de garantir direitos da vida pessoal do indivíduo.

A primeira geração de direitos não é caracterizada pela preocupação com as desigualdades sociais e a inclusão social, mas em proteger o indivíduo da ingerência do Estado, por isso, caracterizou-se por uma postura negativa do Estado, pela qual o Estado não pode violar o direito à vida, à propriedade etc.

Predominava um discurso que afirmava que todos têm as mesmas oportunidades e que todos são iguais perante a lei, a exploração da classe dominada era mascarada através do conceito de liberdade do trabalhador perante a lei. Todavia, é bom que se diga que esta liberdade era meramente formal, porque, na realidade, pela necessidade e para não passar fome, via-se forçado a trabalhar em condições precárias.

Este discurso e esta geração de direitos favoreciam a classe burguesa que cada vez mais era fortalecida economicamente em face de uma maioria de trabalhadores, sem falar dos desempregados, sem perspectiva de direitos a proporcionar uma igualdade real e uma vida digna. Pelo contrário, prevalecia uma discrepante desigualdade social cada vez mais visível. A reação a este estado de coisas culminou para o surgimento dos direitos de segunda geração, tendo como momento histórico a Revolução Industrial européia.

O descaso com o problema dos direitos sociais e inclusão social impulsionam novas reivindicações, exigindo, nessa nova dimensão de direitos, classificada de direitos de segunda geração², uma postura ativa por parte do Estado, pois estes direitos estão ligados à justiça social.

A postura negativa e de abstenção dos direitos de primeira geração, caracterizada pelo Estado liberal, já não podia mais atender as angústias, pressões e reivindicações da

² A doutrina apresenta, ainda, os direitos econômicos e culturais como de 2ª geração ou dimensão, juntamente com os direitos sociais.

maioria da sociedade insatisfeita com a estrutura do Estado liberal. Fazia-se necessária uma postura de intervenção por parte do Estado para atender as reivindicações e anseios por uma igualdade material. Assim, coube ao Estado promover a justiça social e a inclusão social com a finalidade de atenuar as desigualdades sociais herdadas da postura absenteísta do Estado liberal.

Nesse contexto, caracterizado por um novo espírito, que se pode denominar “social”, surgem as Constituições do México de 1917 e a de Weimar de 1919 que influenciam outras Constituições como a espanhola de 1931 e a brasileira de 1934. A Constituição brasileira de 1934 inova ao enunciar pela primeira vez uma Ordem Econômica e Social no Título IV.

Esta geração de direitos requer uma nova postura ao Estado, tendo em vista que o papel do Estado social é erradicar ou, pelo menos, mitigar as desigualdades sociais. Para isto, os Poderes Públicos devem atuar de forma a promover o bem comum e garantir uma igualdade substancial ou material, ou seja, o compromisso com o bem comum já não admite uma igualdade meramente formal ou somente perante a lei, pois esta igualdade não foi capaz de proporcionar o mínimo de direitos para que os cidadãos possam viver com dignidade.

Os direitos de terceira geração são direitos de solidariedade ou fraternidade e são “fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista.” (MARMELSTEIN, 2008, p. 52).

São direitos concebidos para a proteção de coletividades e de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos, peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva. Os principais são aqueles relativos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural e à comunicação.

Em relação ao objeto dos direitos fundamentais, segundo Ferreira Filho (2012), os direitos sociais são classificados como direitos de crédito. Esta classificação, além dos direitos de crédito, apresenta mais três espécies de direitos: a) liberdades que são poderes relacionados a ações ou omissões, isto é, o direito de ir e vir e o direito de greve; b) direitos de crédito caracterizados como poderes de reclamar prestações de serviços, contraprestações positivas. Os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho são direitos de crédito; c) direitos de situação ou de exigir um status. Tem a finalidade de preservar ou restabelecer uma situação. Os direitos de terceira geração são caracterizados como direitos de situação. O direito ao meio ambiente sadio é exemplo de direitos de situação; d) direitos – garantia, subdividem – se estes em direitos a garantia instrumentais que são poderes de exigir uma atuação do Estado em

defesa de outros direitos. O acesso ao Poder Judiciário, em caso de violação de direitos, em regra, direitos de ação, como o direito ao mandado de segurança ou *habeas corpus*; os direitos a garantias – limite são poderes de impedir um fazer, ou seja, o direito corresponde a um não fazer. Exemplo, o direito a não sofrer censura.

Depreende-se, segundo a classificação apresentada, que os direitos sociais diferem das liberdades públicas – pois a sua concretização não se limita a meros poder de agir – mas sim direitos de exigir, tendo em vista que são direitos de crédito. Assim, cabe ao Estado o dever de concretizá-los e uma vez não concretizado por omissão do Poder Público surge o direito de exigir a prestação estatal.

Um estudo que se pretende analisar a concretização do direito à saúde, não pode deixar de verificar a fundamentalidade dos direitos sociais. A fundamentalidade dos direitos sociais, segundo Sarlet (2012), garante: a) superioridade hierárquica dos direitos fundamentais em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) incide os limites formais e materiais para revisão e emenda constitucional, segundo preceitua o art. 60 da Constituição da República; c) são normas diretamente aplicáveis e vinculam imediatamente todos os poderes públicos e entidades privadas.

A fundamentalidade formal dos direitos sociais decorre da constitucionalização destes direitos, já a fundamentalidade material corresponde aos valores da Constituição, notadamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Muito se discute a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais, porém, segundo Moraes (2012), os cinco capítulos do Título II da Constituição Federal correspondem a cinco espécies do gênero direitos e garantias fundamentais. Assim, direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados aos partidos políticos³ são espécies do gênero direitos fundamentais.

Discorrendo sobre a baixa normatividade e eficácia duvidosa dos direitos sociais que prevalecia na sua fase inicial, Bonavides (2012) reconhece e faz menção, no caso do Brasil, da Constituição da República de 1988, que os direitos de segunda geração são direitos fundamentais.

O conceito de fundamentalidade material e formal está presente na Constituição da República de 1988, pois a afirmação dos direitos sociais como núcleo de proteção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ampara a fundamentalidade material,

³ A espécie (ao gênero direitos e garantias fundamentais) relacionada aos partidos políticos, segundo Moraes, são “direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.” (MORAES, 2012.p. 29).

e tendo em vista que a Constituição é a norma suprema do ordenamento pátrio, a Constituição é o local apropriado, segundo a vontade do poder constituinte originário, para positivizar e garantir a concretização dos direitos fundamentais com o objetivo de tutelar o princípio da dignidade da pessoa humana e, nesse sentido, respaldar a fundamentalidade formal dos direitos sociais.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, a ementa do Recurso Especial nº 1.041.197 - MS é enfática em ressaltar a fundamentalidade dos direitos sociais:

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de **garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.** (STJ - REsp: 1.041.197 - MS 2008/0059830-7, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 25/08/2009, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 16/09/2009). [grifo nosso].

A Constituição da República de 1988 deixa explícita a relevância dos direitos fundamentais pela leitura do Preâmbulo quando afirma o seu propósito de “instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, a liberdade, a segurança”.

Estes propósitos não podem ser deixados de fora na interpretação das normas constitucionais, principalmente tendo em vista que a Constituição elenca avançado rol de direitos e garantias, em seu Título II, classifica os “Direitos e Garantias Fundamentais”, dividindo-os em cinco capítulos. No primeiro, trata “Dos Direitos e deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º); no segundo, “Dos Direitos Sociais”⁴ (art. 6º a 11); no terceiro, “Da Nacionalidade” (arts. 12 e 13); no quarto, “Dos Direitos Políticos” (arts. 14 a 16), e, no quinto, “Dos Partidos Políticos” (art. 17).

Em suma, os direitos sociais são fundamentais, tendo em vista que são elencados e assegurados no texto constitucional e a sua concretização visa tutelar o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta fundamentalidade dos direitos sociais garante uma superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico, a incidência dos limites formais e materiais para revisão e emenda constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição da República e, por último, a aplicabilidade imediata e vinculação de todos os poderes públicos.

