



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EMILENA RÚBIA DE MELO PORTO ALVES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A COMPETÊNCIA
DO PODER JUDICIÁRIO PARA DAR A ÚLTIMA PALAVRA
NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
BRASIL**

Salvador

2014

EMILENA RÚBIA DE MELO PORTO ALVES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A COMPETÊNCIA
DO PODER JUDICIÁRIO PARA DAR A ÚLTIMA PALAVRA
NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
BRASIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Carlos Eduardo Behrmann Rátis
Martins

Salvador

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

EMILENA RÚBIA DE MELO PORTO ALVES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A COMPETÊNCIA
DO PODER JUDICIÁRIO PARA DAR A ÚLTIMA PALAVRA
NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
BRASIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

À minha mãe, que antes de deixar este plano físico, cumpriu a sua missão de mãe, preparando, a mim e meus irmãos, para descobrirmos as nossas próprias missões...

AGRADECIMENTOS

Antes de qualquer outro agradecimento, devo agradecer a Deus pela permissão de cumprir mais esta etapa. As dificuldades são muitas e o exercício da fé e perseverança estiveram, estão e estarão sempre presentes.

À meu pai, Rubem, e meus irmãos Emilio, Luiza e Irbem, pois, ainda que não estejam por perto diariamente, sempre me deram a certeza de que tenho um “porto seguro”...

Ao meu amigo e orientador, Professor Carlos Rátis, que desde o primeiro momento, cursando a matéria Direitos Fundamentais, cumpriu o seu papel de Mestre, orientando, mostrando o caminho e mantendo a crença de que é possível colaborar para uma sociedade melhor, com mais educação e cidadania.

À minha amiga e coordenadora do serviço de fisioterapia do Hospital Santa Izabel, Diana Lessa, por tantos momentos em que precisei de apoio para cumprir as etapas desse novo projeto, agradeço imensamente!

Aos amigos que tive o privilégio de conquistar ao longo desse período na Faculdade Baiana de Direito. As pequenas vitórias saem do âmbito individual e passam a ser sentidas como se fossem nossas. Agradeço, do fundo do coração, porque sem o apoio e carinho de vocês esse caminho teria sido infinitamente menos prazeroso. Em especial devo agradecer a Emilia Tavares Cunha, Leon Oliveira, Lia Negrão, Pedro Rajo Cal, Lara Damasceno, Kalile Carmo e Jesaías Puridade que estiveram e continuam presentes na realização desse sonho.

Às minhas amigas e amigos que por tantas vezes precisei dizer não aos convites para reuniões, festas, viagens, aniversários ou simples encontros porque precisava cumprir mais esta etapa. Agradeço pela compreensão e pela incessante torcida de que tudo daria certo.

Aos amigos e amigas da turma 9A(2014.1) que estão vivendo comigo esse momento tão especial. Dividindo a ansiedade, compartilhando as expectativas e incentivando na construção desse trabalho. É essencial estarmos todos juntos vibrando na conquista pessoal de cada um, ter o sentimento de pertencimento acolhe todas as dificuldades de uma fase como esta, com tantos desafios pessoais a serem vencidos.

Aos professores da Faculdade Baiana de Direito que colaboram, cada um em sua área de atuação, para que a nossa formação técnica seja de boa qualidade. O meu agradecimento especial àqueles que, além da formação técnica, nos formam também como seres

humanos, que nos incentivam e nos enchem de esperança em podermos colaborar para uma sociedade mais harmônica e solidária.

Ao coordenador do CESAU - Centro de Apoio Operacional de Defesa da Saúde – Dr. Rogério Queiroz com quem tive o privilégio de conviver durante alguns meses e acompanhar, de perto, as inúmeras dificuldades e algumas vitórias na saúde pública estadual. Agradeço muito pela experiência vivenciada.

Aos funcionários da Baiana, que ao longo desse período, assumiram papéis especiais, deixaram de ser funcionários e tornaram-se anjos da guarda, em especial o meu agradecimento a Susã, Iônia, Tiago César, Cíntia, Renata e Carla.

E aos queridos amigos da biblioteca, sempre solícitos em nos ajudar na elaboração desse trabalho monográfico, incansáveis ao atender os nossos inúmeros pedidos de livros, artigos, periódicos...Adriana, Aécio, Carla e as demais meninas agradeço por todos apoios dispensados ao longo desse período.

