

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
DANIEL FELIPE OLIVEIRA DE CARVALHO

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

NATAL/RN
2012

DANIEL FELIPE OLIVEIRA DE CARVALHO

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Monografia apresentada como exigência
parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob a orientação do
Prof. Ms. Carlos Sérgio Gurgel da Silva.

NATAL/RN
2012

DANIEL FELIPE OLIVEIRA DE CARVALHO

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Ms. Carlos Sérgio Gurgel da Silva
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Ms. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Dr. Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: 24 / 09 / 2012

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, por me incentivarem nos estudos.

AGRADECIMENTOS

À Deus, ser supremo, fonte de sabedoria, pela Sua presença em minha vida sendo capaz de me fazer ver, nos momentos difíceis, que Ele ainda cuida de nós e tem o melhor para aqueles que o amam.

Serei sempre grato a UERN pelo ensino ministrado através de orientadores, mestres e doutores, oferecendo oportunidades profissionais que farão diferença na vida de cada um de nós e servirão à sociedade de modo geral.

Ao professor Carlos Sérgio Gurgel da Silva, meu orientador, pela dedicação com que trabalha, pelo acolhimento, pelo apoio, por ter transferido o seu conhecimento intelectual, ético e pela sublime orientação que nos permitiu chegar a conclusão deste trabalho, sempre acreditando que poderíamos fazer o melhor.

Aos docentes da Graduação do Departamento de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), por minha formação e pelo apoio durante a realização deste trabalho.

Aos amigos e colegas de turma, pela oportunidade da convivência.

A todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização deste estudo e não foram aqui mencionados, expresso meu reconhecimento e gratidão.

RESUMO

Após a consagração do Estado Social de Direito, a saúde foi elevada à condição de direito fundamental social na Constituição Federal de 1988. Destarte, ao Estado passou a incumbir a tarefa de distribuir à população os serviços públicos na área de saúde da maneira mais igualitária possível, sem que houvesse privilégio ou prejuízo aos cidadãos. Nesse contexto, as políticas públicas de saúde surgem com o objetivo de garantir a efetivação do direito fundamental social à saúde. No entanto, com o passar do tempo, percebeu-se que os fins colimados pela Constituição Federal no que concerne ao direito à saúde não estavam sendo atingidos. Hodiernamente, assume relevância o papel do Poder Judiciário ao exercer o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde. Apesar de permitido e desejado, esse controle não pode ser feito de forma desmedida, devendo obediência aos limites delineados na Constituição. Destarte, o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde possui o objetivo de garantir ao cidadão o direito fundamental social à saúde.

Palavras-chave: Estado Social de Direito. Saúde. Direito fundamental social. Constituição Federal. Controle jurisdicional de políticas públicas de saúde.

ABSTRACT

After the consecration of the Social State of Law, health was elevated to the status of fundamental social rights in the Constitution of 1988. Thus, the State has been entrusted with the task of distributing public services to the population in the area of health in the most egalitarian way as possible, without any privilege or injury to citizens. In this context come the public health policies to guarantee the social fundamental right to health. However, with the passage of time, it was realized that these public health policies were not reaching the purposes pursued by the Federal Constitution. Along these considerations, the judiciary assumes relevance to exercise jurisdictional control of public health policies with the goal to ensure every citizen has the fundamental right to health.

Keywords: Social State of Law. Health. Social Fundamental Right. Federal Constitution. Jurisdictional Control of Public Health Policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
------------------------	----------

1 SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	11
1.1 A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	11
1.2 SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL OU DIREITO SOCIAL?.....	15
1.3 COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA.....	18
1.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	23
2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	29
2.1 REALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	29
2.2 DESENVOLVIMENTO COMO ACESSO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	35
2.3 COOPERAÇÃO ENTRE AS ESFERAS GOVERNAMENTAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA.....	38
2.4 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE X CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA.....	43
3. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	48
3.1 OMISSÕES DO ESTADO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA.....	48
3.2 O PAPEL DO PODER EXECUTIVO NA TAREFA DE PROMOVER O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE.....	50
3.3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DE OMISSÕES EXECUTIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA.....	52
3.4 LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM MATÉRIA DE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ATIVISMO DO JUDICIÁRIO?.....	55
3.5 JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA EM MATÉRIA DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	64
4. CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	73

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o debate sobre a questão do controle jurisdicional de políticas públicas de saúde, levando-se em consideração os diversos fatores que devem orientar a atuação do magistrado nessa seara.

Não são poucas as controvérsias acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais. No Brasil, essa discussão tem ocorrido não só nas instâncias legislativa e administrativa, mas, sobretudo, no âmbito do Poder Judiciário, órgão estatal que vem buscando garantir, a seu modo, plena efetividade aos direitos fundamentais sociais consagrados na Lei Maior.

Relevante apontar que essa discussão é extremamente ampla, motivo pelo qual este trabalho focará tão somente a questão do direito fundamental social à saúde, abordando a possibilidade de o Poder Judiciário, diante de uma omissão legislativa e/ou administrativa, determinar o fornecimento de medicamentos ou a realização de procedimentos cirúrgicos não contemplados pelos programas públicos de atendimento ao cidadão.

A relevância deste assunto está atrelada ao contexto de um juiz protagonista, cooperando com os demais Poderes para a consecução dos objetivos fundamentais delineados constitucionalmente.

Na mesma medida em que se fortalece o protagonismo do Poder Judiciário, surgem manifestações favoráveis e contrárias ao controle exercido no âmbito das políticas públicas de saúde. Para solucionar o referido impasse, faz-se necessário analisar o tema de forma ampla, levando-se em conta os diversos aspectos que integram a discussão.

Após concluída a análise dos aspectos relacionados ao tema em comento, busca-se rechaçar a impossibilidade de atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas de saúde, porquanto cabe a esta função do Poder identificar se o método escolhido atende aos ditames previstos nas normas constitucionais e legais.

No entanto, apesar de permitido e desejado, o controle jurisdicional não deve ser realizado de forma desmedida, devendo obedecer determinados limites traçados constitucionalmente.

Em particular, a realização desse trabalho, além de ter sido motivada pela relevância que o tema possui, também o foi pela necessidade de melhor conhecer a realidade enfrentada por milhares de pessoas que necessitam de uma prestação estatal visando assegurar os medicamentos e tratamentos de saúde imprescindíveis a cada um que busca a tutela jurisdicional com o intuito de resguardar os seus direitos mais elementares.

Desse modo, o objetivo do trabalho está em, além de examinar a atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde, analisar o contexto que cerca a decisão proferida pelo magistrado nessa seara.

Almeja-se, portanto, um melhor entendimento quanto aos diversos aspectos relacionados ao tema, evitando-se, desse modo, uma análise embasada em um único critério, excluindo-se os demais.

O trabalho encontra-se estruturado em três capítulos. Inicialmente, o enfoque consistirá em analisar o direito à saúde.

Posteriormente, o trabalho tratará das políticas públicas de saúde como mecanismo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, examinar-se-á o papel do Poder Judiciário brasileiro no contexto da intervenção nas políticas públicas de saúde.

Para a realização desse estudo monográfico, foi utilizado o método dedutivo, numa pesquisa bibliográfica, com base na doutrina e na legislação, analisando-se a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário na seara das políticas públicas de saúde, levando-se em consideração o escopo primordial do referido mister, qual seja, resguardar as normas constitucionais que garantem o direito à saúde.

1 SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O constitucionalismo liberal do século XIX, representado pelas Constituições espanhola (1812), portuguesa (1822), belga (1831) e francesa (1848), desencadeou significativos avanços na efetivação dos direitos fundamentais. A preocupação do legislador constitucional de então consubstanciava-se em conter o poder arbitrário do Estado, característica fundamental do liberalismo.

Em plena crise do liberalismo, o século XX foi marcado pelo surgimento de Constituições inspiradas em ideais sociais. A Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, passaram a regular, ao lado de direitos e garantias individuais, direitos de alcance nitidamente social.¹

A transição do Estado liberal para o Estado social, a partir da Revolução Industrial e dos movimentos de afirmação democrática, altera o paradigma de reconhecimento meramente formal dos direitos fundamentais, vinculando os poderes estatais ao cumprimento de programas de implementação desses direitos.²

Conforme ponderado por José Afonso da Silva³:

(...) o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social.

Analisando a questão, com a técnica que lhe é peculiar, Luís Roberto Barroso⁴ afirma que:

¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

² CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52-53.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 115.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88.

(...) ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado social. Dele já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população.

E acrescenta o jurista:⁵

(...) como natural e previsível, o Estado social rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado. De fato, com ele se ampliou significativamente o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos.

Destarte, o Estado tornou-se social, no sentido de que a proteção dos direitos humanos exige interferência ativa para a supressão da miséria e o conseqüente resgate da dimensão humana. Mas, para tanto, faz-se necessária a garantia de determinadas espécies de direitos não concebidas pelo Estado liberal, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, ou direitos fundamentais sociais.⁶

Na lição de Fabio Konder Comparato:⁷

(...) o modelo do constitucionalismo liberal preocupa-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado, não lhe carregando qualquer orientação finalística em termos de ação governamental. Este estado de coisas altera-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial, cuja expansão tecnológica permitiu a produção e o consumo em massa, bem como a integração global da informação.

A Constituição de 1988 inaugura uma nova fase no constitucionalismo brasileiro. Após delinear o rol de direitos fundamentais sociais, no seu art. 6º, a Carta Magna dispõe sobre a correlata regulamentação, por meio de núcleos. Destarte, no Título VIII, relativo à ordem social, dispõe a Constituição da República, no Capítulo II, sobre a saúde (Seção II), a previdência social (Seção III) e a assistência social (Seção IV), e, no Capítulo III, sobre a educação (Seção I), a cultura (Seção II) e o desporto (Seção III). Nos respectivos capítulos, trata a Carta Política da ciência e tecnologia, da comunicação social, do meio ambiente, da

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88.

⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 53.

⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais. São Paulo. ano 86. n. 737. p. 15-16.

família, da criança, do adolescente, do idoso e, finalmente, dos índios. O direito ao trabalho é disciplinado nos arts. 7º ao 11.⁸

Os direitos fundamentais sociais protegem determinados bens da vida, cuja garantia, segundo o consenso internacional, diminui os níveis de miséria, promovendo a igualdade substancial entre os homens. Estes bens da vida, ou, do ponto de vista ético, bens soberanos, constituem um núcleo irrevogável e complementar,⁹ a ser atendido por meio de atos materiais praticados pelo Estado.¹⁰

Na concepção de Osvaldo Canela Junior,¹¹ os direitos fundamentais sociais constituem:

(...) aqueles direitos fundamentais sociais institucionalizados, plasmados em uma Constituição. Esses direitos fundamentais sociais formam uma unidade, uma integralidade, porque a sua soma equivale à totalidade da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a Constituição de 1988 reconhece que, para a consecução dos direitos fundamentais sociais, é necessária a sua fragmentação, permitindo a respectiva especialização normativa. Mas tal fragmentação é meramente funcional, de tal forma que remanesce a unidade dos direitos fundamentais sociais.

O Estado social, não obstante reconhecer uma série de direitos e implementar políticas públicas nas mais diversas searas, possui como traço distintivo das formas de Estado que o antecederam a preocupação com os direitos sociais, econômicos e culturais relacionados à igualdade, à dignidade da pessoa humana e à cidadania. Anote-se, a título de reforço de argumentação, que direitos anteriormente ignorados passaram a ser amparados em sede constitucional. Destarte, além dos direitos individuais já consagrados, o Estado passou a assumir responsabilidades no tocante à saúde, educação, assistência social, previdência, acesso à justiça, trabalho, lazer, segurança e moradia. Estes direitos são os chamados de segunda geração ou dimensão.