⁴ Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

1.2 Do direito fundamental à saúde

A Constituição de 1988 é a primeira Constituição brasileira a consagrar o direito à saúde. Já que constituições anteriores como a Constituição de 1824 fazia referência à garantia de “socorros públicos” (art. 179, XXXI), caracterizando, assim, meros dispositivos esparsos sobre a questão.

Nos termos da Constituição da República de 1988, o direito à saúde está previsto no 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.

Como direito de todos e dever do Estado, depreende-se do artigo constitucional que o direito à saúde tanto é um direito individual quanto um direito coletivo e que a prestação de saúde é um dever fundamental do Estado.

A concretização dos direito à saúde ocorrerá, segundo previsão constitucional, mediante a formulação e implementação de políticas sociais e econômicas, ou seja, incumbem aos entes federados a formulação de políticas públicas para a concretização a este direito assegurado a todos.

Estas políticas visam à redução do risco de doença e de outros agravos. Assim, a Constituição, no art. 198, apresenta como diretriz a “prioridade para as atividades preventivas” na área de saúde.

O direito à saúde é de acesso universal e igualitário, para isto, o constituinte estabeleceu ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Este mister constitucional de garantir, por parte do poder público, a concretização do direito à saúde exigiu uma atuação conjunta dos entes federativos Desta forma, o acesso aos serviços públicos de saúde é de responsabilidade solidária dos entes federados.

Nesse sentido é o art. 23, inciso II, da Constituição da República que dispõe ser uma atribuição comum dos entes da federação:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

A legislação infraconstitucional, nos termos do art. 7º, XI, da Lei 8.080/90, corrobora o posicionamento da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS, são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é pacífica em adotar o entendimento da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde, segundo a ementa abaixo transcrita:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde.** Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070). [Grifo nosso].

O ministro Celso de Mello, em seu voto nos autos do ARE 727.864, enfatizou a responsabilidade solidária dos entes federados no que tange a prestação dos serviços de saúde, nos seguintes termos:

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões – proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame – têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. (STF - ARE: 727864 PR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/11/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014).

Isto significa que o direito à saúde em razão da responsabilidade solidária dos entes federados pode ser exigido do Município, Estado ou União. É pacífico, assim, o

entendimento que pode figurar no pólo passivo de uma demanda judicial qualquer um dos entes federados isoladamente ou em conjunto.

1.3 A influência do neoliberalismo na efetivação dos direitos sociais

O Estado de bem-estar social⁵ que começaria a ser desenhado após a crise econômica de 1929, é caracterizado pela sua postura intervencionista, ou seja, de usar a força estatal para intervir nas leis de mercado e efetivar um patamar mínimo de igualdade social e um padrão mínimo de bem-estar, por meio da implementação de políticas públicas, aos cidadãos. Esta postura intervencionista e mais solidária sucedeu a concepção e postura do Estado liberal que via uma atuação estatal restrita ao mínimo essencial para viabilizar a vida em coletividade. As marcas desta postura intervencionista do Estado, principalmente em políticas sociais, podem ser observadas, no Brasil, na criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão dos Bancários (IAPB), Comerciais (IAPC), Industriários (IAPI), Empregados dos Transportes de Cargas (IAPETEC) e dos Servidores do Estado (IPASE). Esta postura é decisiva para a lei do salário mínimo, em 1940, e para a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943. O Estado brasileiro expande as políticas sociais com a criação, em 1965, do Banco Nacional de Habilitação (BNH), a unificação dos diversos IAPs no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Já em 1966 é criado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e, em 1967, o Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL) com o escopo de erradicar o analfabetismo do Brasil. Em 1971, o FUNRURAL levaria aos trabalhadores rurais a previdência social e no ano seguinte estenderia a previdência social às empregadas domésticas. No ano de 1973, este direito também alcançaria os trabalhadores autônomos. (COELHO, 2013).

Enquanto o mundo crescia e as desigualdades sociais eram atenuadas pelas implementações de políticas sociais e o nível de bem-estar, em geral, aumentava, este modelo econômico e o papel do Estado não foram contestados. Contudo, vozes contrárias ao intervencionismo estatal e aos elevados custos da efetivação dos direitos sociais foram levantadas quando este modelo econômico intervencionista não conseguiu manter o crescimento que ocorrera durante quase trinta anos na Europa e cinquenta anos no Brasil.

⁵ O Estado de bem-estar social, segundo Coelho, “recebeu diversos nomes: o sociólogo alemão Claus Offe o chamou de Welfare state Keynesiano; o seu colega francês Pierre Rosanvallon, de Estado providência; outros ainda o designaram como Estado assistencial ou Estado de bem-estar social.” (COELHO, 2013, p. 88).

O Estado de bem-estar social que tinha superado o modelo de Estado liberal estava, diante do fim de expansão capitalista, cedendo lugar a velhos ranços do liberalismo, segundo Coelho (2013, p. 99), “nesse momento que o liberalismo, tal como uma fênix, renasceu das suas próprias cinzas. O pendulo social, tendo atingido o seu ponto máximo à esquerda, começaria então o seu trajeto inverso rumo à liberalização do mercado.”

A estas vozes convencionou chamar de neoliberalismo, no qual se estrutura sobre as seguintes bases: privatizações, abertura de mercados e deixar o mercado regular a sociedade, através da redução da intervenção do Estado. As grandes corporações internacionais, sobretudo as norte-americanas, encabeçaram a defesa desta postura de um Estado com um papel reduzido ou Estado mínimo, significando mais espaço para o mercado.

As idéias neoliberais influenciaram, no caso brasileiro, a estrutura jurídico-política, acarretando, principalmente na década de 90, uma série de emendas constitucionais com o objetivo de adequar o perfil do Estado brasileiro as bases estruturais do neoliberalismo. Desta forma, ocorreram, em larga escala, as privatizações e a abertura da economia para os mercados internacionais.

A Constituição da República de 1988 foi promulgada, segundo observou Olsen (2012, p. 179) “em um ambiente de crise do Estado de Bem-Estar Social, em que se apontava a ineficiência da atividade estatal em virtude do excesso de gastos públicos com os programas sociais, do excesso de intervenção nos mecanismos de mercado”, apesar de ser uma Constituição com fortes tendências sociais, como ressalta o extenso rol de direitos fundamentais sociais elencados no texto constitucional, os objetivos impostos à República Federativa do Brasil e os princípios informadores da ordem econômica.

Nesse contexto, verifica-se que o grande dilema para a efetivação de direitos sociais é a inadequação de seus objetivos constitucionais com os interesses e pauta do neoliberalismo.

Olsen (2012, p. 181), a partir desta discrepância entre os objetivos sociais do Estado brasileiro e os ideais do neoliberalismo como a intervenção mínima e a afirmação que os direitos sociais são onerosos para o Estado e, por isso, representam um óbice para o desenvolvimento econômico, chega a aduzir que:

Todas estas mudanças acabaram por colocar o Estado brasileiro em uma posição esquizofrênica: por um lado, ele permanece vinculado aos objetivos de redução das desigualdades, e promoção dos direitos fundamentais sociais, em virtude das disposições constitucionais; por outro, em muitos aspectos perdeu as rédeas da economia, desmontou boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, levando à inefetividade dos direitos fundamentais. Esta inefetividade tem uma

conseqüência evidente e inegável: a pauperização da população, a produção da exclusão, o recrudescimento das desigualdades sociais.

Os obstáculos à efetividade dos direitos sociais não estão adstritos ao discurso que os direitos sociais são onerosos para o Estado, pois na medida em que a agenda do Estado Social e os objetivos do Estado brasileiro entram em conflito com a pauta neoliberal, vozes apontam no sentido de mitigar a força vinculante da Constituição, a aplicabilidade imediata dos direitos sociais e a conseqüente impossibilidade de exigir judicialmente a concretização dos direitos sociais. Desta forma, muitas são as dificuldades para a efetivação dos direitos sociais no Brasil, não fugindo a regra o direito social à saúde. As questões relativas aos fundamentos teórico-normativos que obstam a efetivação do direito fundamental social à saúde serão enfrentadas no próximo capítulo.

2 DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

O capítulo que se inicia abordará a interpretação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, notadamente do direito social à saúde, tendo em vista a sua relação com o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana.