Sementes do amanhã

Gonzaquinha

“Ontem um menino que brincava me falou
que hoje é semente do amanhã...

Para não ter medo que este tempo vai passar...

Não se desespere não, nem pare de sonhar

Nunca se entregue, nasça sempre com as mãos...

Deixe a luz do sol brilhar no céu do seu olhar!

Fé na vida Fé no homem, fé no que virá!

nós podemos tudo,

Nós podemos mais

Vamos lá fazer o que será”

RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico que aborda sobre a ineficiência do Estado no cumprimento de políticas públicas que efetivem a saúde pública no Brasil. Os direitos fundamentais são garantidos constitucionalmente no Estado Democrático de Direito, porém, no Brasil, vê-se ainda que nem mesmo o mínimo para o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana foi concretizado. A população que carece de bens materiais para prover uma saúde adequada, precisa que o Estado assuma o seu papel de provedor desse direito, porém, este não o faz, implicando em desrespeito a direitos como saúde e vida, que, além de serem direitos fundamentais, são constitucionalmente garantidos, e estão sendo negligenciados pelo Estado. Esse mesmo Estado que anuncia ser um Estado do Bem Estar Social comete falhas graves em relação ao atendimento a saúde para sua população. A falta de comprometimento e mesmo de planejamento podem ser as causas que levam a todo o caos a que a saúde pública brasileira vem vivenciando. Em pleno século XXI não são mais admissíveis que questões básicas como atendimento em emergências não sejam oferecidos com qualidade, ou ainda que procedimentos simples com partos normais não seja oferecidos às mulheres e muitas delas tenham seus filhos nas portas dos hospitais. Os poderes executivo e legislativo, num primeiro momento, são os poderes competentes para a implementação das políticas públicas no Brasil. Cada um exercendo sua competência deve cumprir esse papel. Porém, muito do que se vê são decisões políticas que não têm como motivação o bem estar da população, mas sim, o dinheiro público sendo utilizado para atender interesses de grupos econômicos e políticos-eleitores. Como opção para a implementação dessas políticas públicas e conseqüentemente o cumprimento dos direitos sociais fundamentais há a alternativa da população recorrer ao poder judiciário que, em sua origem, não tem sua competência originária nesta seara, mas que na falta de atuação dos demais poderes da república, surge como uma alternativa para que a tais direitos sejam implementados. Contudo, é importante refletir de que é responsabilidade não cabe apenas ao Judiciário, o trabalho deve ser feito de forma conjunta.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Saúde Pública; Políticas Públicas; Efetividade; Poder Judiciário.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
MS	Ministério da Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
DENASUS	Departamento Nacional de Auditoria do SUS
SNA	Sistema Nacional de Auditoria
CJ	Consultoria Jurídica
Siops	Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	15
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	23
2.2 NOMECLATURA PARA OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
2.3 CONCEITOS DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS	25
2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	27
2.5 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2.5.1 Os Direitos de Segunda Geração	31
3 DENSIDADE DO DIREITO À SAÚDE	33
3.1 APLICABILIDADE	33
3.2 A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE	34
3.3 A IMPLEMENTAÇÃO INEFICAZ DO DIREITO À SAÚDE	35
3.3.1 Justificativas Históricas	36
3.3.2 Teoria da Reserva do Possível	37
3.3.4 Teoria do Mínimo Existencial	37
3.4 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À SAÚDE	40
3.5 A LEGISLAÇÃO	41
3.5.1 Diretrizes Constitucionais	41
3.5.2 Legislação Infraconstitucional	44

3.6 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE	47
4 POLÍTICAS PÚBLICAS	51
4.1 ORÇAMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	55
5 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE	60
5.1 TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	63
5.2 ENTENDIMENTOS DOUTORINÁRIOS QUANTO A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	65
5.3 PONDERAÇÃO DE FATORES NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	69
6 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O grande motivador para que hoje este trabalho esteja encaminhado, foi um sentimento de angústia a alguns anos atrás, enquanto ainda trabalhava, como fisioterapeuta, na Unidade de Terapia Intensiva do Hospital Santa Izabel, Salvador.