Conforme autorizado magistério doutrinário de Paulo Bonavides,¹² os direitos da segunda geração:

(...) dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jul. 2012.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65-67.

¹⁰ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

¹¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 582.

das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Na precisa lição de Paulo Bonavides, “*o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substância nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934*”.¹³ Prossegue o referido autor afirmando que “*formam esses direitos a espinha dorsal do Estado social brasileiro na última versão que lhe é dada por uma constituinte republicana*”.¹⁴

Desse modo, o Estado passa a preocupar-se em disponibilizar os meios necessários para que os cidadãos possam dispor de serviços públicos de qualidade. Destarte, relevante apontar, nesse contexto, a importância conferida ao princípio da igualdade, porquanto este constitui, na percepção de Paulo Bonavides, “*o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica*”.¹⁵

Ainda de acordo com Paulo Bonavides:¹⁶

(...) de todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado-social.

Prossegue ainda o renomado autor¹⁷ afirmando que:

(...) a importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inúmeros juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; “igualdade niveladora”, volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.

E acrescenta o jurista:¹⁸

(...) o Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 386.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 386.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 386.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 388.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 391.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 391.

Esposada tal compreensão, assimila-se, com naturalidade, que a proposta do Estado social consiste em proporcionar aos cidadãos, independentemente de sua condição econômica, os meios necessários a uma vida digna. Tal desiderato, no entanto, somente será alcançado se os direitos fundamentais sociais forem realizados de forma satisfatória.

1.2 SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL OU DIREITO SOCIAL?

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças”.¹⁹

Considerando que a saúde constitui-se em bem jurídico de extrema relevância faz-se mister analisar a forma mais adequada de classificação do referido bem jurídico. Nessa ordem de considerações, a saúde pode ser tida como direito fundamental, direito social ou direito fundamental social, a depender do ponto de vista de cada estudioso quando da análise da problemática em comento.

Conforme ponderado por José Afonso da Silva,²⁰ os direitos fundamentais do homem são:

(...) aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Na concepção de Uadi Lammêgo Bulos:²¹

(...) direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem à convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 1537.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.p. 178.

²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 515.

Nessa ordem de considerações, tendo em vista os conceitos doutrinários trazidos à baila faz-se coerente o enquadramento da saúde como sendo um direito fundamental. No entanto, a discussão deve prosseguir levando-se em conta a ideia de direitos sociais formulada pela doutrina.

Desse modo, conforme consignado por José Afonso da Silva:²²

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao conceito de igualdade.

Com propriedade, leciona Uadi Lammêgo Bulos²³ que:

(...) direitos sociais são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real.

Funcionam como lídimas prestações positivas, de segunda geração, vertidas em normas de cunho constitucional, cuja observância é obrigatória pelos Poderes Públicos.

Tais prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais.

Destarte, afigura-se correta a afirmação de que a saúde encontra-se integrada no contexto dos direitos sociais. Aliás, a Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 6º, um rol de direitos sociais, dentre os quais encontra-se a saúde. Confira-se:²⁴

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

Com pertinência, José Afonso da Silva²⁵ assinala que os direitos sociais constituem-se em:

(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 286.

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 789.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jul. 2012.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286-287.

desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

De regra, como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde apresenta duas vertentes, conforme ensinam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:²⁶

(...) uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

A classificação da saúde deve ser realizada levando-se em conta que o referido bem jurídico constitui-se em direito fundamental e direito social, concomitantemente. Assim, em conformidade com a melhor doutrina, revela-se adequada a nomenclatura direito fundamental social para fazer referência ao bem jurídico em análise.

Relevante apontar, nesse ponto, que o Texto de 1988, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, elevou a saúde à condição de direito fundamental social. Segundo Bulos, tal fato “*revela a preocupação de constitucionalizar a saúde, vinculando-a à seguridade social, pois os constituintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo, que merece amparo na Lei Maior*”.²⁷

Nesse diapasão encontra-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:²⁸

(...) o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência 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 omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.

Anote-se, ainda, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes,²⁹ que:

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 342.

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 1537.

²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 241.630-2/RS. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 1 em 03/04/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2012.

(...) atualmente, a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CF/88).

Diante disso, a conclusão de Gilmar Ferreira Mendes é de que “*os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais.*”²⁹

Destarte, o direito à saúde deve ser compreendido como direito fundamental social de segunda geração e direito público subjetivo, que se legitima por meio da realização de políticas públicas a serem implementadas nessa seara.

Tudo considerado, pode-se afirmar que o direito à saúde constitui-se em bem jurídico de grande valia, sendo, por isso, acertada a posição do constituinte originário em propiciar-lhe tratamento destacado em sede constitucional. Ademais, registre-se que as políticas sociais e econômicas que objetivem garantir a satisfatoriedade dos serviços públicos de saúde devem ser tratadas como prioridade pelo Poder Público, porquanto as prestações de saúde assumem posição de extrema relevância no cenário nacional.

1.3 COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

Analisando o disposto no art. 23, inciso II, da Constituição Federal, tem-se que:³¹

(...) 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.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 692.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 692.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

Desse modo, em matéria de saúde pública, a competência administrativa é comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo a estes entes da Federação prestar os serviços na área em comento.

Como bem exposto por Gilmar Ferreira Mendes:³²

(...) a competência para cuidar da saúde foi definida como comum dos entes da federação. O art. 23, II, da Constituição, prevê que União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade.

Paulo Gustavo Gonet Branco³³ justifica a existência da competência comum dos entes da Federação. De acordo com o referido autor:

(...) para a defesa e o fomento de certos interesses, o constituinte desejou que se combinassem os esforços de todos os entes federais; daí ter enumerado no art. 23 competências, que também figuram deveres.

(...) a Carta da República prevê, no parágrafo único do art. 23, a edição de lei complementar federal, que disciplinará a cooperação entre os entes para a realização desses objetivos comuns. A óbvia finalidade é evitar choques e dispersão de recursos e esforços, coordenando-se as ações das pessoas políticas, com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios.

Se a regra é a cooperação entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, pode também ocorrer conflito entre esses entes, no instante de desempenharem as atribuições comuns. Se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados).

De acordo com André Ramos Tavares,³⁴ a competência comum:

(...) é aquela pela qual todos os entes federativos detêm, concomitantemente, idêntica competência.

As competências comuns são cumulativas, paralelas, simultâneas (da União, Estados, DF e Municípios).

Essas competências encontram-se arroladas expressamente no art. 23 da CF, que pretendeu realizar uma sistematização no tema de competências administrativas comuns.

No âmbito da competência comum, todos os entes federativos podem atuar administrativamente. Assim, tanto a União quanto os Estados-membros, Municípios e Distrito Federal encontram-se aptos a realizar atividades quanto às matérias mencionadas.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 699.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 882-884.

³⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1153.

Conforme consignado por Uadi Lammêgo Bulos, a competência comum é “conferida, ao mesmo tempo, a todas as entidades político-administrativas, permitindo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cooperarem na execução de tarefas e objetivos que lhes são correlatos”.³⁵

Bem a propósito, o que justifica a competência comum é a descentralização de encargos em assuntos de enorme relevo para a vida do Estado federal. São matérias imprescindíveis ao funcionamento das instituições, motivo pelo qual se justifica a convocação dos entes federativos para, numa ação conjunta e unânime, arcar, zelar, proteger e resguardar as responsabilidades recíprocas de todos. A finalidade primordial da competência comum é evitar que não prevaleça uma entidade sobre outra. Abre-se mão da hierarquia em nome da cooperação, tendo em vista o bem-estar da sociedade.³⁶

Relevante ainda ressaltar que a ideia de responsabilidade solidária entre os entes federativos, no que concerne à competência para cuidar da saúde, confirma a adoção, pela República Federativa do Brasil, do federalismo cooperativo. Por tal aspecto, União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem buscar a isonomia material e a atuação conjunta, visando solucionar as demandas sociais e econômicas.

De igual teor a afirmação de Gilmar Ferreira Mendes:³⁷

(...) a Constituição de 1988 adotou a sistemática preconizada pelo federalismo cooperativo, em que o Estado, permeado pelos compromissos de bem-estar social, deve buscar a isonomia material e atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas.

Destarte, analisando a questão sob o ponto de vista administrativo, tem-se que todos os entes federativos possuem competência para oferecer os serviços públicos de saúde, devendo o exercício dessa competência, porém, pautar-se pelo princípio da predominância do interesse.

Conforme ponderado por Bulos, “o princípio da predominância do interesse objetiva nortear a repartição de competências das entidades políticas, tomando como base a natureza do interesse afeto a cada uma delas”.³⁸

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 955.

³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 955.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 701.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 953.

Destarte, à União competem as matérias de interesse geral ou nacional (CF, art. 21); aos Estados-membros competem os temas de interesse regional (CF, art. 25, § 1º); aos Municípios competem os assuntos de interesse local (CF, art. 30, I); e ao Distrito Federal compete a temática de interesse regional e local (CF, art. 32, §1º).³⁹

Analisando a questão, com a técnica que lhe é peculiar, Ives Gandra Martins afirma que “*a saúde é, todavia, no elenco das finalidades a que o Estado está destinado a dedicar-se, talvez, a mais relevante e que mereça atenção maior*”.⁴⁰ Não obstante, observa-se que atualmente, no Brasil, tal entendimento não tem sido acolhido pelos administradores públicos, haja vista serem estes os responsáveis pela implementação de políticas públicas na área de saúde.

A competência legislativa pertinente à saúde pública, por sua vez, encontra guarida na norma do art. 24, inciso XII, da Constituição brasileira, que dispõe que “*competete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII – previdência social, proteção e defesa da saúde*”.⁴¹

De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco:⁴²

(...) a Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros. O art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente, incluindo uma boa variedade de matérias.

Prossegue o referido autor⁴³ afirmando que:

(...) a divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i. é, normas não exaustivas, leis quadros, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito-Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente. Na falta completa da lei com normas gerais, o Estado pode legislar amplamente, suprimindo a inexistência do diploma federal. Se a União vier a editar a norma geral faltante, fica suspensa a

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3, t. 1, p. 383.

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 884.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 884-885.

eficácia da lei estadual, no que contrariar o alvitre federal. Opera-se, então, um bloqueio de competência, uma vez que o Estado não mais poderá legislar sobre normas gerais, como lhe era dado até ali. Caberá ao Estado, depois disso, minudenciar a legislação expedida pelo Congresso Nacional.

André Ramos Tavares⁴⁴ pondera que:

(...) o art. 24 da Constituição brasileira indica o estabelecimento de um “condomínio legislativo” entre entidades federativas. Trata-se daquilo que a Constituição denominou como competência concorrente entre União, Estados-membros e DF. Compete a esses entes legislar, em caráter concorrente, ou seja, concomitantemente, sobre os temas ali elencados.

Na competência legislativa concorrente as normas gerais cabem à União, e aos Estados-membros cabem as normas particulares. Por isso a competência dos Estados membros é denominada complementar, por adicionar-se à legislação nacional no que for necessário. Também à União cabe legislar sobre normas particulares para seu âmbito.

Conforme anotado por Bulos,⁴⁵ a competência concorrente é:

(...) aquela em que mais de um ente federativo exerce o poder de legislar sobre certa matéria, ficando para a União a tarefa de fixar normas gerais. Daí ser adjetivada de concorrente, pois as entidades político-administrativas juntam-se para exercer ação comum, no intuito de contribuir e cooperar no trabalho legislativo.