A incidência da norma da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais exigirá, ainda, reforçar a importância de demonstrar a fundamentalidade dos direitos sociais no plano formal e material.

Sucintamente será demonstrado que a interpretação da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está em consonância com o instante atual do constitucionalismo, ou seja, a supremacia da Constituição como centro do sistema que vincula o restante do ordenamento jurídico e a busca da eficácia da Constituição.

Em seguida – já definido que a aplicabilidade imediata ao direito social à saúde em razão de ser um direito fundamental não é óbice para justificar a sua postergação com fundamento que a concretização deste direito ficará ao alvedrio do Poder Executivo e Legislativo – será analisada a cláusula da reserva do possível.

No estudo da cláusula da reserva do possível, não podemos deixar de analisar as dimensões jurídicas e fáticas que serão enfrentadas a luz da doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Discorreremos, ainda, sobre as sugestões apresentadas pela doutrina para conciliar, dependendo do caso, a concretização do direito social à saúde e as normas de direito financeiro e, principalmente, sobre a ponderação que deve ser analisada na escolha política de destinar recursos e investimentos. Pois a escolha política do governante, antes de destinar recursos para áreas e atividades não afetas aos direitos fundamentais do ponto de vista constitucional, já que os recursos são finitos, deve considerar e destinar recursos para a concretização dos direitos fundamentais relacionados à tutela do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana e não, simplesmente, alegar, de forma genérica, a reserva do possível para impedir a efetivação dos direitos sociais.

Por último, serão apresentados os instrumentos, características e razões da expansão da jurisdição constitucional ante o sistema constitucional moderno e modelo adotado pelo constituinte de 1988.

2.1 A efetivação do direito à saúde e a interpretação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais

As atuais Constituições democráticas, com o escopo de evitar que os dispositivos constitucionais, notadamente os direitos fundamentais, tornem-se letra morta ou que só tenham eficácia a partir da regulação do legislador, estão adotando, expressamente, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos sociais. Essa preocupação liga-se à necessidade de evitar o que ocorreu na Alemanha nazista. Os direitos postos na Constituição da Alemanha foram violados sob a noção de que dependiam da atuação do legislador a sua aplicação e não do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais positivados na Carta Maior. A lição da História, fez com que países como a Espanha (art.33), Portugal (art. 18) e a Lei Fundamental alemã (art. 1º, n.3) adotassem, expressamente, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. (MENDES; BRANCO, 2012).

A eficácia de dispositivos constitucionais, notadamente os direitos fundamentais, vinculados a partir da regulação do legislador prevaleceu no Estado de Direito formal, segundo (MENDES; BRANCO, 2012) ou Estado legislativo de direito, conforme (BARROSO, 2012). No Estado de Direito formal ou Estado legislativo de direito predominava a postura de Estado em que suas normas positivadas na Constituição não tinham aplicação imediata, necessitando de regulamentação através da atividade legislativa.

Barroso (2012) ressalta que o Estado constitucional de direito tem a Constituição como centro e fundamento da interpretação de todo o ordenamento jurídico, e que foi a partir do final da segunda guerra mundial, na Europa continental, que este novo modelo de Estado se consolidou. Pois, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. No Estado legislativo de direito, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político. Esta compreensão resultava na dependência do legislador e do administrador para aplicação das normas, já que as normas não eram aplicáveis diretamente. No Estado legislativo de direito vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. Porém, no Estado constitucional de direito vigora a centralidade da Constituição e o texto constitucional passa a valer como norma jurídica. Esta expansão para o Estado constitucional de direito faz com que a Constituição não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado.

A interpretação de que as normas e preceitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais – como são obra do poder constituinte originário –, manifestação legítima da soberania de um povo, segundo ressalta o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, não pode ficar adstrita absolutamente a atividade legislativa para que produza efeitos.

No Brasil não foi diferente, o poder constituinte originário filiou-se a esta tendência adotada por países que tem Constituições democráticas. A Constituição da República de 1988, nos termos do § 1º do art. 5º, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Antes de aprofundar a análise do art. 5º, § 1º da Constituição, é imperioso conceituar e distinguir entre a eficácia social da norma e a eficácia jurídica.

Silva (2007, p. 55-56), em sua obra clássica sobre a Aplicabilidade das Normas Jurídicas, a respeito da eficácia jurídica, pontifica que:

Designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade.

Da conceituação do publicista, depreende-se a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social da norma, pois a eficácia jurídica está associada à produção de efeitos jurídicos para disciplinar as situações e comportamentos previstos na norma. Eficácia jurídica relaciona-se com aplicabilidade da norma, isto é, a norma já pode produzir efeitos e, assim, a norma pode ser exigida.

Nesse sentido, também são os ensinamentos de Sarlet (2012, p. 237), ao aduzir que a eficácia “costuma ser vinculada à noção de aplicabilidade das normas jurídicas.” Por outro lado, a eficácia social da norma está relacionada à efetividade, que segundo Barroso (2011, p. 245):

Expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Assim, não se pode confundir a eficácia jurídica com a eficácia social ou efetividade⁶, pois aquela está relacionada à aplicabilidade da norma, pois para que a norma seja aplicada é necessário que tenha eficácia⁷, ou seja, possa produzir efeitos jurídicos para que possa incidir no caso concreto. Já a eficácia social ou efetividade está relacionada ao seu cumprimento no plano social.

A aplicabilidade imediata dos direitos sociais, em virtude de sua concretização exigir gastos, por parte do Estado, para as ações e implementação de políticas públicas, foi questionada a partir do entendimento que afirmava que para a aplicação dos direitos sociais seria necessária uma norma integradora.⁸ Esta interpretação mitiga e esvazia o conteúdo do § 1º do art. 5º, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata,” pois, a aplicação dos direitos sociais e a eficácia da norma ficaria limitada a uma norma integradora. Esta fase é caracterizada pelo questionamento da juridicidade dos direitos sociais.

Contudo, da mesma maneira que os direitos de liberdade têm aplicabilidade imediata, Bonavides (2012, p. 583) defende, outrossim, a aplicabilidade imediata aos direitos de segunda geração em razão de serem direitos fundamentais tais como os de primeira geração:

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

De tal sorte que os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.

⁶ No presente trabalho analisaremos a aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais pelo viés da efetividade, já que segundo Sarlet a plena operatividade e eficácia dos direitos fundamentais são condições para sua efetividade. (SARLET, 2012).

⁷ Ao analisarmos a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, “nos situamos, em verdade, na ante-sala de sua efetivação”. (SARLET, 2012, p. 241).

⁸ “Aquilo que se convencionou chamar de normas programáticas refere-se, a nosso ver, às normas vinculadas aos objetivos a serem alcançados pelo Estado, por meio de programas articulados e executados por intermédio das políticas públicas. A norma integradora, portanto, não se destina a garantir a eficácia do direito fundamental social, mas a capacitar o Estado à sua satisfação espontânea.” (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 63).

Não é por outra razão, a importância de discorrer e delinear a fundamentalidade dos direitos sociais, pois uma vez demonstrada a fundamentalidade dos direitos sociais, o dispositivo constitucional que institui o princípio da aplicabilidade imediata também incidirá sobre eles.

Assim, quando o direito fundamental social à saúde é descumprido pela omissão estatal em concretizar a norma constitucional, a sua não-efetivação passa a configurar uma omissão que possibilita a intervenção judicial para exigir o direito à saúde que foi violado pelos entes responsáveis pela sua efetivação.

A norma que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” também está em consonância com a atual interpretação e estágio do constitucionalismo⁹ que exigem a eficácia da Constituição.

O atual estágio do constitucionalismo exige, conforme Lenza (2012, p. 62), “buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.”

Por tal motivo, já não se admite normas positivadas no texto constitucional, porém, que são praticamente inalcançáveis e não aplicadas, tendo em vista a falta de motivação política por parte dos administradores públicos e do Poder Legislativo responsáveis pela implantação e materialização dessas normas que tutelam direitos fundamentais.