Durante os plantões, via, da janela da UTI, a formação de longas filas, ainda na madrugada, muitas vezes sob chuva, de pessoas em busca de atendimento público de saúde. Essa angústia me fazia pensar que aquela situação não era digna a um ser humano. Esse sentimento motivou a busca pela mudança de rumo na vida profissional.

Este trabalho monográfico é fruto da inquietação quanto a percepção da falta de respeito ao ser humano. Não sabia, à época, da existência do princípio da dignidade da pessoa humana. Hoje sei que este se refere aquela dignidade, ou a falta dela, que percebia nas filas do SUS formadas nas madrugadas.

Escolhi pesquisar, analisar, refletir e entender sobre os direitos sociais, considerados como fundamentais e que são assegurados pela nossa Constituição Federal de 1988.

A Constituição elenca, no rol de direitos sociais fundamentais, além de outros direitos, como educação, moradia, seguridade social, alimentação e etc, também a saúde pública, que é parte do presente trabalho. Esses direitos são deveres do Estado na prestação de assistência à sociedade, ou seja, no Estado Democrático de Direito essa prestação positiva cabe ao Estado.

Início o trabalho com essa breve introdução esclarecendo de que forma o trabalho foi dividido para uma melhor compreensão do tema escolhido. Em seguida, no segundo capítulo abordo sobre os direitos fundamentais, considerando-os nas Constituições brasileiras. Opto por iniciar tal abordagem pelo período imperial, seguindo para a primeira constituição republicana e sigo até a mais democrática e social, pelo menos em tese, de todas as Constituições brasileiras, a Constituição Federativa do Brasil de 1988.

No terceiro capítulo, trato das questões relativas ao direito à saúde no Brasil. Sua aplicabilidade, natureza jurídica, as possíveis justificativas para a ineficácia de sua efetivação. Apresento as diretrizes constitucionais encontradas nos artigos da Constituição e nas leis mais marcantes que tratam da saúde pública, além de trazer parte do sistema da administração pública no que tange a estrutura do Ministério da Saúde(MS), e os órgãos que o compõem para organizar o sistema de saúde pública no Brasil. A estrutura desse sistema nos traz a esperança de que a possibilidade da promoção, proteção e recuperação da saúde pública é possível, necessitando apenas de que fatores alheios à estrutura organizacional sejam eliminados.

Considerando a premissa de que para os direitos sociais fundamentais serem implementados o Estado deve utilizar-se de instrumentos para alcançar este fim, no quarto capítulo faço uma abordagem sobre questões envolvendo políticas públicas. Essas são o meio através do qual o Estado deve prover à sociedade os direitos sociais fundamentais de forma concreta. Através delas, os poderes públicos podem e devem encontrar alternativas que serão necessárias à efetivação desses direitos. Abordo a questão da necessidade de união entre a ciência do Direito e da Economia para trabalharem conjuntamente visando o planejamento adequado das políticas públicas. A produção de orçamentos públicos é parte do planejamento necessário para atendimento das demandas que são essenciais para implementação dos direitos fundamentais. Associado a este fator, tem-se também a vontade política para que tais objetivos sejam alcançados.

Por fim, no quinto e último capítulo apresento o objeto, propriamente, deste trabalho. Abordo a relação existente entre o Poder Judiciário e a efetivação das políticas públicas de saúde. Na verdade, o Poder Judiciário que não tem, em sua competência originária, poderes para implementação de políticas sociais, no cenário de não efetivação desses direitos pela administração pública, acaba por assumir, ou lhe é imputado pela própria sociedade, o papel de defesa e implementação de tais políticas. Através da revisão judicial ele “relembra” à administração pública o seu dever de prestação positiva dos direitos fundamentais.

Este trabalho tem a intenção de refletir se essa tarefa de dar ao judiciário a última palavra, em relação à implementação dos direitos fundamentais, em específico, neste estudo, do direito fundamental à saúde pública, seria a alternativa para a efetiva implementação das políticas públicas de saúde? E, considerando que a

construção de um direito fundamental é algo dinâmico, sempre solicitando novas possibilidades de implementação, será que há a última palavra? São questões a serem pensadas pela sociedade.