Desse modo, segundo a regra do art. 24 da Constituição, a competência para legislar em matéria de saúde pública é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, devendo haver regulamentação geral a ser realizada pela União, ficando a cargo dos Estados e Distrito Federal regulamentar de forma específica.

1.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde foi criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis nº 8.080/90⁴⁶ e nº 8.142/90,⁴⁷ Leis Orgânicas da Saúde, com o objetivo de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando

⁴⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1162-1163.

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 956.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão que necessite dos serviços públicos de saúde, sendo os referidos serviços realizados de forma gratuita.

Conforme ponderado por José Afonso da Silva:⁴⁸

(...) o sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade.

Nesse segmento, insta frisar que o direito à promoção e à proteção da saúde constitui um direito coletivo.

Gilmar Ferreira Mendes,⁴⁹ por sua vez, salienta que:

(...) nos termos do texto constitucional, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade (art. 198).

Tecendo considerações sobre o Sistema Único de Saúde, André Ramos Tavares⁵⁰ afirma que:

(...) essas ações e serviços públicos de saúde devem intergrar-se em todo o território nacional, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo (art. 198, caput e inciso I, da CF), vale dizer, na esfera federal, estadual, distrital e municipal. Assim, a expressão “as ações e serviços públicos” de saúde têm como responsável o Poder Público, considerado em sentido amplo, englobando todas as entidades federativas.

Bem a propósito, o Sistema Único de Saúde constitui-se em importante ferramenta no que concerne à prestação dos serviços públicos de saúde. Registre-se, outrossim, que o SUS fora criado para atender à população de forma satisfatória, haja vista tratar-se a saúde de direito fundamental social extremamente valioso.

Como bem exposto por José Afonso da Silva,⁵¹ o Sistema Único de Saúde contempla:

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 698-699.

⁵⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 855.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 833.

(...) ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro.

Na lição de André Ramos Tavares:⁵²

(...) as ações e serviços públicos de saúde subsumem-se ao princípio do atendimento integral (art. 198, II), que é diverso do já mencionado acesso universal. Este se refere ao direito que, no caso, é atribuído a qualquer pessoa. Já o atendimento integral refere-se ao próprio serviço, que, no caso, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde. Portanto, não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não é permitido a este esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores.

Quanto ao tema, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁵³ asseveram que:

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

Destarte, tem-se que um dos pontos basilares do SUS consiste em sua descentralização, porquanto, por meio desta, aspectos regionais de cada região, em um país marcado pela heterogeneidade, são preservados.

O Sistema Único de Saúde é composto pelos centros e postos de saúde, hospitais – incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros, bancos de sangue, além de fundações e institutos de pesquisa. Por intermédio do Sistema Único de Saúde, todos os cidadãos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas Unidades de Saúde vinculadas ao SUS da esfera municipal, estadual e federal, sejam públicas ou privadas, contratadas pelo gestor público de saúde.⁵⁴

⁵² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 855.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de direito do consumidor. ano 17. n. 67. jul./set. 2008. p. 127.

⁵⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24627>. Acesso em: 04 jul. 2012.

O Sistema Único de Saúde tem como meta tornar-se um importante mecanismo de promoção da equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, independente do poder aquisitivo do cidadão. O SUS se propõe a promover a saúde, priorizando as ações preventivas, democratizando as informações relevantes para que a população conheça seus direitos e os riscos à sua saúde.⁵⁵

Prosseguindo, deve ser ponderado que, ao lado do Sistema Único de Saúde, a Carta de 1988 também determinou que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199, caput).⁵⁶ Nesse contexto, portanto, encontram-se inseridos os planos e seguros privados de assistência à saúde, regidos pela Lei 9.656/98.⁵⁷

Destarte, insta frisar o comentário de André Ramos Tavares⁵⁸ acerca do tema:

(...) a Constituição diferenciou entre “ações e serviços públicos de saúde” (arts. 197 e 198 da CF) e a “assistência à saúde” (art. 199 da CF), sendo esta livre à iniciativa privada. Aliás, a Constituição nem precisaria ter mencionado essa circunstância, já que se compreendem como monopólio estatal apenas as atividades expressamente consignadas nesses termos. Portanto, ainda que haja prestação de um serviço por parte do Poder Público, em caráter de obrigatoriedade (dever do Estado, diz a Constituição no art. 196), nem por isso resta afastada a iniciativa privada, que é, no tema, um princípio constitucional (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF). De qualquer forma, não resta dúvida que também a iniciativa privada pode dedicar-se à atividade destinada à saúde.

As diretrizes do SUS que autorizam a participação de instituições privadas na realização de serviços de saúde estão listadas na Lei Orgânica da Saúde, que, de acordo com o art. 3º, estabelece que:

(...) as instituições privadas deverão firmar convênio, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços, promoção da saúde à população, e contrato administrativo, quando o objeto do contrato for a mera compra de serviços.

Na sempre precisa lição de Gilmar Ferreira Mendes:⁵⁹

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24627>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 856.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 704.

(...) a possibilidade de atuação de entidade privada é uma boa solução a um sistema de saúde pautado pela descentralização e a escassez de recursos, em que a consequência imediata é a necessidade da busca por alternativas para sanar deficiências orçamentárias.

Ressalte-se, no entanto, que é proibida a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, porquanto o respeito à moralidade administrativa deve ser preservado pelo administrador público (CF, art. 199, § 2º).⁶⁰

Também é vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (CF, art. 199, §3º).⁶¹

O financiamento do SUS é previsto no § 1º do art. 198 da Constituição Federal, que estabelece que esse será viabilizado por intermédio de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes. Outrossim, o art. 55 do ADCT dispõe que *“até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”*.⁶²

Relevante apontar, quanto ao tema, que a Emenda Constitucional nº 29/2000 buscou tratar do assunto, estabelecendo recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.⁶³ A referida emenda à Constituição alterou a redação do art. 34, VII, e, passando a viabilizar a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a *“aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferência (...) nas ações e serviços públicos de saúde”*.⁶⁴ Registre-se, por oportuno, que tal dispositivo equiparou as áreas de saúde e educação no que concerne à vinculação do financiamento público.

⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁶³ BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

Frise-se, outrossim, que disposição análoga foi inserida na Constituição acerca da possibilidade de intervenção dos Estados nos seus Municípios e da União nos Municípios localizados em Território Federal (art. 35, III).⁶⁵

Ademais, registre-se que a Emenda nº 29 determinou o financiamento da saúde por meio de cada ente federativo, no entanto remeteu a uma lei complementar a regulamentação dos percentuais, dos critérios de rateio e das normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.⁶⁶

O estabelecimento desses critérios de financiamento somente veio a ser efetivado com o advento da Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012,⁶⁷ editada depois de um significativo período de controvérsias entre os entes federativos e a sociedade.

No que concerne à apuração da aplicação dos recursos mínimos definidos na Lei, não podem ser computadas “*despesas relacionadas com outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população*” (art. 2º, III). Conforme ponderado por Gilmar Ferreira Mendes:⁶⁸

(...) essa norma possui grande impacto na atuação dos gestores públicos, pois doravante, para alcançar o patamar mínimo de despesas em saúde, não mais poderão considerar desembolsos de outra natureza.

Prosseguindo, deve ser salientado que o art. 4º exclui do cálculo das despesas com saúde, por exemplo, o pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde (I), programas de merenda escolar (IV), ações de saneamento básico (V), limpeza urbana e remoção de resíduos (VI), ações de assistência social (VIII), obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde etc.

Como bem exposto por Gilmar Ferreira Mendes:⁶⁹

(...) ainda não se sabe os efeitos que critérios tão restritivos terão sobre a rede de saúde. Por um lado, tais restrições podem ampliar o financiamento do sistema em si, evitando desvios de recursos para outras áreas da ação pública, como

⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁶⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁶⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 04 jul. 2012.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 701.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 701.

tradicionalmente ocorria. Por outro lado, essas normas podem desestimular, por exemplo, ações de infraestrutura e saneamento básico que, como a própria Lei indica, contribuem para a melhoria das condições de saúde da população.

Em tempo de remate, nada mais resta senão consignar que o Sistema Único de Saúde deve receber especial atenção por parte dos gestores públicos, tendo em vista que os serviços públicos de saúde são extremamente necessários à população.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 REALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A opção constitucional brasileira, no que concerne à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º.

Conforme ponderado por Ingo Wolfgang Sarlet:⁷⁰

(...) a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como venham a lhe assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Na senda esposada, a dignidade da pessoa humana identifica um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas. Destarte, relaciona-se a dignidade humana tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade.

Bem a propósito, o constitucionalista português Jorge Miranda observa: “A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.⁷¹ Desse modo, qualquer causa que venha a cercear sua capacidade de decidir, sua vontade racional, representará uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Hodiernamente, muitos doutrinadores convergem em seus pensamentos, considerando que o princípio da dignidade humana é o princípio absoluto do direito, que faz com que todos os outros a ele devam obediência irrestrita. Esta é a posição assumida por Fernando Ferreira dos Santos,⁷² o qual assevera que:

(...) neste sentido, ou seja, que a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.

O entendimento de que o princípio da dignidade está presente nas demais manifestações de direitos fundamentais, indubitavelmente, encontra respaldo em parcela da doutrina. Nesse diapasão, Jorge Miranda⁷³ afirma que:

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4. p. 170.

⁷² SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999. p. 94.

⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4. p. 167-8.

(...) pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.

Conforme ideia anteriormente apresentada, “ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”.⁷⁴ Em outros termos, ainda que não esteja consignado expressamente nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo “dignidade da pessoa humana”, sua ideia poderá ser compreendida como presente.

Relevante apontar que o princípio da dignidade da pessoa humana agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem consignados na Constituição de 1988. No instante em que a Carta Magna proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Desse modo, o primado consolida o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do princípio em comento é amplo e pujante, contemplando valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). A observância da dignidade humana representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. Destarte, o princípio em análise reflete um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico encontra-se atrelado às liberdades públicas, em sentido amplo, abrangendo aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Contempla uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. Notório é o caráter instrumental do princípio, porquanto ele possibilita o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido a importância da dignidade humana.⁷⁵

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2001. p. 87.

⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 502.

Prosseguindo, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade de profissão (art. 5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a exegese de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui. Destarte, a dignidade da pessoa humana é a essência dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque o impregnou com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete.⁷⁶

Nessa ordem de considerações, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana reveste-se de importância vital no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto a observância do referido princípio no âmbito das relações jurídicas constitui-se em verdadeira diretriz do ordenamento jurídico pátrio.

A par disso, a relevância conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana justifica-se na medida em que a norma jurídica tem como destinatário o ser humano. Destarte, no universo das relações jurídicas estabelecidas pelo ser humano o resguardo ao princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma das mais nobres finalidades colimadas pela Constituição.

Fábio Konder Comparato,⁷⁷ inspirado no pensamento Kantiano, afirma que:

(...) a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse, pois o ser humano, e, de modo geral, todo ser racional, existe como uma finalidade própria, sem figurar como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante. Pela sua vontade racional, ao contrário das coisas, só a pessoa humana vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas coisas que ela própria edita. Logo, todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.

Destarte, conforme ponderado por Ricardo Maurício Freire Soares:⁷⁸

(...) o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos

⁷⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 502.

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

⁷⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.