É com arrimo no entendimento de que as constituições passaram a ser o centro do sistema, que o constitucionalismo atual interpreta que as disposições constitucionais são normas jurídicas e vinculam o restante do ordenamento jurídico, ou seja, as demais normas devem ser interpretadas conforme a Constituição.

O intérprete não pode olvidar na interpretação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, notadamente o direito à saúde, por estar vinculado a outro direito fundamental, ou seja, o direito à vida, de considerar também os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil.

⁹ O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designados como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 59-60).

A Constituição Federal de 1988 quando constitui, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o texto constitucional “faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.” (MIRANDA, 2000, p. 181).

Com este mesmo espírito de dignificar a pessoa humana como fundamento e fim da sociedade e do Estado, o art. 3º da Carta Magna estabeleceu objetivos fundamentais para o Estado brasileiro conseguir o seu mister:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os objetivos insculpidos no art. 3º e o princípio da dignidade da pessoa humana são considerados princípios político-constitucionais¹⁰ e, segundo Bercovici (1999, p. 46), “visam essencialmente definir e caracterizar o Estado e enumerar suas principais opções e objetivos político-constitucionais. Os artigos que fazem parte dessa divisão podem ser considerados como matriz dos restantes dispositivos constitucionais”.

Entretanto, limitar a aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais, sob a interpretação de que tais direitos necessitam de uma norma integradora para concretizá-los, é perfazer um caminho contrário ao que pretendeu o constituinte originário em alcançar e buscar a efetivação de tais direitos.

Tal mitigação esvaziará a plena efetividade dos direitos sociais e, ainda mais grave, vinculará a concretização dos direitos sociais à mera discricionariedade dos responsáveis pela norma integradora, cedendo lugar para omissões injustificadas, escolha de investimentos e gastos públicos em searas não afetas aos direitos fundamentais, sob o argumento de que a concretização dos direitos sociais depende de norma integradora e enquanto inexistente a norma integradora os direitos sociais elencados no texto constitucional não podem ser exigidos.

¹⁰ Os princípios político-constitucionais explicitam “as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Consubstanciam a ideologia inspiradora da Constituição. Esses princípios são normas conformadoras do sistema constitucional positivo. (...) Os princípios fundamentais são diretamente aplicáveis, funcionando como critério fundamental de interpretação e de integração, dando unidade e coerência a todo o sistema constitucional. (BERCOVICI, 1999, p. 45).

2.2 A efetivação do direito à saúde e a reserva do possível

A onerosidade da concretização dos direitos sociais e os custos elevadíssimos para o Estado, segundo as idéias neoliberais que enfatizam a prevalência do econômico, impedem o desenvolvimento econômico do país. Estas idéias neoliberais têm influenciado a discussão sobre os custos dos direitos sociais, a concretização dos direitos sociais e a impossibilidade de concretização dos direitos sociais por intermédio do controle judicial.

Segundo Olsen (2012, p. 182) “a reserva do possível surgiu como argumento freqüente em processos judiciais envolvendo a demanda, pelos cidadãos, de prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais”, influenciada pelos ideais do neoliberalismo que enfatizam a prevalência do Econômico sobre o Jurídico e Político. Assim, a reserva do possível, tanto na doutrina como na jurisprudência, é assunto reiterado na discussão sobre a concretização dos direitos sociais.

A efetividade do direito social à saúde deve considerar a dimensão fática e jurídica da reserva do possível, pois a disponibilidade está relacionada aos meios necessários à realização da concretização do direito à saúde, ou seja, devem estar disponíveis no plano fático e jurídico.

O plano fático, na concretização do direito à saúde, estará verificado quando estiver disponível no momento da medida. Assim, não se pode pleitear um transplante de fígado sem que este esteja disponível no momento. O direito à saúde é um direito fundamental, contudo, o cidadão não pode pleitear judicialmente o fornecimento de um medicamento para uma doença incurável. O plano jurídico, outrossim, deve ser verificado à luz do juridicamente possível. Desta forma, não se pode exigir a condenação do Estado a tirar a vida de uma pessoa para disponibilizar o órgão necessário ao transplante. Os direitos sociais, de acordo com estes parâmetros, encontram-se sob a reserva do possível. (OLSEN, 2012).

Porém, a reserva do possível costuma ser aduzida em sua dimensão econômica, impondo ressaltar, no que tange a discussão no plano econômico, a distinção de inexistência de recursos e falta de recursos na área de saúde em face de escolha política de destinação de recursos para outra área.

É obvio que a inexistência de recurso impedirá a concretização dos direitos sociais, pois o que é logicamente impossível e absurdo não pode ser concretizado e realizado. Contudo, antes de reconhecer a indisponibilidade de recursos, é preciso investigar, no caso

concreto, os motivos e as despesas do ente estatal. O Judiciário não pode aceitar a simples alegação de falta de recursos para impedir a execução de uma política pública na saúde ou a concessão de um medicamento a uma pessoa enferma, pois o orçamento público deve priorizar a concretização dos direitos sociais.

Logo, “antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.74). Não é admissível, no mesmo orçamento, faltar recursos para a saúde, enquanto isto destina recursos para outras áreas que não estão relacionadas à concretização dos direitos sociais.

A reserva do possível, quando aduzida em sede de contestação às lides propostas pelos cidadãos, na maioria das vezes, não está relacionada à inexistência de recursos ou quando relacionada não é provada, mas apenas arguida de forma genérica. O que se observa é a argumentação no que tange a necessidade de prévia dotação orçamentária para o cumprimento de decisões judiciais em relação a políticas sanitárias, concessão de medicamentos e tratamentos médicos.

A doutrina apresenta algumas sugestões para solucionar o embate entre a concretização do direito à saúde e as normas de direito financeiro impostas aos entes federados.

Freire Júnior (2005), adstrito a esta perspectiva da reserva do possível, sugere, em caso de urgência e dependendo do caso concreto, que o magistrado pode determinar a inclusão da verba específica para a implementação de política pública necessária à concretização ao direito social à saúde no orçamento do ano seguinte. No caso de uma reforma ou construção de um hospital, dependendo do caso concreto e das circunstâncias fáticas, pode o início da reforma ou construção ser materializado no próximo ano, solucionando o problema da concretização do direito social à saúde e a ausência de previsão orçamentária. Ressalta, ainda, o autor que o argumento da reserva do possível é óbice para quem não quer cumprir as determinações jurídicas e dar plena efetividade aos direitos sociais, pois na praxe administrativa, quando há vontade política, o Executivo e Legislativo, cotidianamente, optam pela abertura de créditos extraordinários ou suplementares. Além das sugestões propostas para solução do conflito entre a regra do orçamento público e a efetivação dos direitos fundamentais, lembra, no caso da interpretação das normas constitucionais, que o orçamento não é um fim em si mesmo e que o intérprete deve considerar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não aceita a simples alegação de falta de recursos para justificar omissões injustificadas na implementação e execução de políticas públicas com fins de concretizar o direito social à saúde.

O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, tratando de caso em que se discutia o direito à saúde, pontificou que:

Ademais, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a Administração não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de direitos essenciais previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária. (STF - AI 674.764 - AgR/PI, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/10/2011, Primeira Turma, DJe de 25/10/2011).

Também nesse sentido, corroborando o entendimento jurisprudencial que rejeita a invocação da cláusula da reserva do possível para justificar a omissão da Administração Pública na concretização do direito social à saúde, é o voto do Ministro Humberto Martins.

O Ministro, no Recurso Especial nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7), interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra acórdão daquele Tribunal que determinou a entrega de equipamentos e materiais faltantes no Hospital Universitário de Dourados, ressaltou que a teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada pela Administração Pública como um escudo para obstar o cumprimento das obrigações impostas pela Constituição. Em seu voto, também foram enfrentadas as seguintes questões: a utilização do argumento da teoria da reserva do possível de forma indiscriminada, a aplicação da teoria, no caso brasileiro, deve observar certos princípios e parâmetros em razão de peculiaridades jurídicas e sociais entre a Alemanha e o Brasil e o mínimo existencial, conforme abaixo transcrito:

Com efeito, a teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, **tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.**

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, **é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.**

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (Krell. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos

direitos fundamentais sociais in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado* . 2000, p. 41).