A elaboração desse trabalho foi realizada tendo como suporte uma bibliografia doutrinária que aborda temas referentes aos direitos fundamentais, às políticas públicas, à atuação do poder judiciário na implementação dessas políticas, em especial às políticas públicas para a saúde. Além disso, também foi realizada consulta à legislação pertinente ao tema, tanto no âmbito constitucional, quanto infraconstitucional, somando-se também consulta a documentos jurídicos, e, ainda que não tenha sido opção desta monografia o estudo de casos concretos na jurisprudência, a escolha pela exposição de alguns julgados deu-se pois alguns conceitos mencionados, ao longo do trabalho, puderam ser melhor exemplificados através dessas fontes, visto que o tema está presente, com frequência nos tribunais do nosso país.

É importante ressaltar, que a elaboração do presente trabalho não tem a intenção de esgotar a discussão sobre o tema. Há a necessidade de contínua reflexão na busca de alternativas para que a implementação das políticas públicas de saúde possam atender à sociedade.

2. AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Considerando a formação do estado brasileiro, escolheu-se, neste trabalho monográfico, como marco inicial para a abordagem dos direitos fundamentais, o período do império.

A primeira constituição política do império do Brasil de 1824, nasceu sob orientação do Conselho de Estado, um órgão criado pelo então imperador, D. Pedro I, nas mãos de quem o poder moderador estava concentrado e assim, cabia a ele, “no exercício pessoal do Poder Moderador, resolver os conflitos envolvendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”(CUNHA JR, 2008, p.284). Destacando-se os direitos civis, houve menção ao direito à liberdade, segurança e propriedade, porém, nada contemplou quanto aos direitos, denominados, fundamentais.

Esse período permaneceu até 1891, quando foi proclamada a primeira constituição da república denominada Constituição da República Federativa. Neste documento, declarou-se a “República como forma de governo; o Federalismo como princípio constitucional de estruturação do Estado; a Democracia como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais.”(SILVA, 2011, p.55). Contudo, não havia um movimento político concreto no sentido de assegurar tais direitos ao cidadão, pois a questão social era tida como uma questão de polícia. Instalava-se nos “Estados Unidos do Brasil um período onde havia uma concepção política e doutrinária de um Estado Liberal”.(BONAVIDES, 2013 , p.377)

Com essa primeira Constituição da república, o Brasil inicia as duas primeiras décadas do século XX, um período pós-guerra e pós revolução industrial, em que os direitos sociais começaram a ser considerados, porém, sem muita ênfase. Eles ficaram evidenciados nas Constituições Mexicana(1917) e de Weimar(1919) que trazem em seus textos a referência aos clássicos direitos de defesa e as prestações estatais, que eram chamados de direitos sociais que “tomaram fôlego e acabaram por desenhar um perfil de Estado intervencionista, também chamado de *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social)” (ZANETI JR, 2013, p.39).

Associado as esses novos modelos de Constituições, aconteceu também a “quebra” da bolsa de Nova York em 1929, o que provocou influência na econômica brasileira.

Sob essa influência, em 1930, acontece a Revolução que levou Getúlio Vargas à presidência da república. Posteriormente, elaborou-se uma nova Constituição, a de 1934, conhecida como Constituição da República Federativa do Brasil, sendo a terceira constituição do país e segunda de república. Essa nova carta constitucional manteve o conteúdo da anterior no quesito dos “princípios formais fundamentais: a República, a Federação e a divisão de poderes” (SILVA, 2011, p.68). Tratava-se de uma constituição que transitava entre o Liberalismo e o Intervencionismo, pois diante de todo movimento econômico que acontecia, após a quebra da bolsa de Nova York, o país sofria forte influência de uma política liberal, adotada pelos EUA.

Porém, ainda que neste cenário, Getúlio Vargas tinha pretensões de “instaurar um Estado Social, que possibilitasse a todos uma existência digna” (SILVA, 2011, p.69). Assim, ao lado da clássica declaração dos direitos e garantias individuais, inscreveu um título envolvendo a ordem econômica e social, admitiu o voto feminino, definiu direitos dos trabalhadores e reconheceu os sindicatos autônomos e as convenções coletivas de trabalho. No geral, preocupou-se com a questão social, sendo esse diploma considerado como uma das constituições mais sociais que o país já teve até a constituição de 1988.