Outrossim, insta frisar o comentário de Oscar Vieira⁷⁹ sobre o tema em debate:

(...) ao servirem de veículo para a incorporação dos direitos da pessoa humana pelo Direito, os direitos fundamentais passam a constituir uma importante parte da reserva de justiça do sistema jurídico, sobretudo pela abertura dos direitos fundamentais à moralidade, o que se verifica pela internalização de valores morais, como a dignidade humana. Uma sociedade que respeita os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana pode ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça.

A importância conferida ao princípio da dignidade humana é inconteste no atual cenário da sociedade humana, o que leva Ana Paula de Barcellos⁸⁰ a afirmar que:

(...) um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano, despontando a dignidade da pessoa humana como um axioma da civilização ocidental e talvez a única ideologia remanescente no início do novo milênio.

O sistema constitucional brasileiro foi também influenciado por essas ideias tendentes à emancipação do ser humano, mormente com o advento da Constituição Federal de 1988, porquanto esta surgiu em um contexto político-social de redemocratização do País, após o longo período autocrático da ditadura militar.

Conforme assinala Luís Roberto Barroso:⁸¹

(...) na Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais do Título I da Carta Magna, ao lado de outros importantes cânones ético-jurídicos correlatos, a saber: a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o princípio republicano (art. 1º); o princípio da separação de Poderes (art. 2º); os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º); e os princípios que orientam as relações internacionais, como a prevalência dos direitos humanos (art. 4º).

⁷⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37.

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 364.

Desse modo, uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade dos direitos fundamentais.

Ademais, a dignidade da pessoa humana figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento, a partir de uma interpretação teleológica da Carta Magna pátria, de direitos fundamentais implícitos, por força do art. 5º, §2º, que define um catálogo aberto e inconcluso de direitos fundamentais, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados que a República Federativa do Brasil seja parte.⁸²

A dignidade da pessoa humana serve de parâmetro também para a inteligência daqueles direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais, que, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão considerados hierarquicamente equivalentes às emendas constitucionais, convergindo, assim, as ordens jurídicas externa e interna para o primado de uma existência digna, a teor do que prescreve o art. 5º, § 3º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.⁸³

Como bem leciona Ingo Wolfgang Sarlet:⁸⁴

(...) não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, nesse sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência.

Destarte, constata-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de respeito ou abstenção ao Estado e aos particulares, mas também exige a realização de condutas positivas por agentes públicos e privados tendentes a efetivar e a promover a existência digna do indivíduo.⁸⁵

⁸² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136-137.

⁸³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 110.

⁸⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145.

A dignidade da pessoa humana figura como o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos fundamentais, porquanto a busca pela realização de uma vida digna direciona o intérprete do direito à necessária concretização daqueles valores essenciais a uma existência digna.⁸⁶

Nesse sentido, oportuna é a lição de Flavia Piovesan,⁸⁷ ao destacar a essencialidade desse princípio, quando salienta que:

(...) a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade axiológica de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências éticas de justiça de todo o sistema jurídico brasileiro.

Eis a razão pela qual a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo afirmada pela jurisprudência pátria, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, como referencial que serve de parâmetro para a interpretação de toda a normatividade jurídica constitucional e infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, as demais normas da Constituição e do resto da ordem jurídica não devem ser interpretadas em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. O sistema constitucional encontra coerência substancial partindo da dignidade da pessoa humana e a ela retornando, nela fundando a sua unidade material. Entre as múltiplas possibilidades de sentido de certo texto normativo, deve-se priorizar a que torne o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana mais eficaz, ao mesmo tempo em que cada norma jurídica se encontra mais bem fundamentada e legitimada quanto mais endossá-lo diante de um caso concreto.⁸⁸

Em tempo de remate, nada mais resta senão consignar que a realização constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana concretiza-se na medida em que o ser humano é respeitado em sua integridade físico-moral. Destarte, o respeito ao ser humano constitui o fundamento de validade do referido princípio e, outrossim, o critério de aferição de sua realização constitucional.

⁸⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146.

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54.

⁸⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147.

2.2 DESENVOLVIMENTO COMO ACESSO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS

Em princípio, antes de iniciar qualquer consideração, faz-se mister analisar alguns conceitos doutrinários sobre políticas públicas.

Conforme ponderado por Osvaldo Canela Junior:⁸⁹

(...) constituem políticas públicas todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais. Estabelecido o direito fundamental social, os Poderes Legislativo e Executivo, no âmbito de suas competências constitucionais, têm o dever de promover a sua irradiação formal e material. Para tanto, a própria Constituição estabelece núcleos constitucionais de irradiação, os quais norteiam a atividade das referidas formas de expressão do poder estatal.

Ainda de acordo com Osvaldo Canela Junior:⁹⁰

(...) é função precípua do Poder Legislativo e do Poder Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Por tal razão, gozam essas formas de expressão do poder estatal de ampla liberdade discricionária, mesmo porque são grandes as variáveis lógicas para a irradiação dos direitos fundamentais sociais. Estas variáveis, entretanto, devem sempre observar os parâmetros do núcleo de irradiação.

Prossegue o referido autor afirmando que:⁹¹

(...) o Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas.

E acrescenta o jurista:⁹²

(...) as políticas públicas executadas pelos Poderes Legislativo e Executivo vinculam-se à realização dos objetivos fundamentais do Estado, em especial à satisfação espontânea dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais

⁸⁹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147-148.

⁹⁰ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

⁹¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

⁹² CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151.

sociais. O Estado está obrigado à satisfação daqueles bens da vida, de forma que as políticas públicas são o veículo apropriado para tanto.

(...)

Os direitos fundamentais sociais amparam os bens da vida que, por sua dimensão social, constituem grandes temas políticos nacionais, tais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Pela sua magnitude e essencialidade à vida em sociedade, tais temas já são amplamente discutidos no cenário político brasileiro e objeto de contínuas políticas públicas. Trata-se de demandas naturalmente endereçadas pela sociedade ao corpo político.

Conforme consignado por Maria Paula Dallari Bucci:⁹³

(...) política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Ainda de acordo com a autora:⁹⁴

(...) as políticas públicas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que se desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas.

Prosseguindo, deve ser ponderado que Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁵ conceitua políticas públicas como:

(...) conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional, ou legal, sujeitando-se ao controle judicial amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

⁹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-51, p. 39.

⁹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252.

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 753 e segs.

Como se percebe, o conceito de políticas públicas pressupõe modelos de “ações”, “programas” ou “atividades” públicas, evidenciando o comprometimento de todas as funções do Estado com a realização das metas de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Desse modo, não há, *a priori*, exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para promoção e efetivação dessas políticas, uma vez que a Constituição Federal dá a direção e regula a atuação do Estado, assim compreendido na totalidade dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

A eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos. Isto é verdadeiro especialmente no campo dos direitos sociais, como saúde, educação e previdência, em que as prestações do Estado resultam da operação de um sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política pública efetiva e bem-sucedida.⁹⁶

Não adianta somente criar políticas públicas de saúde. É importante que a população em geral tenha acesso a estas políticas públicas. Este debate é bem mais amplo e pode considerar a necessidade de transportes públicos que contribuam para o acesso aos centros de atendimento. Trata-se, neste caso, de uma medida paliativa, já que o ideal é que pelo menos as cidades polos tenham seus próprios “hospitais regionais” em condições de atender adequadamente aqueles que procuram tal unidade de saúde.

Esposada tal compreensão, assimila-se, com naturalidade, que a ideia de desenvolvimento como acesso às políticas públicas pode ser explicada a partir da constatação de que países mais desenvolvidos possuem melhores condições de propiciar aos seus cidadãos o acesso às políticas públicas nas mais diversas searas.

2.3 COOPERAÇÃO ENTRE AS ESFERAS GOVERNAMENTAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

⁹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 249.

O dispositivo constitucional determina que, para além do direito fundamental social à saúde, há o dever de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196 da Constituição Federal. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, conforme consignado no art. 23, II, da Carta Política.⁹⁷

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia desse direito fundamental social devem-se prioritariamente a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de existência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

Deve ser ressaltado que o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos (dimensão coletiva). Nesse cenário, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento.

A competência para cuidar da saúde foi definida como comum dos entes da federação. O art. 23, II, da Constituição, prevê que União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade.⁹⁸

A Emenda Constitucional n. 29/2000 buscou dar um norte ao assunto, ao estabelecer recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.⁹⁹ Alterou a redação do art. 34, VII, *e*, passando a ser possível a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências (...) nas ações e serviços públicos de saúde”.¹⁰⁰

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

⁹⁹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

Disposição análoga foi inserida na Constituição sobre a possibilidade de intervenção dos Estados nos seus Municípios e da União nos Municípios localizados em Território Federal (art. 35, III).¹⁰¹

A Constituição de 1988 adotou a sistemática preconizada pelo federalismo cooperativo, em que o Estado, permeado pelos compromissos de bem-estar social, deve buscar a isonomia material e atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas. Para tanto, foi dado destaque à distribuição de receitas pelo produto arrecadado e ampliada a participação de Estados e Municípios na renda tributária.

Além da criação de fundos públicos e do federalismo cooperativo como forma de combate aos desequilíbrios regionais, a Carta Constitucional também destaca o planejamento, favorecendo-se a execução de políticas públicas no longo prazo. É o que se depreende do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal (“Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”).¹⁰²

A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 196 e 197, declara ser a saúde:¹⁰³

(...) 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, serviços e ações que são de relevância pública.

O Pretório Excelso já teve a oportunidade de consignar que constitui dever do Estado a prestação de assistência à saúde, garantindo o acesso universal e igualitário dos serviços e ações de saúde. Confira-se, a respeito, o seguinte julgado.¹⁰⁴

(...) o art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele.

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

¹⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 226.835. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ de 10/03/2000. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

Na senda esposada, afirmar que a saúde é *dever do Estado brasileiro*, ou seja, da República Federativa do Brasil, não significa que os entes federativos encontram-se isentos de responsabilidade no tocante à prestação dos serviços públicos de saúde.

A par disso, cabe aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios “primar pela consecução de políticas públicas úteis à manutenção da saúde integral do indivíduo”.¹⁰⁵

Uadi Lammêgo Bulos¹⁰⁶ bem compreendeu o tema relativo à saúde ao afirmar que:

(...) embora o art. 196 esteja vazado em norma programática, o direito expressivo e universal que prevê não pode ficar postergado, e por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, pois esse campo é incompatível com a indiferença, a acomodação, a omissão, a ignorância, a complacência e o conformismo.

Os Poderes Públicos, incumbidos de concretizar as normas programáticas previstas na Constituição, devem levar em consideração que “*todos merecem tratamento isonômico, condizente com o atual estágio da ciência médica*”.¹⁰⁷

Por tal motivo, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo aos órgãos governamentais dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de Direito Privado (CF, art. 197).

Em precedente originário do Supremo Tribunal Federal tais questões foram detidamente analisadas:¹⁰⁸

(...) a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Toda a sociedade precisa viver dignamente e o Estado tem papel primordial no cumprimento deste princípio constitucional tão importante. Deve ser consignado, por

¹⁰⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 1.538.

¹⁰⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 1.538.

¹⁰⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 1.539.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 267.612. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 23/08/2000. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

oportuno, que o direito à saúde integra o direito à vida, possuindo o Poder Público a responsabilidade de proporcionar a cada cidadão o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no caput de seu art. 5º, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida. Outrossim, o diploma constitucional consagra, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar, constituindo-se, ademais, em fundamento do Estado brasileiro.