Ora, **não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país**. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é **o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.**

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, **deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.**

Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. (STJ - REsp: 1.041.197 - MS 2008/0059830-7, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 25/08/2009, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 16/09/2009). [grifo nosso].

Depreende-se do voto do Ministro relator, que a mera alusão a teoria da reserva do possível não é óbice a afastar, no caso concreto, a obrigação constitucional do ente estatal de materializar o direito social à saúde, principalmente, tendo em vista que este direito está diretamente ligado a outro direito essencial, ou seja, o direito à vida. As peculiaridades entre os dois países também são relevantes na aplicação da teoria da reserva do possível e não podem deixar de ser observadas pelo aplicador e intérprete da norma constitucional, pois a realidade do Brasil é bem diferente da Alemanha. Este país já conseguiu implementar políticas públicas que garantem aos seus cidadãos o mínimo de direitos que são essenciais para uma vida digna, diferentemente do Brasil, país que a maioria de seus cidadãos não tem garantido um mínimo de direitos essenciais a uma vida digna.

Na discussão da reserva do possível, a violação, por parte do Estado, ao mínimo existencial¹¹ não pode ser deixada de lado na análise para acolher ou rejeitar tal argumento, bem como na intervenção do controle judicial na concretização de direitos sociais, implementação e reformulação de políticas públicas.

2.3 A efetivação do direito à saúde e a atuação da jurisdição

Piovesan (2014, p. 491) afirma que o constitucionalismo ao qual a Constituição de 1988 foi promulgada, é “um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais”, já que a Constituição de 1988, ao elencar um rol extenso de direitos fundamentais e instituir o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme preceitua o art. 5º, §1º, almejou a concretização dos direitos fundamentais. Este modelo concretizador delineado pelo constituinte originário, através de políticas públicas, almeja alcançar a igualdade material e, assim, cumprir os princípios político-constitucionais valorados pelo legislador constituinte.

O Estado é responsável pela efetivação da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, e para cumpri-los faz se necessário a atuação concreta das formas de expressão do poder estatal, principalmente, na prestação do serviço de saúde, tendo em vista a responsabilidade solidária dos entes federados e a determinação do texto constitucional de implementação de “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.”

A Constituição de 1988 criou diversos órgãos com as suas devidas atribuições, já que os objetivos não poderiam ser atingidos de forma aleatória. Estas atividades são a legislativa, executiva e judiciária.

Ao Legislativo incumbe criar as normas de conduta dos agentes públicos com o escopo de realizar os objetivos do Estado; as normas criadas pelo Legislativo vinculam a atividade administrativa e a destinação do patrimônio estatal com o fito de realizar os objetivos do Estado; ao Poder Judiciário cabe promover o realinhamento necessário quando verificar a não harmonização da atividade administrativa com os objetivos do Estado.

¹¹ O mínimo existencial é considerado um direito as condições mínimas de existência humana digna (o direito à educação, à saúde, ao saneamento básico etc.), que uma vez descumprido justifica a exigência através do Poder Judiciário.

Por decorrência deste constitucionalismo concretizador e a problemática de falta de efetivação dos direitos fundamentais por falta de vontade política, não obstante as atribuições constitucionais do Poder Executivo e Legislativo na concretização dos direitos fundamentais, o constituinte de 1988 introduziu novidades, atribuiu funções e promoveu alterações estruturais no Poder Judiciário.

Pois a defesa de violação de direitos fundamentais e a efetividade dos direitos sociais, segundo Olsen (2012, p. 178), “só tem sentido a partir da existência de uma Jurisdição Constitucional atuante”. Nesse contexto de falta de efetividade das normas constitucionais em face de omissões injustificadas do Poder Público, e uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos sem instrumentos para efetivá-los, que adentraremos na análise da expansão da jurisdição, das novidades, das atribuições e alterações estruturais no Poder Judiciário impostas pela Constituição de 1988.

Dobrowolski (1990), considerando a necessidade do Poder Judiciário preservar a supremacia da Constituição e a necessidade de reorientar as tarefas dos poderes (inclui também o Poder Judiciário) em razão da concretização da justiça social, apresenta algumas novidades funcionais e estruturais do Poder Judiciário na Constituição de 1988: a) a declaração da inconstitucionalidade da lei, em tese; b) a inconstitucionalidade por omissão; c) o mandado de injunção; d) a bipartição do antigo Supremo Tribunal Federal, ou seja, manteve como Corte Constitucional Suprema, porém criou outro Tribunal; e) este novo Tribunal, qual seja, Superior Tribunal de Justiça, ficou encarregado de unificar a interpretação do direito federal infraconstitucional e ser o interprete máximo deste direito; f) a substituição do Tribunal Federal de Recursos, órgão recursal da Justiça Federal, pelos criados Tribunais Regionais Federais, como forma de evitar o excessivo volume de processos no Tribunal Federal de Recursos e agilizar os processos com a criação dos Tribunais Regionais Federais; g) criação dos Juizados Especiais com a finalidade de desburocratizar a Justiça e aproximá-la do povo.

A atuação do Ministério Público diante de seu novo papel constitucional também exigiu uma resposta do Poder Judiciário compatível à complexidade das várias demandas propostas, já que a Constituição da República aponta, no art. 127, que compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A evolução para um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais, o atual momento do constitucionalismo e a promoção de alterações estruturais no Poder

Judiciário com a Constituição de 1988, juntamente com a importância do Ministério Público na propositura de ações que visam a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, já que a jurisdição é inerte, exigiram e respaldaram uma postura mais ativa do Poder Judiciário.

Esta opção do constituinte original, ao apresentar um avançado rol de direitos e atribuí competências ao Poder Judiciário para dirimir os conflitos existentes e violações de direitos, proporcionando, assim, o acesso ao Poder Judiciário de temas relevantes que interferem na esfera de direitos subjetivos da maioria da população, proporcionou que várias matérias fossem judicializadas e enfrentadas pelos Tribunais brasileiros.

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. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos da Reforma da Previdência (ADI 3.105-DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367-DF); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS – caso Ellwanger); (v) interrupção de gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952-SP e Súmula vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388-RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12-DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130-DF). (BARROSO, 2012, p. 368-369).

Judicializar a política ou as relações sociais consiste na transferência de decisões para o Poder Judiciário de questões que outrora eram decididas pelo Poder Executivo ou Legislativo.

Outro conceito igualmente importante para a compreensão de uma postura mais ativa do Judiciário é o de ativismo judicial. O ativismo judicial não se confunde com o termo judicialização,¹² pois o ativismo judicial¹³ está relacionado a uma maior participação do Poder Judiciário, esta atuação mais intensa tem o escopo de concretizar os valores e fins constitucionais. Em muitas situações não há interferência e confronto no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, mas atuação em espaços vazios. (BARROSO, 2012).

¹² A judicialização [...] é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. (BARROSO, 2012, p. 372).

¹³ Já o ativismo 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 – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 372).

A lista de temas judicializados e precedentes da postura ativista¹⁴ do Poder Judiciário apresentada por Barroso é extensa. Entretanto, há celeumas, zonas de tensão e objeções sobre a judicialização de temas que eram afetos as instâncias políticas, ou seja, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

A análise das zonas de tensão, para o presente estudo, entre as políticas sanitárias e a intervenção do Poder Judiciário é imprescindível, pois, segundo a Constituição, o Estado é responsável pela efetivação dos direitos sociais, notadamente o direito social à saúde, pois segundo o art. 196 da Constituição da República “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e será “garantido mediante políticas sociais e econômicas”. Desta forma, analisaremos, no próximo capítulo, o controle judicial de políticas sanitárias, de concessões de medicamentos e tratamentos médicos no caso de omissões da Administração Pública.

¹⁴ Podemos citar: “a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.” (BARROSO, 2012, p. 371-372).

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O capítulo que se inicia abordará, de maneira geral, o conceito de políticas públicas e o seu escopo.

No segundo tópico, serão analisados os parâmetros que devem ser observados para a intervenção judicial na concretização do direito à saúde.

Por último, procurará demonstrar o controle judicial das políticas públicas sanitárias na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Pois são casos concretos que requereram uma posição dos tribunais sobre a necessidade de concretização do direito social à saúde em face da violação por parte da Administração Pública.