Entretanto, tal carta não durou muito, e, em 1937, Getúlio Vargas, após ser eleito pela Assembleia Constituinte, deu um Golpe e instaurou a ditadura, revogou a Constituição de 1934, dissolveu o congresso, e elaborou uma nova carta, na qual nada se considerou sobre os direitos fundamentais, apenas “reconheceu e assegurou os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, acentuando, porém, que deveriam ser exercitados nos limites do bem público”(SILVA, 2011, p.71). Esse período de 1937 a 1946 ficou conhecido como o período do “Estado Novo”, e sua Constituição ganhou o nome de “Polaca”, pois tinha como modelo a constituição polonesa.

O ditador foi deposto em 1945, quando começou a se pensar num novo processo de reconstitucionalização, visto que, no período ditatorial, a ideia de Constituição não foi efetivada materialmente, apenas existia a formalidade de um documento, mas, em essência, não havia a implementação de uma Constituição.

A Constituição de 1946 restituiu a democracia ao país, ainda que, uma democracia em processo de “amadurecimento”, mas, até aquele momento, foi considerada como

a mais democrática de todas as Constituições que surgiram no Brasil. Segundo palavras de José Afonso da Silva (2001, p.75), “ela regeu o período de maior liberdade democrática.”

Em seguida, aconteceu o Golpe Militar de 1964 e, nesse momento, o presidente da república, através da expedição de atos institucionais, mantém a ordem constitucional de 1946, mas impõe várias cassações de mandatos de parlamentares e inúmeras suspensões de direitos políticos. Tais imposições eram realizadas sob o fundamento de que o presidente da república é que detinha o poder constituinte, e assim, esse regime ditatorial seguiu transformando a Constituição em uma colcha de retalhos através da edição de inúmeros atos institucionais. Até que o presidente da república, titular do poder constituinte, determinou pela necessidade de uma nova carta constitucional que “além de uniforme e harmônica, representasse a institucionalização dos ideais e princípios da “Revolução”, como assim era conhecido o Golpe de 1964”(SILVA, 2011, p.78).

Em 1967, o Ato Institucional nº4, foi expedido convocando o Congresso Nacional para reunir-se extraordinariamente “a fim de discutir, votar e promulgar projeto de constituição, que o presidente da República tinha mandado elaborar” (SILVA, 2011, p.78).

Em 24.01.1967, foi promulgada a nova Constituição do Brasil, que se preocupava prioritariamente, com a segurança nacional e reformou, em termos mais nítidos, o sistema tributário nacional, e, entre outras alterações, reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais. Contudo, o Congresso Nacional, ainda que coagido e pressionado pelo tempo para aprovação da nova constituinte dentro do prazo estabelecido pelo presidente da casa, conseguiu refazer o projeto e recuperar as garantias dos direitos fundamentais e democráticos.

Contudo, em decorrência de um contexto de crises, a Constituição de 1964 durou pouco, e, em 1968, veio o mais marcante dos atos institucionais da época da ditadura, o Ato Institucional nº5, o AI-5. No dia 13.12.1968, ele foi imposto à população e ficou conhecido como a mais cruel de todas as imposições da Era Militar.

Com ele, rompe-se a ordem constitucional já pouco satisfatória de 1964, e com a edição da emenda constitucional 1, que, teórica e tecnicamente, na verdade, não era uma emenda à constituição, mas sim uma nova constituição que reformulava a constituição anterior, acrescentando a esta mais 24 emendas, configurou-se uma nova Constituição ainda mais centralizadora do poder nas mãos do executivo.

Essa era a Constituição de 1967/69 que revelava uma política autoritária, com um conteúdo social menos liberal que qualquer das anteriores, não demonstrava nenhum sinal de democracia e assim os direitos fundamentais e as garantias constitucionais sofreram inúmeras restrições.

Esse contexto dos atos institucionais foi caracterizado como um período de estado de exceção permanente, em que a ditadura foi instalada de forma imperativa pelos militares. Apenas em 1985, com a vitória das forças democráticas, novas eleições foram consideradas e elegeu-se um novo presidente, Tancredo Neves, ex-ministro da justiça no governo Vargas, considerado um grande negociador e que não pertencia a grupos políticos conservadores ou oligárquicos.

A partir de então, abrem-se novas perspectivas para um novo regime democrático no país, com a elaboração da Constituição Democrática do Brasil de 1988.