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, cabendo ao ente estatal garanti-la por intermédio de políticas sociais e econômicas que tenham como escopo a redução de enfermidades. Relevante apontar que “*o direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam*”.¹⁰⁹

Anote-se, a título de reforço de argumentação, que:¹¹⁰

(...) as ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Deve ser reiterado o entendimento de que a saúde constitui-se em um bem extremamente relevante à vida humana. Destarte, o direito à saúde deve orientar-se pelo princípio de que, nos casos de doença, cada indivíduo deve ter o direito a um tratamento condigno, levando-se em conta o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica. Diga-se, por oportuno, que o referido comentário funda-se na ideia de que se o direito à saúde encontrar-se destituído dos atributos da universalidade e da igualdade restará prejudicado o valor consignado ao bem jurídico em comento, qual seja, a saúde.

É certo que a Constituição de 1988 estabelece que o direito à saúde é fundamental ao cidadão e, dessa forma, cabe ao Estado promovê-lo mediante a implementação de políticas públicas que garantam o acesso à saúde de forma universal e igualitária, porquanto o ente estatal deve pautar-se pelo primado da justiça social.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 833.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 833.

Nessa ordem de considerações, os entes da federação possuem o dever constitucional de garantir o direito à saúde, possibilitando aos cidadãos, independentemente de sua condição econômica, o acesso integral, gratuito, universal e igualitário aos serviços de saúde.

Em tempo de remate, nada mais resta senão afirmar que o Estado não deve ser omissivo no seu dever constitucional de promover o direito à saúde. Desse modo, cabe aos administradores públicos a missão de garantir a todos, indistintamente, o direito à saúde previsto na Carta Magna.

2.4 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE X CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

O constitucionalismo social trouxe consigo a ideia de que o Estado deveria proporcionar melhores condições de vida aos seus cidadãos, garantindo a estes o acesso aos meios necessários a uma vida digna. Nesse contexto insere-se a discussão acerca de constituição dirigente, sendo este tema profundamente debatido por constitucionalistas consagrados.

Conforme ponderado por Luís Roberto Barroso:¹¹¹

(...) das origens até os dias de hoje, a ideia de Constituição – e do papel que deve desempenhar – percorreu um longo e acidentado caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.

Ainda de acordo com Luís Roberto Barroso:¹¹²

(...) em alguns países essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a consequente redução

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107-108.

do campo reservado à deliberação política majoritária. Essa ampliação do espaço constitucional passou a ser amplamente questionada a partir do quarto final do século XX, na onda de uma intensa reação política pela redução do tamanho do Estado, pela desregulação e pela volta ao minimalismo constitucional do liberalismo.

Paulo Bonavides¹¹³ formula seu entendimento com base na ideia de norma programática ao afirmar que:

(...) de todas as normas constitucionais a programática é indubitavelmente aquela cuja fragilidade mais suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto cômodo à inobservância da Constituição.

Prossegue o referido autor¹¹⁴ anotando que:

(...) não se deve por outro lado esquecer que a programaticidade das normas constitucionais nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas.

E acrescenta o jurista:¹¹⁵

(...) em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações.

Nesse contexto, Paulo Bonavides¹¹⁶ traz o conceito de norma programática oferecido por Crisafulli:

(...) nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 254.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 254.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 255.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 257.

de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.

Quanto ao tema em comento, Paulo Bonavides¹¹⁷ encerra a discussão nos termos seguintes:

(...) no presente estado da doutrina, pelo menos da melhor doutrina, à qual aderimos, as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete, como pretendiam Piromallo e outros constitucionalistas antigos e contemporâneos, habituados a reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária.

A ideia de Constituição dirigente surge com José Joaquim Gomes Canotilho. Conforme ponderado por Uadi Lammêgo Bulos:¹¹⁸

(...) pretende a constituição dirigente, como o próprio nome indica, dirigir a ação governamental do Estado. Propõe que se adote um programa de conformação da sociedade, no sentido de estabelecer uma direção política permanente.

Conforme ponderado por Bulos, a Constituição dirigente “significa que o texto constitucional seria uma lei material, para preordenar programas a serem realizados, objetivos e princípios de transformação econômica e social”.¹¹⁹

Conforme consignado por Bulos:¹²⁰

(...) a ideia de Constituição dirigente, muito própria dos juristas de inspiração ideológica socialista, portanto, diverge daquela visão tradicional de constituição, que a concebe como lei processual ou instrumento de governo, definidora de competências e reguladora de processos.

Assim, de acordo com Bulos, “no sentido dirigente, a constituição é o ‘estatuto jurídico do político’, o plano global normativo de todo o Estado e de toda a sociedade, que estabelece programas, definindo fins de ação futura”.¹²¹

Ainda de acordo com Bulos:¹²²

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 258.

¹¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 109.

¹¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 109.

¹²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 110.

¹²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 110.

¹²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 110.

(...) a constituição dirigente pressupõe uma filosofia de ação incompatível com qualquer teoria positivista. Seu problema central situa-se no âmbito da filosofia prática e da estratégia da política de justiça, é dizer, da institucionalização jurídico-constitucional dos critérios fundamentais do justo comum e da política justa.

Prossegue o referido autor¹²³ afirmando que:

(...) mas o grande dilema da constituição dirigente reside na discussão do que ela deve e pode ordenar aos órgãos legislativos. Os debates gravitam em torno do modo de agir do legislador no cumprimento regular, adequado e oportuno das imposições constitucionais (J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. p. 11, 69 e 257).

E acrescenta o jurista:¹²⁴

(...) a ideia de constitucionalização dirigente convém evoluir, haja vista os fenômenos da supranacionalização, a exemplo do Mercosul e da Comunidade Europeia. Nos dias atuais, o seu estudo poderia ser encarado sob o prisma do Direito Comunitário, donde talvez fosse apropriado falarmos em Direito Comunitário dirigente e vinculação do legislador, como reconheceu o próprio Gomes Canotilho (J. J. Gomes Canotilho, *Brançosos e inconstitucionalidade; itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional*, p. 222 e s.).

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹²⁵ a Constituição dirigente:

(...) seria a Constituição que estabeleceria um plano para dirigir uma evolução política. Ao contrário da Constituição-balanço que refletiria o presente (o ser), a Constituição programa anunciaria um ideal a ser concretizado. Esta Constituição-dirigente se caracterizaria em consequência de normas programáticas.

Conforme consignado por Marcelo Neves:¹²⁶

(...) mas é através das chamadas “normas programáticas de fins sociais” que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional apresenta-se de forma mais marcante. Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao welfare state proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como um álibi para os agentes políticos.

¹²³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 110.

¹²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 110.

¹²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

¹²⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 115-116.

Prosegue o autor¹²⁷ afirmando que:

(...) a constitucionalização simbólica de orientação social-democrática é restabelecida e fortificada com o texto constitucional de 1988. Com o esgotamento do longo período de “constitucionalismo instrumental” autoritário iniciado em 1964, a identificação simbólica com os valores do constitucionalismo democrático deixou de ser relevante politicamente apenas para os critérios do antigo regime, passando a ser significativa também para os grupos que lhe deram sustentação. À crença pré-constituente na restauração ou recuperação da legitimidade estava subjacente um certo grau de “idealismo constitucional”. O contexto social da Constituição a ser promulgada já apontava para limites intransponíveis à sua concretização generalizada. Nada impedia, porém, uma retórica constitucionalista por parte de todas as tendências políticas; ao contrário, parece que, quanto mais as relações de poder afastavam-se do modelo constitucional social-democrático, tanto mais radical era o discurso constitucionalista.

A par dos conceitos doutrinários trazidos à baila pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os direitos fundamentais sociais, caracteriza-se por ser uma Constituição dirigente, porquanto estabelece metas a serem atingidas no que concerne à saúde pública. No entanto, o descaso do Poder Público com as demandas sociais, mormente com relação à saúde, acaba por tornar as normas constitucionais vazias de significado, surgindo o que se denomina de Constituição Simbólica.

¹²⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 183.

3. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

3.1 OMISSÕES DO ESTADO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

Conforme a previsão contida no artigo 6º, caput, da Constituição Federal, seguida de disposições específicas nos artigos 196 a 200, o direito à saúde constitui direito fundamental social de todo e qualquer cidadão, devendo ser prestada de forma integral, gratuita, universal e igualitária. A par disso, o cidadão possui o direito público subjetivo de obter assistência à saúde por parte do Poder Público.

Bem a propósito, a Constituição declara que todos têm o direito à saúde, e o Estado possui o dever de prestá-la. No entanto, a realidade está a demonstrar que esta premissa não vem se concretizando nos moldes delineados no diploma constitucional.

Esporadicamente, os meios de comunicação divulgam notícias que evidenciam situações de omissão do Poder Público no seu dever constitucional de prestar os serviços públicos de saúde. Anote-se, a título de reforço de argumentação, que os exemplos desse descaso com os cidadãos que necessitam das prestações desses serviços de saúde vão desde o aumento das filas nos hospitais públicos até a recusa em prestar fornecimento de medicamentos e determinados tratamentos médicos. Desse modo, destacam-se o fornecimento de medicamentos de alto custo e uso contínuo, e a fila de quem aguarda por tratamentos de saúde.¹²⁸

O atual cenário da saúde pública no Brasil gera insegurança na população, porquanto os serviços públicos prestados nessa seara, considerando de forma geral, são executados de maneira precária. O sistema público de saúde apresenta-se insuficiente frente à

¹²⁸ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037&revista_caderno=9>. Acesso em 29 ago. 2012.

atual demanda, gerando um descontentamento na população que necessita das prestações estatais nessa área. Destarte, Marcus Vinícius Polignano¹²⁹ afirma que:

(...) a crise do sistema de saúde no Brasil está presente no nosso dia a dia podendo ser constatada através de fatos amplamente conhecidos e divulgados pela mídia, como: filas freqüentes de pacientes nos serviços de saúde; falta de leitos hospitalares para atender a demanda da população; escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência; atraso no repasse dos pagamentos do Ministério da Saúde para os serviços conveniados; baixos valores pagos pelo SUS aos diversos procedimentos médicos-hospitalares; aumento de incidência e o ressurgimento de diversas doenças transmissíveis; denúncias de abusos cometidos pelos planos privados e pelos seguros de saúde.

Na verdade, a Constituição Federal impõe ao Estado uma série de atribuições, principalmente na seara dos direitos fundamentais sociais, sem, no entanto, levar em consideração que a implantação das políticas públicas sociais que concretizam os direitos desta natureza carece de recursos financeiros que nem sempre o Estado consegue dispor. Por tal razão, a disparidade entre a realidade e o garantido constitucionalmente é tão evidente. Outrossim, merece destaque a questão do custo dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à saúde, porquanto este fator relaciona-se com o modo de prestação desse direito por parte do Estado.

Destarte, levando-se em consideração as omissões do Estado brasileiro em matéria de saúde pública, pode-se afirmar que ocorre um flagrante desrespeito à Lei Maior de 1988, notadamente ao art. 196, devido a sua não observância, o que conseqüentemente dá ensejo ao problema da efetivação do direito à saúde conforme os parâmetros traçados na Constituição.

Desse modo, um sistema de saúde que foi instituído com a finalidade de assegurar gratuitamente, integralmente, universalmente e de forma igualitária os serviços públicos de saúde, transforma-se em um programa assistencial que não consegue atender a população de forma satisfatória.

Hodiernamente, a assistência à saúde é proporcional ao volume de recursos financeiros possuídos pelo indivíduo e seus familiares, em termos particulares. Assim, as condições de atendimento serão proporcionais ao poder aquisitivo de cada um. Assim, se o cidadão não possui condições financeiras para custear um plano de saúde privado, ele depende única e exclusivamente da assistência prestada pelo Estado.