Nesse enfrentamento dos tribunais, os julgados possibilitarão verificar como os tribunais analisam os argumentos contra a intervenção judicial e a releitura da aplicação dos direitos fundamentais a partir da Constituição da República de 1988

Dessa forma, a jurisprudência caminhará para fornecer balizas ao operador do direito na busca da efetivação do direito fundamental social à saúde em face de omissões injustificadas por parte da Administração Pública.

3.1 O conceito de políticas públicas

Depreende-se da leitura do art. 196 da Carta Magna que a concretização do direito à saúde ocorrerá mediante a formulação e implementação de políticas sociais e econômicas. Outrossim, deve-se ressaltar que os objetivos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana somente serão alcançados por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais (o que não foge a regra a tutela do direito social à saúde). Desta forma, Silva (2012. p. 170), quando aduz que “medidas concretas de política pública devem ser tomadas para que sejam efetivados valores substanciais e inafastáveis aos cidadãos brasileiros, por força dos princípios e dos objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição”, consegue expressar a estrutura e o caminho formulado pelo constituinte e sintetizar o liame existente e indissociável entre objetivos fundamentais e princípio da dignidade da pessoa humana com a concretização dos direitos fundamentais e esta com a implementação de políticas públicas.

É nesse contexto, que Mendes e Branco (2012) identificam o problema da eficácia do direito fundamental à saúde, isto é, o problema está muito mais ligado à implementação e

manutenção de políticas públicas de saúde do que a falta de legislação sobre a concretização do direito à saúde. O problema é administrativo, ou seja, falta executar políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, especialmente, no presente estudo, do direito fundamental à saúde.

Desta forma, analisaremos o conceito de políticas públicas e suas classificações, antes de dar início às explanações sobre o controle judicial de políticas sanitárias, de concessões de medicamentos e tratamentos médicos no caso de omissões da Administração Pública.

Para Rua (2013, p. 19), política pública é:

O termo *policy* é utilizado para referir-se à formulação de propostas, tomada de decisões e sua implementação por organizações públicas, tendo como foco temas que afetam a coletividade, mobilizando interesses e conflitos. Em outras palavras, *policy* significa a atividade do governo de desenvolver políticas públicas, a partir do processo da política.¹⁵

Avançando um pouco mais, é possível sustentarmos que as políticas públicas (*policy*) são uma das resultantes da atividade política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores envolvendo bens públicos.

Segundo a autora, as políticas públicas estão tradicionalmente identificadas com atividades do governo¹⁶ em desenvolver ações envolvendo interesses coletivos.¹⁷ A transição do Estado liberal para o Estado social, como já enfatizado, exigiu uma postura mais ativa e complexa nas atividades do Estado em desenvolver ações de interesses coletivos.

É nesse contexto de transição que a professora Bucci (1997, p. 90) encontra o fundamento mediato¹⁸ das políticas públicas, pois “o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado.”

¹⁵ O termo “política”, no inglês *politics*, faz referência às atividades políticas: o uso de procedimentos diversos que expressam relações de poder (ou seja, visam a influenciar o comportamento das pessoas) e se destinam a alcançar ou produzir uma solução pacífica de conflitos relacionados a decisões políticas. (RUA, 2013, p. 18).

¹⁶ Política pública, segundo o publicista Mello “é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País.” (MELLO, 2012, p. 830).

¹⁷ Appio pontifica que políticas públicas “consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e de conhecimento técnico”. (APPIO, 2005, p. 143-144).

¹⁸ Além disso, as políticas hoje são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law* –, fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos republicanos. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas. (BUCCI, 1997, p.90-91).

O traço caracterizador das políticas públicas consiste em dar efetividade aos direitos fundamentais, segundo Freire Júnior (2005, p. 47) “pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.”

Não é diferente também o conceito de Canela Júnior (2011, p. 57) referente às políticas públicas, quando pontifica que:

Políticas públicas, no Brasil, são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal. Entre estes objetivos, destaca-se a efetivação dos direitos fundamentais, com especial enfoque para a igualdade substancial.

As políticas públicas são implantadas com a finalidade de melhorar as condições de vida da população, de concretizar os direitos fundamentais elencados na Constituição da República, é por tal razão que Barcellos (2007, p. 11) afirma ser “fácil perceber que apenas por meio de políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição.”

O estudo das políticas públicas impõe, segundo Matias-Pereira (2010), fazer uma distinção entre políticas de Estado e políticas de Governo. Políticas de Estado são estabelecidas por Lei e envolve um processo complexo de ações do Legislativo e Executivo. Por outro lado, as políticas de Governo estão relacionadas aos objetivos estabelecidos em um plano de governo, normalmente elaborado pelo candidato, que após eleito buscar implantá-lo. Segundo esta diferenciação, podemos afirmar que a promoção de políticas de saúde, conforme art. 196 da Constituição, faz parte da categoria das políticas de Estado.

3.2 O estabelecimento de parâmetros para o controle judicial de casos que envolvem o direito à saúde

A intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas sanitárias, de concessões de medicamentos e tratamentos médicos requer ponderações na análise do caso concreto. O aplicador da norma deve analisar o contexto constitucional e as peculiaridades que o caso apresenta com o escopo de garantir a efetivação do direito à saúde no caso de omissões da Administração Pública.

Constatando-se que a Administração Pública não concretizou o direito social à saúde, o Poder Judiciário, uma vez provocado, deve identificar quais as razões que levaram a Administração Pública a negar o direito à saúde. Pois, as demandas judiciais são complexas e diversas. Assim, a análise do caso concreto deve ser levada em consideração para o deferimento de tratamentos médicos e concessões de medicamentos.

Porém, urge a necessidade de construir critérios e balizas mais seguras para a intervenção do Poder Judiciário. Existem casos, segundo pontifica a doutrina e com vasta jurisprudência nesse sentido, em que o Poder Judiciário é obrigado a verificar se as políticas sanitárias escolhidas pelos órgãos competentes atendem aos preceitos constitucionais garantidores do direito à saúde.

Mendes e Branco (2012) apresentam balizas e critérios que devem ser observados nas demandas que envolvem o direito à saúde: a) o medicamento solicitado em juízo consta na lista do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais, mas não estão sendo fornecidos em face de gestão ineficaz. Nesse caso, existe a política sanitária determinando o fornecimento do medicamento solicitado em juízo, mas, por problemas administrativos o medicamento não é fornecido ou interrompido. Esta situação justifica a intervenção judicial de um direito subjetivo à prestação de saúde, pois o cidadão não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor competente em adquirir os fármacos já determinados na política pública; b) há demandas em que o Sistema Único de Saúde não fornece o medicamento requerido em juízo, mas disponibiliza de um similar, ou seja, o medicamento similar trata da mesma patologia. Diante de tal situação, o magistrado deve analisar as razões que impedem a utilização do medicamento similar utilizado pelo SUS. A simples alegação que o médico prescreveu não pode ser deferida sem a observação da ponderação e razoabilidade, isto é, analisar se o paciente não pode usar o medicamento similar fornecido pelo SUS porque já usou e não fez efeito ou por ser alérgico a determinada substância que o compõe; c) existem demandas que solicitam medicamentos disponibilizados pelo SUS, só que para patologia diferente da que o paciente é portador. Semelhantemente, deve o magistrado analisar se tal solicitação está atestada por médico credenciado no sistema a necessidade do uso daquele medicamento para o tratamento do paciente. Após mensurar a necessidade de tal medicamento, não pode o direito à saúde não ser tutelado por obstáculos meramente de ordem burocráticos.

Questão polêmica é quando o ajuizamento da ação pleiteia o fornecimento de medicamentos que não constam na lista da ANVISA. A polêmica repousa na determinação do

art. 12, da Lei nº 6.360/76, que aduz “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.”

Muitas demandas solicitam medicamentos ainda em experimento, motivo pelo qual a ponderação na apreciação do deferimento do pleito deve ser mais criteriosa, pois a concessão de um medicamento de eficácia duvidosa poderá acarretar prejuízos para o paciente e onerar o sistema de saúde sem nenhum benefício para o paciente, sem olvidar também que o art. 12, da Lei nº 6.360/76, veda à Administração Pública fornecer medicamentos que não possuam registro na ANVISA.