Com o fim do regime ditatorial, marcado por extremo desrespeito à liberdade e dignidade humanas, dá-se início a um novo regime democrático no âmbito social, econômico, jurídico e político. A possibilidade de uma nova Constituição trazia de volta ao povo o sentimento de participação legítima na formação de um país democrático. Esse sentimento havia sido plantado ainda na primeira fase do governo de Getúlio Vargas, mas ficou submerso durante todo o período da ditadura.

O idealizador do novo modelo de país foi Tancredo Neves, o primeiro presidente da república do novo regime democrático. Entretanto, ele não chegou a assumir o cargo, pois faleceu antes, e quem assumiu foi o vice presidente, José Sarney, um político de origens conservadoras. Ele pleiteou convocar uma assembleia constituinte, porém, na verdade, convocou o congresso constituinte. Com a emenda constitucional 26/85, a Câmara de Deputados e o Senado Federal, já existentes, compostos por deputados e senadores biônicos, ou seja, eleitos indiretamente, sem representatividade popular, todos indicados por um governo central, seriam os velhos constituintes a elaborar a nova carta constitucional brasileira.

Para essa nova constituinte foi introduzida uma nova metodologia que incluiu técnicas importantes para sua elaboração. Foram adotadas audiências públicas e a participação popular com a elaboração de 122 emendas populares com 12 milhões de assinaturas. Esse processo deixou claro que o povo, ainda que não tivesse eleito seus representantes, naquele momento, de alguma maneira, estava participando do novo processo democrático que se instalava, e, ao mesmo tempo, tomando consciência do quanto valioso é o exercício da cidadania, fato que certamente influenciou à época os constituintes para elaboração de uma constituição com um conteúdo social importante.

Entretanto, além dessa pequena, mas significativa participação popular, a nova constituinte contou com a presença de um forte poder: o poder corporativo. Este atuava junto aos constituintes em forma de *lobby*. Assim, as propostas populares foram aceitas, mas receberam formulações de eficácia limitada, enquanto que as propostas dos grupos corporativos asseguravam seus interesses de forma concreta e imediata.

Essa distinção entre normas de eficácia limitada e normas de eficácia imediata torna o estado democrático de direito, pós Constituição de 1988 um Estado pouco eficaz na garantia dos direitos fundamentais, posto que, considerando o que diz José Afonso da Silva (2007, p.82):

as normas de eficácia plena que seriam aquelas de aplicação imediata...incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais(ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.

Enquanto que as normas de eficácia limitada não regulam direta e imediatamente a matéria, na verdade, estas ficam a cargo do legislador ordinário que deve elaborar normas para regular as matérias afins, e assim, o planejado pelo legislador constituinte seja alcançado.

Daí, pode-se observar, que os direitos sociais fundamentais, especificamente o direito à saúde, a partir da Constituição de 1988, depende, num primeiro momento, do compromisso do legislador ordinário em editar normas que venham a regular ações que são necessárias à implementação e efetivação desses direitos. Tais

normas não são apenas comandos legais a serem editados. Na verdade, elas são imposições constitucionais e, ainda que não tenham um caráter de aplicação imediata, têm um poder de imperatividade junto ao legislador ordinário, devendo este legislar tendo como norte o princípio da legalidade.

E é com esse cenário que surgiu a Constituição da “nova república”, denominada Constituição da República Federativa do Brasil, rompendo com o passado, assumindo a condição de instrumento de realização dos direitos sociais fundamentais, considerando como princípio norteador das escolhas do legislador, tanto constitucional quanto infraconstitucional, o metaprincípio da dignidade da pessoa humana.

Confirmando a referida ideia, tem-se pronunciamento de Paulo Bonavides (2011), que diz que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.”

Assim, deve-se considerar que, para uma sociedade bem exercitar os princípios de sua Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, explícito na Constituição de 1988 em seu artigo 1º, III, sendo considerado como norteador dos demais princípios, e é no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra valores para conceder aos seus cidadãos todos os direitos necessários e permitidos neste documento.