¹²⁹ POLIGNANO, Marcus Vinícius: **História das políticas de saúde no Brasil – Uma pequena visão**. Disponível em: <[http://www.ebah.com.br/historia-das-politicas-de saude-no-brasil-uma-pequena-visao-doc-a24057.html](http://www.ebah.com.br/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-uma-pequena-visao-doc-a24057.html)>. Acesso em 29 ago. 2012.

No geral das vezes, as pessoas que possuem melhores condições financeiras recorrem a empresas particulares com o desiderato de obter uma assistência de saúde digna. No entanto, a realidade de muitos cidadãos brasileiros não permite que estes possam arcar com as mensalidades de um plano privado de saúde.

Nada justifica o descaso no sistema de saúde pública no Brasil, já que os encargos tributários suportados pelos brasileiros são destinados, dentre outros fins, à gestão deste sistema. E os recursos destinados a este propósito não são poucos.

Em tempo de remate, pode-se afirmar que as omissões na seara da saúde pública evidenciam que o Estado não está aparelhado suficientemente para atender todos os cidadãos que dependem de um serviço de saúde a ser prestado de forma integral, gratuita, universal e igualitária. Destarte, essa realidade obriga o Poder Judiciário, guardião da Lei Maior, a intervir, compelindo o Estado a cumprir com o seu dever constitucional de assistência à saúde.

3.2 O PAPEL DO PODER EXECUTIVO NA TAREFA DE PROMOVER O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE

Inicialmente, cumpre ressaltar que o direito à saúde, no Brasil, há de ser interpretado como um direito *prima facie*. Em realidade, o legislador constituinte optou por disposições normativas que exigem o protagonismo do legislador infraconstitucional e a atuação do administrador, cabendo a este a tarefa de promover o desenvolvimento do sistema público de saúde.

Nesse diapasão, é tarefa do legislador infraconstitucional e do administrador público configurar o direito à saúde de modo a proporcionar aos indivíduos a satisfação de suas necessidades básicas da forma mais ampla possível.

Mister sublinhar que, com a Constituição Federal de 1988, houve a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), cuja regulamentação, no plano infraconstitucional, ficou a cargo da Lei nº 8.080/90 e da Lei nº 8.142/90. A primeira, a dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes e, a segunda, a tratar da participação da comunidade na gestão do SUS e das transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Frente à disciplina da Constituição Federal de 1988, é o Sistema Único de Saúde (SUS), um “*sistema público, nacional e de caráter universal, baseado na concepção de saúde como direito de cidadania e nas diretrizes organizativas de: descentralização, com comando único em cada esfera de governo; integralidade do atendimento; e participação da comunidade*”.¹³⁰ Trata-se, pois, de um sistema de saúde que tem por objetivo assegurar acesso integral, gratuito, universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. É o que dispõe o § 2º do art. 1º da Lei nº 8.080/90, nestes termos:¹³¹

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A partir das diretrizes constitucionais constantes do art. 196 e seguintes, a Lei nº 8.080/90 regulamentou, detalhadamente, o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo os objetivos, as atribuições, os princípios e as diretrizes do sistema. Outrossim, tratou da organização, da direção e da gestão do sistema, da competência e das atribuições das três esferas federativas, bem como dos recursos financeiros, aí se incluindo a gestão, planejamento e orçamentos, além de contemplar outros aspectos igualmente relevantes.

De acordo com a Lei nº 8.080/90, o Sistema Único de Saúde (SUS) é “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.¹³² Outrossim, vale salientar que encontram-se incluídas nessa definição legal do SUS as ações e serviços prestados por instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos e de equipamentos para saúde.

Destarte, afigura-se correta a constatação de que não são poucos os objetivos que devem ser cumpridos pelo Poder Público, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS).

¹³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹³² BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

Prosseguindo, deve ser ponderado que as ações e prestações a cargo do Sistema Único de Saúde são marcadas pela complexidade e diversidade, sendo estas características reveladoras da preocupação do legislador com os aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde.

Nesse desiderato, a Lei nº 8.080/90, ao tratar das diretrizes que norteiam o SUS, previu que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS devem ser desenvolvidos em obediência ao princípio da integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Chegados a este ponto, pode-se afirmar, sem receio de errar, que, em substituição ao sistema público de saúde que vigorava sob o pálio da Constituição vencida, a Lei Maior de 1988 criou um sistema que, além de ser o único público, passou a deter a relevante missão de garantir a todos um acesso integral, gratuito, universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Bem a propósito, faz-se mister asseverar que as diversas competências do SUS e o orçamento público notoriamente limitado vêm impondo aos gestores do Sistema Único de Saúde (SUS) uma tarefa de constante priorização na aplicação de recursos públicos. Relevante apontar, por fim, que os administradores públicos devem ter a consciência de que a saúde constitui-se em bem jurídico fundamental à dignidade da pessoa humana, devendo, pois, receber tratamento destacado por parte do Poder Público.

3.3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DE OMISSÕES EXECUTIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

Hodiernamente, uma das atribuições jurisdicionais mais tormentosas consiste no controle da implementação das políticas públicas de saúde. No entanto, aqui se considera que o controle deve ser realizado, porquanto a força normativa dos preceitos constitucionais concernentes ao direito fundamental social à saúde, a garantia fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional e a proposta de controle mútuo entre os poderes são mandamentos constitucionais que devem ser realizados.

Há de ser anotado que tais projetos deverão, levando-se em consideração a escassez de recursos, traduzir escolhas alocativas, que revelarão juízos de ponderação efetuados pelos poderes competentes para o processo legislativo e resultarão na formação de políticas públicas que implementarão os direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à saúde. Relevante apontar que, em relação ao orçamento, Ricardo Lobo Torres bem afirmou-o como o “*documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos (...)*”.¹³³

Inicialmente, relevante destacar que a legitimidade do Poder Judiciário para intervenção decorre do próprio sistema constitucional. Com efeito, o próprio art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao estabelecer que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”,¹³⁴ legitima a possibilidade de intervenção do juiz, caso provocado.

Ademais, insta frisar que o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais deve ser preservado, visto que consiste no mínimo imprescindível para a dignidade humana. Adotando esse mesmo entendimento há a lição de Ana Paula de Barcellos, que, em relação às políticas públicas, asseverou que “*controlar as decisões do Poder Público nesse particular significará, e.g., concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas*”.¹³⁵

Bem a propósito, em relação ao direito à saúde conclui-se que seu conteúdo mínimo diz respeito às *demandas de primeira necessidade*, assim compreendidas aquelas imprescindíveis para a preservação da vida humana.¹³⁶

A atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, concedendo liminares e obrigando o Poder Público a fornecer gratuitamente medicamentos que não constam das listas do Sistema Único de Saúde, tem ocasionado fortes reações por parte de administradores públicos, da imprensa e de algumas associações da sociedade civil.

¹³³ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 278.

¹³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 45.

¹³⁶ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 290.

As demandas que chegam até o Judiciário, bem como as decisões judiciais têm por base o entendimento de que a saúde é um direito. Invoca-se o artigo 196 da Constituição, que define a saúde como “direito de todos e dever do Estado”.¹³⁷ O diploma constitucional afirma que é obrigação do Poder Público garantir esse direito “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.¹³⁸

Autoridades municipais, estaduais e federais, por sua vez, sustentam o argumento de que as decisões judiciais em sede de políticas públicas de saúde têm desorganizado o planejamento e as finanças dos municípios, dos estados e da União. Afirmando que a interferência judicial tem obrigado administradores públicos a redefinirem prioridades e a se deparar com uma situação de alteração na distribuição de recursos. Outrossim, alegam que, com os recursos que têm sido desviados para o cumprimento de decisões judiciais, seria possível realizar investimentos que beneficiariam um maior número de pessoas, tais como a construção de novos hospitais e unidades de pronto atendimento. Ademais, muitos sustentam a tese de que se trata de excesso de ativismo e que decisões judiciais dessa espécie acabam por privilegiar os que têm acesso à justiça, prejudicando a coletividade, uma vez que os recursos são limitados.

A despeito da maior ou menor exatidão no volume de ações e nos gastos decorrentes desse tipo de demanda, é indiscutível que o tema foi introduzido na agenda de debates, provocando discussões acirradas. Nesses embates estão em confronto o direito à saúde de um lado e a reserva do possível de outro. O direito à saúde é um direito fundamental social, e as normas dessa natureza têm aplicação imediata. Limites orçamentários, por sua vez, são constrangimentos fáticos que impedem a prestação de um serviço essencial como certamente é a saúde.¹³⁹

A escassez de recursos ou a ausência de respostas do Poder Público torna necessária a atuação do Judiciário no sentido de garantir o direito nos casos concretos que forem apreciados.

Nesse contexto, a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde tem provocado efeitos em várias dimensões, além da garantia de direitos consagrados na

¹³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹³⁹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 25.

Constituição e de firmar a presença pública do Judiciário. Um dos resultados é de natureza pedagógica, no sentido de forçar a Administração Pública a alocar mais recursos na área de saúde. Um outro seria o efeito demonstração, isto é, o estímulo a um maior número de demandas. Outro ainda foi mostrar a importância da atualização de protocolos referentes a doenças. Ademais, é muito provável que seria ainda maior o número de unidades federativas que não obedecem ao preceito constitucional que determina que os estados invistam no mínimo 12% de seus recursos em saúde pública.¹⁴⁰

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

3.4 LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM MATÉRIA DE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ATIVISMO DO JUDICIÁRIO?

Hodiernamente, não mais se considera a separação de poderes uma regra limitadora do controle jurisdicional de políticas públicas. Esse entendimento funda-se no fato de que todo poder é uno e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos que compõem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Destarte, funções típicas e atípicas são exercidas por todos os poderes integrantes da estrutura estatal.

Nesse cenário, nos casos em que há uma disfunção política no uso das atribuições de cada poder, poderá a questão ser levada ao Judiciário. Desse modo, caberá ao Judiciário aplicar o direito em cada caso concreto.

Conforme ponderado por Hermes Zaneti Jr.:¹⁴¹

¹⁴⁰ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 26-27.

¹⁴¹ ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 51-52.

O Poder Judiciário é, no modelo constitucional brasileiro, histórica e dogmaticamente, responsável pela harmonia e equilíbrio dos demais poderes. Não há falar de uma limitação de sua legitimidade em função de não serem seus representantes eleitos, de sua imparcialidade e de sua independência em relação às forças políticas. A uma, porque a legitimação deste poder decorre da força normativa da Constituição e das leis; a duas, porque o Poder Judiciário é inerte, necessitando sempre de um órgão ou ente legitimado que lhe provoque a atuação.

E acrescenta o jurista:¹⁴²

(...) o equilíbrio entre o Poder Judiciário e os demais decorre de suas limitações materiais e jurídicas, cingidas ao direito e à técnica da argumentação jurídica, por um lado, e à falta de recursos próprios para executar suas decisões, por outro.

O debate do fornecimento judicial de medicamentos tem origem na concessão de provimentos que determinam o pagamento, pelo Estado, de remédios e terapias que não constam nas listas do SUS. Nesses casos, não há qualquer previsão orçamentária e nem mesmo qualquer plano para que o Poder Público custeie as necessidades do paciente. Desse modo, a decisão judicial acaba impondo uma desordem nas contas da Administração Pública, causando prejuízo na seara das políticas públicas implementadas pelo Executivo.