No que tange a falta de tratamentos específicos pelo SUS para determinada patologia, faz-se necessário, no caso concreto, distinguir os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo SUS.

Os tratamentos puramente experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) não podem ser tutelados pelo Poder Judiciário, pois:

São realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. (...) essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovados ou avaliados, e acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 727).

Contudo, existem tratamentos novos, mas ainda não incorporados pelo SUS. A apreciação de solicitação de tratamentos novos ainda não elencados na lista do SUS, por si só não pode ser óbice a tutela jurisdicional que defira o tratamento solicitado pelo paciente, pois conforme lembram Mendes e Branco (2012), o conhecimento médico evolui de forma célere e a sua não incorporação (dos novos tratamentos) na lista do SUS por motivos burocráticos e de caráter administrativo não podem inviabilizar o direito à saúde.

Estes tratamentos novos, na maioria dos casos, há muito são prestados eficientemente pela iniciativa privada.

Assim, incide-se um caso de omissão administrativa que não pode ser usado como justificativa para afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde com amparo na morosidade administrativa, pois violaria o direito à saúde, principalmente dos usuários da rede pública, ferindo a isonomia e não alcançando a isonomia material. Na apreciação do caso concreto, o magistrado deve analisar os motivos da omissão administrativa

e não deve negar a concessão de tratamentos e fornecimento de medicamentos por motivos apenas de ordem burocrática, sob pena de violar o direito social à saúde e comprometer o direito à vida do paciente.

3.3 O controle judicial de políticas públicas sanitárias segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

É inegável em um Estado constitucional de direito a importância de uma jurisdição atuante na apreciação de temas relevantes outrora afetos exclusivamente ao Legislativo e Executivo. O controle judicial de políticas sanitárias, a intervenção judicial na concessão de medicamentos e a tutela de tratamentos médicos, também, fazem parte do rol de temas socialmente relevantes enfrentados pelos Tribunais Superiores.

A discussão e a busca de concretização do direito fundamental social à saúde têm exigido uma resposta do Poder Judiciário. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal foi provocado em várias situações em relação ao direito fundamental social à saúde.

Nos autos do ARE 745745 AgR, julgado no dia 02 de dezembro de 2014, que apreciava recurso que queria reformar decisão que determinava a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente¹⁹ pelo Município de Belo Horizonte em face da inexistência de rede municipal de assistência à pessoa portadora de deficiência física, visual, auditiva, com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou com autismo capaz de atender a demanda do Município de Belo Horizonte, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos da ementa abaixo transcrita:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) –
 MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO
 ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA
 CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE
 DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO –
 DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL
 (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A
 AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796)
 – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA

¹⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem [...].

INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPRVIDO. (STF - ARE: 745745 MG , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014).

A ementa é enfática em ressaltar o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, notadamente ao direito social à saúde, tendo em vista a vinculação da Administração Pública às normas constitucionais. Depreende-se também do julgado, que a decisão judicial que determina a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente em face da omissão inconstitucional imputável ao Município de Belo Horizonte não é obstáculo ao controle judicial diante de seu papel constitucional. Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade ao direito fundamental social à saúde não pode ficar limitado à exclusiva discricionariedade administrativa.

No RE 393175 AgR, do Estado do Rio Grande do Sul, julgado no dia 12 de dezembro de 2006, o Ministro Celso de Mello, tratando de caso em que se discutia o direito à saúde, pontificou que atribuir caráter programático ao art. 196 não significa justificar e legitimar as omissões injustificadas dos entes estatais na concretização do direito social à saúde, cujo teor da ementa acha-se a seguir reproduzido:

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524).

Isso significa que o controle judicial é necessário na ocorrência de recusa injustificada e arbitrária pelo Estado em conferir significação real ao preceito constitucional que tutela o direito à saúde. No presente julgado, a matéria discutida levava em consideração

o direito ao fornecimento de medicamentos gratuitos a pacientes destituídos de recursos financeiros e com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio.

Interpretação contrária, segundo ressaltou o ministro, significaria transformar o art. 196 da Constituição da República em promessa constitucional inconstitucional.

O filósofo Cortella (2013, p.44), em obra de caráter reflexivo e provocativo, ressalta que:

A maior fratura ética que pode acontecer na atuação do Estado é a não consecução de suas finalidades; o mais forte obstáculo ético é a falência ou precariedade no oferecimento dos serviços públicos que são custosamente remunerados pela população e que, ao não terem correspondência efetiva (na proporção exata e distributiva do que é pago), adentram perigosamente no perímetro do estelionato.

Promessa constitucional inconstitucional, segundo ressaltado pelo Ministro, ou adentrar perigosamente no perímetro do estelionato, como aduzido pelo filósofo, a não efetivação do direito à saúde acarretará, ainda, a violação de outro direito fundamental e inerente a todo ser humano, ou seja, o direito à vida.

É nesse sentido, que o ministro Luiz Fux, nos autos do Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 717290, ressaltou também que o fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, segundo entendimento cediço do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. 1. O fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado e deve ser prestado de forma solidária entre os entes da federação. Precedentes: ARE 772.150/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 17/10/2013, RE 716.777-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16/5/2013, e ARE-AgR 744.223, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 11/9/2013. 2. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS DIREITO À VIDA E À SAÚDE NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) PRECEDENTES (STF) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (RE 717290 AgR,

Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014).

Cabe ao Executivo e ao Legislativo alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil insculpidos no art. 3º da Constituição. Contudo, omissão que inviabilize o cumprimento dos objetivos do art. 3º e, conseqüentemente, viole o direito à saúde, o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ser ratificada e chancelada pelo Poder Judiciário, simplesmente, sob o argumento de que não pode imiscuir em questões tradicionalmente afetas ao Poder Legislativo e Executivo e que o administrador público tem discricionariedade na formulação e implementação de políticas públicas.

A discricionariedade do administrador público para a escolha das políticas públicas sanitárias, em si só, não é argumento para afastar a apreciação do Poder Judiciário, pois o Supremo Tribunal Federal, nos autos do AI: 734487, do Estado do Paraná, enfrentou a questão e proferiu a seguinte decisão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido. (STF - AI: 734487 PR, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 03/08/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010).

Depreende-se do voto da eminente relatora que o Poder Judiciário, ainda que não seja o órgão ordinariamente responsável pela formulação e implementação de políticas públicas, poderá implementá-las quando o Poder Executivo, injustificadamente, não executar as políticas públicas sanitárias necessárias para a efetivação dos direito à saúde.

Como consta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reproduzida acima, o controle judicial de políticas públicas sanitárias, a intervenção judicial obrigando os entes estatais responsáveis a fornecerem medicamentos e tratamentos médicos a pessoas carentes não violam a discricionariedade do administrador público na formulação e implementação de políticas públicas sanitárias, nos termos que atribuiu a Constituição e o ordenamento jurídico, bem como não infringe o princípio constitucional da separação de poderes. Pois a

discricionariedade que existe na atuação do gestor público não pode ser usada de forma irresponsável e omissa para amparar posturas incompatíveis com o Estado constitucional.

No Estado constitucional todos os poderes estão vinculados à Constituição, a qual alçou o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal está consolidando sua jurisprudência no sentido de não permitir que omissões injustificadas inviabilizem a materialização dos direitos fundamentais sociais, especialmente o direito social à saúde.

A jurisprudência, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também apresenta extensa casuística em matéria de intervenção judicial com o escopo de tutelar o direito à saúde.

Em recente julgado do dia 21 de novembro de 2013, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no âmbito do Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial nº 1.107.511 - RS (2008/0265338-9), que a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, reservado certos limites, se faz necessária quando o Poder Público é omissos em concretizar o mínimo existencial de direitos à coletividade.

Nesse diapasão, vale trazer a lume parte do voto do ministro relator Herman Benjamin:

Outro ponto discutido, quando da análise do Recurso Especial, diz respeito à insuficiência de recursos financeiros para o custeio de todas as obrigações que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem ao estado.