Logo, é importante que se pense as atividades de um Estado Democrático de Direito tendo como foco o atendimento às necessidades de sua comunidade como um todo, coletivamente, e não apenas do ponto de vista individual, e esta conduta deve estar vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse novo diploma constitucional difere dos anteriores, pois, de alguma forma, privilegia a participação popular como tem que ser uma Constituição democrática. Entretanto, também deve-se ter em mente, que a Constituição de 1988 foi o resultado da síntese entre o poder conservador, que ficou evidenciado, quando o então presidente José Sarney convocou um congresso constituinte, e não uma assembleia constituinte, o que limitou, de certa forma, a verdadeira participação popular, tendo isto ficado evidente na escolha de que tipo de eficácia deu-se às normas constitucionais, visto que as normas referentes à saúde têm eficácia limitada, ficando à mercê do legislador infraconstitucional na edição das leis, e, num

momento posterior, à implementação das políticas públicas ficam sob responsabilidade dos gestores públicos, representando o poder executivo.

Assim, considerando que uma Constituição é a lei maior nos ordenamentos jurídicos ocidentais, e que contém normas impositivas, há uma natural expectativa por parte da população de que suas disposições sejam efetivamente concretizadas, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais fundamentais.

Tal sentimento não é diferente com relação à carta constitucional de 1988. Criou-se na sociedade brasileira a esperança de que uma Constituição que tem um caráter social forte, íntimo em muitos dos seus artigos, fosse garantir os direitos considerados como de segunda geração, como saúde e educação, de forma satisfatória, atendendo o mínimo necessário e considerando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma leitura da Constituição brasileira traz ao leitor que desconhece a realidade do dia a dia da população, a percepção de que tem-se neste país, um poder constituinte perfeito, que busca o ideal com relação aos direitos sociais fundamentais para a população. Porém, ao mesmo tempo, para esse mesmo leitor, a realidade encontrada no dia a dia da população, difere do ideal, podendo ele concluir que o poder constituído, exercido através do poder executivo e legislativo tem muito o que oferecer nas prestações positivas dos direitos sociais fundamentais.

Após, passados aproximadamente 26 anos, um país que tem uma Constituição considerada como uma das mais democráticas já elaboradas, não deveria mais enfrentar problemas simples na resolução da oferta de direitos fundamentais porém, na realidade, há uma ineficiência e lamentável engano nas prestações positivas pelo Estado.

Com dificuldades na efetiva concretização dos direitos sociais fundamentais postos em seu artigo 6º¹, a Constituição Federal de 1988 parece ter a pretensão de querer regulamentar toda a vida da população, porém, o que se vê diariamente, tanto nos grandes centros urbanos, como também no interior do país, é um poder executivo ineficiente na concretização de políticas públicas para implementação dos tão anunciados direitos sociais fundamentais.

¹ Art. 6º, CF/88. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Em seu livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, José Afonso da Silva, faz interessante referência ao comentário de Fábio Lucas, em que o autor compara as Constituições de 1934 e 1946, no que tange ao seu conteúdo social, mas que pode também ser aplicado aos dias atuais, com as devidas ressalvas, já que a efetivação dos direitos sociais fundamentais, na Constituição de 1988, ainda precisam, e muito, ocorrer:

O espírito é o mesmo e a inocuidade das medidas sociais prometidas é idêntica. Prometem-se mundos e fundos, mas tão-só naqueles artigos sem força mandamental, que funcionam apenas como vaga aspiração e que, na verdade, não passam de meros aforismos, meras frases de bom senso, mas inteiramente desprotegidos das providências legais que lhes dêem execução (SILVA,2007 p.146).

O ministro Luis Roberto Barroso, faz uma importante reflexão quanto a evolução histórica da implementação dos direitos sociais no Brasil:

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não raro entre certo e errado, justo e injusto -, mansa com ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.(BARROSO,2002, p.03]

Considerando-se estes posicionamentos, torna-se mais fácil compreender porque a Constituição de 1988, que tem na democracia e no constitucionalismo seus alicerces, está “atrasada” na implementação dos direitos sociais fundamentais.

Durante todas as fases de formação do estado brasileiro, não houve um empenho efetivo para concretização dos direitos sociais fundamentais, esse compromisso foi postergado e mesmo não realizado, permitindo a conclusão de que em nenhum momento na história de formação deste país, os direitos fundamentais ocuparam a posição de prioridade dos seus governantes.