Analisando o tema, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os limites básicos da intervenção judicial no trato das políticas públicas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, que questionou, justamente, a violação a preceito decorrente da não aplicação, na Lei de Diretrizes Orçamentárias, do mínimo necessário para as ações nas políticas públicas de saúde. Nesse julgado, ficou determinado que as decisões judiciais na seara das políticas públicas devem se pautar: (i) no mínimo existencial indispensável à vida digna de cada pessoa; (ii) na razoabilidade da pretensão exercida em face do Poder Público; (iii) na existência de disponibilidade econômico-financeira do Estado para cumprir o provimento almejado.¹⁴³ De regra, tais limites devem ser examinados no caso de dispensação de medicamentos e tratamentos médicos à população. Tudo considerado, faz-se necessário contextualizar o atual *status* dessa discussão.

O Supremo Tribunal Federal possuía um entendimento consolidado no sentido de que ao Judiciário era dado conceder ao jurisdicionado medicamentos e tratamentos de saúde,

¹⁴² ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 52.

¹⁴³ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 377-378.

em virtude da norma dos artigos 6º e 196 da Constituição, eis que tais previsões, longe de serem simples comandos dirigidos ao legislador infraconstitucional, revelavam verdadeiras normas de aplicabilidade imediata. Essa análise do Supremo servia de parâmetro para a jurisprudência nacional, e restringia-se à discussão acerca da aplicabilidade das normas constitucionais que dispunham sobre a saúde.

Tal entendimento era acompanhado pela maioria absoluta dos Tribunais do país. Vale salientar, por oportuno, que raros eram os magistrados que se preocupavam com o orçamento público.

A tendência, no entanto, foi modificada com a alteração do foco de análise para um outro ponto: não era mais necessária a afirmação do Judiciário como responsável pela atribuição de medicamentos e tratamentos médicos. A necessidade, agora, consistia em examinar quais eram os efeitos dessa intervenção judicial, mormente em relação ao impacto orçamentário das decisões jurisdicionais prolatadas nesse sentido. Com isso, a orientação do Supremo foi alterada: era preciso, antes de se conceder o medicamento pleiteado, verificar quais as consequências, para os demais cidadãos, de dada concessão. A nova orientação foi consequência, principalmente, do decidido na aludida ADPF nº 45.

Entretanto, nem sempre se teve essa consciência. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, possui precedentes no sentido de que a prestação de saúde pelo Estado deve ser provida pelo Judiciário independentemente da condição econômica. Destarte, necessitando o jurisdicionado de medicamento necessário para o combate de sua moléstia, deve o Poder Público providenciá-lo.¹⁴⁴

Bem verdade que a Constituição incumbiu o Estado do dever de prover medicamentos e tratamentos médicos ao povo, por meio de políticas sociais e econômicas que resguardem o acesso *universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Destarte, observa-se que há um dever constitucional que vincula o Legislativo, o Executivo e o Judiciário no sentido de distribuir universal e igualitariamente as ações e serviços na área de saúde. Em outros termos, pode-se afirmar que, no trato da saúde, há de se ter a máxima cautela para que não haja o privilégio de alguns em detrimento de outros tantos.¹⁴⁵

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 658/SC. Rel. Min. Luiz Fux. j. em 03/02/2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹⁴⁵ Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 380.

Por tal razão, as decisões judiciais que tratam da saúde passaram a considerar uma teoria nascida na Alemanha: a *reserva do possível*. Por ela, as prestações positivas do Estado devem ser dispensadas pelo Judiciário sempre que houver disponibilidade de recursos para tanto. Em não havendo tais recursos, a política pública não deve ser implementada pelo Judiciário, mas, antes, deve sê-lo por quem tem a primazia para fazê-lo: o Executivo.¹⁴⁶

Há de ser anotado que toda política pública, toda atuação estatal visando à promoção de direitos prestacionais exige alguma disponibilidade financeira.¹⁴⁷ Invariavelmente, a Administração alega falta de recursos para concreção de algum direito fundamental, deixando de cumprir com seus deveres constitucionais.

Prosseguindo, deve ser ponderado que a reserva do possível, em si mesma, pode representar um perigo na medida em que permite ao Poder Público escusar-se de cumprir suas obrigações definidas na Constituição, dentre as quais encontra-se a saúde. Desse modo, a limitação orçamentária deverá ser sempre demonstrada pelo Poder Público demandado. É por isso, também, que um outro paradigma deve informar a reserva do possível: é o *mínimo existencial*, conceito também previsto no julgado que serviu de parâmetro para a tutela jurisdicional de políticas públicas no Brasil.¹⁴⁸

O *mínimo existencial* constitui o núcleo básico de bens que devem ser entregues a cada pessoa para garantir sua existência digna. São bens como a educação fundamental, a saúde básica, o saneamento básico, a assistência social, o acesso à Justiça, o meio ambiente equilibrado.¹⁴⁹ Relevante apontar que, quanto a esses bens constitucionalmente assegurados pela Constituição, justamente para fazer valer o seu princípio maior, a dignidade da pessoa humana, não se pode alegar a reserva do possível. Destarte, a conclusão a que se chega é a de que o provimento jurisdicional que ultrapasse o prestígio ao mínimo existencial do paciente é excessivo e prejudicial à sociedade.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover:¹⁵⁰

¹⁴⁶ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 380-381.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: DPJ, 2009. p. 47.

¹⁴⁸ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**. n. 15. p. 128-146, 2006.

¹⁴⁹ SABINO, Marco Antonio da Costa *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 381.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 132.

(...) os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, ou núcleo duro, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana.

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica.¹⁵¹

Bem a propósito, vale salientar que é justamente esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente de lei ou de atuação administrativa.

Com pertinência, Ada Pellegrini Grinover¹⁵² assinala que:

(...) o mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.

Há de ser anotado que o *mínimo existencial* condiz com a saúde *básica*. Destarte, básico deve ser considerado o tratamento necessário não apenas para preservar a vida do paciente, mas, também, sua existência digna. Bem verdade que a medicina constantemente evolui e, desse modo, novos medicamentos e técnicas são desenvolvidos e colocados no mercado. O Poder Público, por sua vez, não acompanha a evolução da medicina, podendo-se constatar que em determinadas situações as novas terapias não são aprovadas pela ANVISA, não sendo incluídas nas listas de dispensação obrigatória, nada obstante, para alguns, tais terapias se incluam no conceito de *saúde básica*. Desse modo, relevante destacar um outro parâmetro encontrado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 45: a *razoabilidade*.

A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade.¹⁵³

¹⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248 e 252-253.

¹⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover “o princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.¹⁵⁴

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵⁵ afirmou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõem a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*) importando na justa medida entre os meios e o fim. Confira-se suas palavras:

(...) o princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.

(...)

O princípio da exigibilidade, também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’, coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.

(...)

c) Princípio da proporcionalidade em sentido restrito (‘*Verhältnismässigkeit*’)

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à ‘carga coactiva’ da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da ‘justa medida’. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

O princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade, tem sido amplamente reconhecido e aplicado pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme consignado por Ada Pellegrini Grinover:¹⁵⁶

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina. p. 264-265.

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 136-137.

(...) ainda sob a égide da Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, o Supremo aplicou o princípio da proporcionalidade, embora sem esse nome, como critério para a limitação de restrições de direitos, deixando assentado que as medidas restritivas de direito não podem conter limitações inadequadas, desnecessárias e desproporcionais. Referência expressa ao princípio, com a denominação “critério de razoabilidade”, ocorreu no voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alkmin, considerado o *leading case* em matéria de aplicação do princípio: ao manifestar-se sobre a Lei n. 4.116/62, que estabelecia exigências para o exercício da profissão de corretor de imóveis, ficou assentado que o legislador somente poderia estabelecer condições de capacidade respeitando o critério de razoabilidade, devendo o Poder Judiciário aferir se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público. E, em 1984, dois outros julgadores do Supremo pautaram-se pelo princípio da proporcionalidade: as Representações ns. 1.077 e 1.054, sendo relator o Ministro Moreira Alves.

Nesse contexto, pode-se concluir que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição.

Destarte, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer nos casos em que ficar demonstrada a ausência de razoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.¹⁵⁷

De acordo com a *razoabilidade*, o Judiciário sempre deverá avaliar, no caso concreto, qual a melhor solução, sob o ponto de vista da eficácia para o paciente jurisdicionado, com o menor dispêndio de recursos públicos. A solução mais razoável é a *proporcional*. Considerando que em tais casos existe a necessidade de atendimento a uma necessidade mínima do postulante (acesso ao medicamento), de um lado, e, de outro, a intromissão judicial no orçamento público, de outro, faz-se mister avaliar: (i) se tal medicamento ou tratamento é necessário para assegurar o mínimo existencial do paciente; (ii) se esse medicamento ou tratamento, sob o ponto de vista da razoabilidade, é o melhor para assegurar esse mínimo existencial com o menor impacto ao Erário.¹⁵⁸

Destarte, havendo dois medicamentos aptos a tratar determinada moléstia, sendo que um deles está incluído nas listas do SUS, e não o outro, o juiz deve decidir por conceder aquele que está contemplado pelas listas, porquanto deve existir um compromisso com o

¹⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138.

¹⁵⁸ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 382.

planejamento que fora realizado pelo Poder Público no âmbito de implementação da política pública de saúde.

O STF já decidiu que o Judiciário tem o poder de intervir em políticas públicas de saúde. Esse poder foi, recentemente, reafirmado. Novas decisões nesse campo têm parametrizado o entendimento da Corte sobre as políticas públicas de saúde. Analisando o tema, o então Presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, declarou que há dois momentos nessa discussão: o primeiro momento condiz com o fato de o medicamento estar assegurado ao jurisdicionado, por lei e por ações executivas: nesse caso, o jurisdicionado tem o direito subjetivo ao fármaco.¹⁵⁹

De fato, aqui parece ser o caso de simples falha do Estado, ao não atender corretamente à demanda que, afinal, já foi por ele, ao menos, vislumbrada, tanto que decidiu incluir os medicamentos nas listas de dispensação obrigatória. Outras situações, também tratadas pelo STF, são mais complexas, como, por exemplo, aquelas oriundas da opção ou da demora do administrador em não incluir o medicamento nas listas, ou pelo fato de o medicamento ser considerado experimental. No primeiro caso, o Judiciário pode analisar se o motivo da escusa do administrador é ou não adequado, ou se o novo tratamento deve ser incorporado ao SUS, desde que haja ampla instrução processual que prove ser o tratamento mais seguro e eficaz do que aquele contemplado pela política pública vigente, sob o prisma da constitucionalidade ou da legalidade; no segundo, o Poder Público não pode ser compelido a arcar com o medicamento experimental.¹⁶⁰

Os parâmetros do STF parecem adequados. De fato, as listas podem e devem ser questionadas, sendo esses questionamentos componentes essenciais para o aperfeiçoamento das listas. Em sentido contrário, medicamentos e tratamentos não registrados na ANVISA que, pela lei, não podem ser comercializados, por via de consequência também não podem ser concedidos pelo Estado.

Desse modo, percebe-se que o Judiciário não pode, a priori, conceder medicamentos ou tratamentos tidos por experimentais (aqueles não registrados na ANVISA). No entanto, considerando-se as situações em que esse medicamento não tenha sido aprovado no órgão regulamentar competente por uma questão meramente burocrática e se ele tiver a

¹⁵⁹ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 382-383.

¹⁶⁰ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 383.

eficácia comprovada o Judiciário pode, em uma situação emergencial, conceder, em caráter precário, o medicamento ou tratamento, tomando, em seguida, as providências necessárias para que os órgãos responsáveis avaliem a possibilidade de inclusão da terapia nas listas obrigatórias do SUS.