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (Krell. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais *in* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. 2000, p. 41).

Ora, não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não

sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado.

Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade. Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. (STJ - AgRg no REsp: 1107511 RS 2008/0265338-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 21/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2013).

O Poder Público, antes de promover gastos na atividade administrativa, deve mensurar se os recursos destinados as políticas públicas estão possibilitando a materialização de um mínimo de direitos garantidos no texto constitucional, ou seja, que garanta um mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. Caso esse mínimo existencial necessário para que se viva com dignidade seja ofendido, permite-se que o Poder Judiciário determine a implementação de políticas públicas a fim de tutelar direitos essenciais à materialização de uma vida digna.

Vale salientar que as decisões judiciais não se restringem a determinar a execução de políticas sanitárias, o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, pois no Recurso Especial nº 575.998, o Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo transcrita, determinou ao Município de Cambuquira efetuar, diariamente, a coleta de lixo residencial, comercial e hospitalar, tendo em vista que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, conforme verifica-se da ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE

DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétreia de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrada constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. "A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE."

11. Recurso especial provido. (REsp 575.998/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 191).

Esta decisão visa proteger a dignidade da pessoa humana, pois o direito à saúde que está diretamente ligado ao direito à vida, também, conforme ressaltou o Ministro Luiz Fux, o serviço de coleta de lixo é imprescindível à manutenção da saúde pública, bem como outros serviços como saneamento básico etc.

Atualmente tem predominado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça uma postura, quando provocados, de impor à Administração Pública realinhamentos e ações governamentais com a finalidade de dar efetividade ao direito social à saúde, pois não se justifica inércias injustificadas por parte da Administração Pública.

Em suma, resta demonstrado que o controle das políticas públicas com a finalidade de proteger e efetivar direitos garantidos constitucionalmente tem sido enfrentado e corroborado pelos Tribunais brasileiros. Esta postura ativa do Judiciário, principalmente em um país, como o Brasil, marcado pela desigualdade social em que a maioria da população não tem acesso a condições mínimas para uma vida digna, se faz necessária e imprescindível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa teve como objetivo principal analisar os argumentos, motivos e interpretações que fundamentam a baixa efetividade do direito fundamental à saúde, não obstante o preceito constitucional de aplicação imediata dos direitos fundamentais e lançar balizas orientadoras para justificar e, por outro lado, evitar abusos na intervenção judicial na concretização do direito à saúde.

Debruçou-se, nesse universo de temas associados aos estorvos para a efetivação do direito social à saúde, sobre a fundamentalidade do direito social à saúde nos seus dois aspectos, ou seja, formal e material. Daí a justificação da aplicação do § 1º do art. 5º, que estabelece a aplicação imediata “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”.

Nesse desiderato de aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e a exigência constitucional de concretização dos direitos fundamentais, o constituinte de 1988 ampliou a jurisdição constitucional; deu responsabilidades e competências para que os magistrados cumprissem os ditames constitucionais e exercessem a judicatura com independência e fortaleceu também a função judicante através das seguintes garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

É cediço, nos termos do art. 196, da Carta Magna, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas” Estas políticas públicas, ordinariamente, são da competência do Legislativo e do Executivo.

Contudo, quando o Poder Legislativo e o Poder Executivo, principalmente este, pois no caso brasileiro, o problema da saúde está mais ligado a manutenção e implementação de políticas públicas do que na falta de legislação, ou seja, o problema é de ordem administrativa. Assim, quando o Poder Executivo se recusa injustificadamente a implementá-las, o Poder Judiciário deve assumir essa função, quando provocado.

Para se chegar a estas conclusões foi necessário analisar vários julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Verificando, ainda, diversos conceitos imprescindíveis, tais como o conceito de políticas públicas, reserva do possível, de mínimo existencial, entre outros.

É imprescindível traçar critérios que podem municiar os aplicadores da norma jurídica e fornecer balizas mais seguras com a finalidade de evitar abusos e decisões arbitrárias por parte do Poder Judiciário, pois o direito à saúde é um tema de importância

social e de conseqüências na agenda administrativa dos entes federados, sem olvidar que a judicialização da saúde já é uma realidade no cotidiano forense.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça demonstrou que é pacífico o entendimento de controle, por parte do Judiciário, de políticas públicas, fornecimento de medicamentos e concessões de tratamentos em face da omissão injustificada da Administração Pública, principalmente quando a omissão violar o mínimo de direitos essenciais a proporcionar uma vida digna por parte dos cidadãos, ou seja, houve violação do mínimo existencial.

Importante ressaltar que o Poder Judiciário não quer substituir as escolhas, formulações e implementações de políticas públicas por parte da Administração Pública, pois são atribuições e funções impostas pelo texto constitucional, mas impor quando há omissão injustificada que viole direitos, princípios e preceitos constitucionais.

O objetivo geral proposto foi alcançado, tendo em vista a possibilidade de o Poder Judiciário intervir no âmbito das políticas sanitárias, conceder medicamentos e deferir pedidos que tutelem tratamentos, ainda que observados certos limites, com a finalidade de dar efetividade ao direito à saúde.

Foram, outrossim, alcançados os objetivos específicos alvitrados, pois conceituou-se as políticas públicas, elencou-se parâmetros ao deferimento dos pleitos judiciais envolvendo o direito à saúde, aduziu-se os principais fundamentos teórico-normativos contrários à efetividade do direito à saúde e respaldou-se a pesquisa doutrinária a luz de vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que corrobora a postura mais ativa do Judiciário exigida pelo constituinte de 1988.

Finalmente, ressalte-se que esta monografia não tem a pretensão de esgotar e dirimir o problema de efetivação do direito social à saúde em face de poucos recursos financeiros, buscou-se contribuir para a reflexão desse tema que a simples alegação da reserva do possível não é obstáculo para impedir a proteção, principalmente dos mais vulneráveis, do direito à saúde e à vida, além de demonstrar que uma jurisdição constitucional forte e atuante tem um papel social relevante nas atuais democracias.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de, **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em 23 fev. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente**: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>> Acesso em: 02 jun. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988, Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 29 abr. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 6.360**, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1976, Seção 1, p. 12647. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6360-23-setembro-1976-357079-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em 10 ago. 2015.
- _____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990, p. 18055. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8080-19-setembro-1990-365093-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em 30 abr. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.107.511**, da Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 21 nov. 2013. DJe, Brasília, DF, 06 dez. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1284133&num_registro=200802653389&data=20131206&formato=PDF>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 575.998**, da Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 07 out. 2004. DJ – 191, Brasília, DF, 16 nov. 2004.

Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=504908&num_registro=200301350748&data=20041116&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.041.197**, da Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Julgamento em: 25 ago. 2009. DJe, Brasília, DF, 16 set. 2009. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5649514&num_registro=200800598307&data=20090916&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 26 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 17 mar. 2010. DJe – 076, Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 674.764**, da Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 04 out. 2011. DJe – 205, Brasília, DF, 25 out. 2011. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629121>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 734.487**, da Segunda Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 03 ago. 2010. DJe – 154, Brasília, DF, 20 ago. 2010. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 727.864**, da Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 04 nov. 2014. DJe – 223, Brasília, DF, 12 nov. 2014. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 745.745**, da Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 02 dez. 2014. DJe – 250, Brasília, DF, 19 dez. 2014. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 393.175**, da Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 12 dez. 2006. DJe – 24, Brasília, DF, 02 fev. 2007. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 717.290**, da Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 18 mar. 2014. DJe –

67, Brasília, DF, 04 abr. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5595657>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198>> Acesso em: 12 fev. 2015.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Ricardo Corrêa. **Estado, governo e mercado**. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2013.

CORTELLA, Mário Sérgio. **Não se desespere!:** provocações filosóficas. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988:** uma introdução. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 27, n. 108, p. 67-76, out./dez. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175812/000451491.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública:** foco nas instituições e ações governamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível. 1. ed. (2008), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012.

SILVA, Eduardo Pordeus. **Direito humano à saúde e a questão da cidadania socioeconômica**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 49, n. 193, p. 163-170, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496564>> Acesso em: 02 jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.