Destarte, nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito.¹⁶¹

Anote-se, ainda, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, que “o pressuposto e os limites acima indicados são necessários e suficientes para coibir os excessos na intervenção judicial em políticas públicas”.¹⁶²

No caso da saúde, uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde, que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público, sem observância da reserva do possível.¹⁶³

Tudo considerado, insta frisar que o pressuposto e os limites devem ser considerados pelo magistrado na análise de cada caso concreto. Desse modo, o Poder Judiciário atua em conformidade com os dispositivos constitucionais, assegurando aos cidadãos o direito fundamental social à saúde.

3.5 JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA EM MATÉRIA DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O posicionamento mais significativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 45-9, sendo

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 139.

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 140.

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 140.

representado pela decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que assim se manifestou:¹⁶⁴

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, 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” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

(...)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. (...)

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

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45-9. RTJ 175/1212-1213. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Nesse diapasão, percebe-se que a posição do STF, manifestada pelo Ministro Celso de Mello, é a de que são necessários alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas. Destarte, esses requisitos seriam: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Outrossim, registre-se o entendimento do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, após audiência pública nas STAs – Suspensões de Tutela Antecipada – 175, 178 e 244.¹⁶⁵

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, “de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada”.

Nessa ordem de considerações, assim se pronunciou o Ministro Gilmar Mendes:¹⁶⁶

(...) inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite a sua contestação judicial.

Prosseguindo, deve ser ponderado que o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 83/MG, sendo Relator o Ministro Edson Vidigal, assim se manifestou sobre o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde:¹⁶⁷

1. Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implementação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 658/SC. Rel. Min. Luiz Fux. j. em 03/02/2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos.

Destarte, conforme ponderado pelo Ministro Edson Vidigal, do Superior Tribunal de Justiça, é dever do Estado assegurar aos cidadãos o acesso universal e igualitário à saúde mediante a implementação de políticas sociais e econômicas. Outrossim, o não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, comprometer o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, a medicação, por médico para tanto capacitado. Assim, a tutela jurisdicional apenas impõe ao Estado o cumprimento de obrigação delineada na Constituição Federal, não sendo plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a prestação dos serviços públicos.

Outrossim, vale transcrever o seguinte julgado, também da alçada do Superior Tribunal de Justiça:¹⁶⁸

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO GRATUITA. DEVER DO ESTADO. AGRAVO REGIMENTAL.

1. Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196).

2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte.

3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos.

4. Agravo regimental não provido.

Registre-se, ainda, trecho de julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça:¹⁶⁹

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 658/SC. Rel. Min. Luiz Fux. j. em 03/02/2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 658/SC. Rel. Min. Luiz Fux. j. em 03/02/2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 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. Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Bem a propósito, vale a pena colacionar alguns julgados provenientes do Tribunal de Justiça de São Paulo:¹⁷⁰

APELAÇÃO CÍVEL N. 197.471.5/0-00

Comarca de Ribeirão Preto. Apelante: Prefeitura Municipal de Guatapará (e outro). Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

(...) No mérito, a assistência integral à saúde das pessoas necessitadas é obrigação constitucional e legal do Estado e do Município. Assegurar esse direito social ao cidadão não constitui ingerência do Poder Judiciário na Administração Pública, na medida em que apenas garante ao necessitado o direito à saúde.

Destarte, a assistência integral à saúde das pessoas necessitadas é obrigação constitucional imposta ao Estado. Assegurar a efetivação desse direito social ao cidadão não constitui ingerência do Poder Judiciário na Administração Pública, uma vez que apenas garante ao necessitado o direito à saúde.

APELAÇÃO CÍVEL N. 195.953-5/6-00

Comarca de São Paulo. Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Apelado: Ministério Público.

(...) A Administração Pública tem o dever de providenciar e aprimorar a excelência dos serviços prestados na área da saúde, que é a discutida nesta ação. Não se trata de intromissão na condução política da saúde, como afirma a recorrente. Há, sim, imperiosa necessidade de provocação do Poder Judiciário para garantir a aplicação das leis e impor ao Estado o cumprimento integral de suas obrigações.

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/EGov/Processos/Consulta/Default.aspx?f=2>>. Acesso em 29 ago. 2012.

Assim, a Administração Pública possui o dever de providenciar e aprimorar a excelência dos serviços públicos na área de saúde. Vale salientar que não se trata de intromissão do Poder Judiciário na condução política da saúde. A atuação do Judiciário nessa seara justifica-se na medida em que garante a aplicação das leis e impõe ao Estado o cumprimento integral de suas obrigações.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. 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 que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar (STF apud TJSP. 2005).

Desse modo, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

(...) seria verdadeiro contrasenso jurídico admitir que meras rotinas administrativas, idealizadas com o propósito de otimizar a prestação dos serviços de saúde pelo Estado, possam prevalecer sobre os interesses maiores da comunidade, destinatária destes serviços, fazendo-a refém dos procedimentos (STJ. 2003).

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que seria verdadeiro contrasenso jurídico admitir que meras rotinas administrativas, idealizadas com o escopo de otimizar a prestação dos serviços de saúde pelo Estado, possam prevalecer sobre os interesses maiores da comunidade, destinatária dos referidos serviços, fazendo-a refém dos procedimentos.

Em nada ameaça o princípio da isonomia, pois viabilizar o acesso das pessoas carentes aos medicamentos de que necessitem é já a observância e o implemento do princípio da isonomia (TJSP. 2004)

(...)

Depois, o fornecimento de remédio a um cidadão não impede que o Estado forneça-o também aos demais, cumprindo, assim, o preceito constitucional da isonomia. A saúde é direito de todos os brasileiros e dever do Estado (TJSP. 2004).

(...) E o reconhecimento da obrigação de fornecer os medicamentos requisitados para o tratamento do paciente em nada viola o princípio da isonomia – ao contrário, observa esse princípio ao viabilizar o acesso a eles pela pessoa necessitada, nada impedindo que a Administração os forneça, também, a outros necessitados (TJSP. 2004).

Destarte, o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde em nada ameaça o princípio da isonomia, porquanto viabilizar o acesso das pessoas carentes aos medicamentos é garantir a observância e o implemento do princípio da isonomia.

Outrossim, o fornecimento de remédio a um cidadão não impede que o Estado forneça as prestações de saúde aos demais indivíduos, cumprindo, assim, o preceito constitucional da isonomia. A saúde, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, é direito de todos e dever do Estado.

Há de ser anotado que diversos julgados provenientes dos tribunais brasileiros contemplam o direito à saúde, seja deferindo cuidados médicos preventivos, curativos e de reabilitação, seja concedendo tratamento ambulatorial, hospitalar intensivo e fornecimento de medicamentos.

Destarte, embora determinados julgados desbordem da razoabilidade, tem o Judiciário brasileiro contribuído decisivamente para a efetivação, promoção e desenvolvimento desse direito fundamental social, concretizando as promessas constitucionais.

4. CONCLUSÃO

O Estado Social de Direito refletiu-se na Constituição Federal de 1988. Tal constatação pode ser obtida levando-se em consideração que a Lei Maior tratou de estabelecer, ao lado das liberdades clássicas, um rol de direitos fundamentais sociais.

Destarte, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase no constitucionalismo brasileiro. A Carta Magna dispõe, em seu Título VIII, relativo à ordem social, sobre a saúde (Seção II), a previdência social (Seção III) e a assistência social (Seção IV), e, no capítulo III, sobre a educação (Seção I), a cultura (Seção II) e o desporto (Seção III). Nos respectivos capítulos, trata a Constituição da ciência e tecnologia, da comunicação social, do meio ambiente, da família, da criança, do adolescente, do idoso e, finalmente, dos índios. O direito ao trabalho é disciplinado nos arts. 7º ao 11.

A Constituição elevou a saúde à condição de “*direito de todos e dever do Estado*”, estabelecendo, ainda, que esse direito seria “*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”. A Carta Magna inscreveu em seu texto o direito à saúde e, ao mesmo tempo, asseverou que a sua garantia não se daria automaticamente. Nesse contexto, o legislador constituinte atribuiu ao Poder Legislativo e à Administração Pública o dever de formular e executar as políticas públicas de saúde.

Nesse contexto, as políticas públicas de saúde devem garantir aos cidadãos o acesso integral, gratuito, universal e igualitário às ações e serviços de saúde, configurando-se, desse modo, em mecanismos de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, a realização constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana concretiza-se na medida em que o ser humano é respeitado em sua integridade físico-moral, constituindo o princípio da dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme consignado no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Anote-se que o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para garantir aos cidadãos o direito fundamental social à saúde. Registre-se que esse controle não fere o princípio da separação de poderes.

Respeitando os limites delineados na Constituição, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas de saúde, porquanto o mínimo existencial deve ser garantido ao cidadão. Constituem limites à intervenção jurisdicional nessa seara a aferição da razoabilidade e a reserva do possível. Relevante apontar que o Judiciário pode exercer esse controle tanto para implementar, quanto para corrigir uma política pública equivocada.

Nesse diapasão, o juiz deve analisar cuidadosamente as questões concernentes ao tema, buscando informações da administração para poder proferir uma decisão justa, equilibrada e exequível.

A observância dos limites constitucionais faz-se necessária, sendo, outrossim, suficiente para coibir os excessos do Poder Judiciário nessa seara.

Ademais, insta frisar que a discussão não envolve apenas a concessão do bem postulado ao requerente da medida jurisdicional. Uma decisão nessa área, notadamente quanto ao fornecimento de medicamentos não contemplados nas políticas públicas de saúde existentes, sempre ocasionará impacto no orçamento público, obrigando a realocação forçada de recursos e, desse modo, prejudicando os indivíduos que se beneficiariam originalmente dos recursos do Estado.

O certo é que os pacientes destituídos de recursos, quando estiverem sendo prejudicados na garantia do mínimo existencial, podem buscar o Poder Judiciário com o intuito de obter os medicamentos e tratamentos de saúde de que necessitam. A Constituição Federal, em seus arts. 6º, 196, 197 e § 5º, XXXV, possibilita aos cidadãos a busca pelos seus direitos. No entanto, o Judiciário deve analisar tais pleitos com atenção, baseando-se nos parâmetros constitucionais e atentando para as consequências provenientes dessas decisões.

Não se pode olvidar que ao Executivo cabe definir as políticas públicas. O Executivo tem o domínio do orçamento público, e não o Judiciário. Destarte, a definição de políticas públicas de saúde é uma atribuição típica do Executivo, devendo intervir o Judiciário somente para garantir o direito do postulante, se for o caso.

As situações emergenciais necessitam de uma análise ainda mais detida por parte do Judiciário. Mesmo nesses casos, o Judiciário deve ter extrema cautela na concessão de um medicamento ou tratamento médico que não conste nas listas do SUS. Desse modo, o juiz deve estar bem informado para, assim, avaliar o caso adequadamente.

Tudo considerado, o Poder Judiciário deve outorgar direitos com Justiça, valendo-se, para tanto, de requisição de informações, documentos, designação de debates políticos, análise orçamentária, dentre outras medidas. O controle jurisdicional de políticas públicas de saúde deve pautar-se por decisões justas, equilibradas e exequíveis. Baseando-se nesses parâmetros o Judiciário estará realçando sua função institucional e efetivando o direito fundamental social à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037&revista_caderno=9>.

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

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 45.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3, t. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

_____. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais. São Paulo. ano 86. n. 737.
- _____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: DPJ, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**. n. 15. p. 128-146, 2006.

POLIGNANO, Marcus Vinícius: **História das políticas de saúde no Brasil – Uma pequena visão**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-uma-pequena-visao-doc-a24057.html>>.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de direito do consumidor, ano 17, n. 67, jul./set. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