O Brasil passou por todos esses períodos, com um histórico de país que sofreu influências de países que tinham como modelo o estado liberal. No decorrer do século XVIII, os estados liberais passaram a adotar constituições escritas, como por exemplo, a Constituição do EUA (1787) e a Constituição Francesa (1791) (SERRANO, 2012, p. 09), que evoluíram posteriormente para um estado social,

tendo sido fortemente influenciado no pós segunda guerra, pelas constituições Portuguesa (1976) e Espanhola (1978) mas, efetivamente, o empenho na implementação de políticas públicas de qualidade deixou a desejar.

Tais documentos nasceram com a ideia de fortalecer os direitos que são inatos ao homem, limitando o poder do Estado, fazendo com que esse Estado reconheça a necessidade de respeito ao homem em sua natureza (CUNHA, 2008, p.534), devendo cumprir o seu papel de protetor e efetivador dos direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 50).

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atual Constituição Federativa Brasileira (1988) caracteriza-se por ser a mais democrática já elaborada, visto ser a primeira a iniciar esse processo de concretização dos direitos sociais fundamentais.

Tem como característica própria ser uma constituição dirigente, sob um regime presidencialista, em que cada poder do estado mantém sua relativa autonomia no exercício de suas funções específicas. Deve atuar de forma harmônica com os demais ramos do governo, concretizando assim, a ideia proposta por Montesquieu acerca da separação de poderes. Organiza-se sob a forma federalista de estado, o que permite distribuir suas competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Deve-se entender que os direitos fundamentais fazem parte de um complexo amplo, interdependente e indivisível de direitos, envolve tanto os individuais e políticos como também os econômicos, sociais, culturais e de solidariedade.

Existem aqueles que defendem que os direitos sociais não seriam tão relevantes quantos os direitos considerados de primeira geração, que são os direitos de liberdade. Porém, há quem defenda que, sim, os direitos sociais, considerados como direitos de segunda geração, têm relevância no estado social, e caracterizam uma nova fase chamada de neoconstitucionalismo em que os direitos sociais passam a ter eficácia imediata e não mais eficácia limitada às normas programáticas.

É necessário que se faça o reconhecimento integral desses direitos como um todo para que assim, possa ser assegurada a existência verdadeira de cada um deles, pois, “sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos individuais e políticos perdem o seu poder de aplicabilidade” (LOPES, 2011, p. 59).

Para Dirley da Cunha Jr (2008, p.158), o conceito de direitos fundamentais deve estar fundamentado materialmente na dignidade da pessoa humana, “na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade”.

Tem-se também a definição de que os direitos fundamentais são aqueles previstos num ordenamento jurídico, tendo com objetivo a proteção de princípios como o princípio da dignidade da vida humana em todas as suas dimensões (SERRANO, 2012, p 12).

Deve-se ter em mente que a relevância que se deu aos direitos sociais fundamentais é um traço marcante nesta nova ordem constitucional, embora há muito o que se conquistar na efetivação desses direitos por parte do Estado e também da sociedade.

Assim, considerando as peculiaridades de um país com o Brasil que apresenta um nível de corrupção que compromete significativamente o desenvolvimento social do país, ainda assim, os direitos sociais fundamentais estão marcadamente presentes clamando para serem concretizados.

2.2 NOMECLATURA PARA OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há que se mencionar sobre a variedade de conceitos que devem ser considerados ao se abordar os direitos fundamentais, visando uma melhor interpretação dos direitos sociais que são demandados ao Estado.

Os direitos fundamentais diferenciam-se dos direitos humanos, pois estes se caracterizam por serem constitucionalmente positivados, estando atrelados a cada Estado e suas Constituições, diferentemente dos direitos humanos que são direitos universais, associados a Tratados Internacionais.

“Direitos da pessoa humana” é excessivamente genérico e indefinido, compreendendo “prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual (CUNHA JR, 2008, p. 519)

Paulo Bonavides (2008, p. 560) no capítulo dedicado aos direitos fundamentais inicia sua abordagem mencionando tal discussão. Afirma o respeitado doutrinador: “Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente?”

Segundo ele, as expressões direitos humanos e direitos do homem são mais utilizadas entre os autores anglo-americanos e latinos, enquanto direitos fundamentais fica circunscrita aos publicistas alemães.

Existe uma enormidade de designações para denominar os direitos fundamentais. Podemos registrar autores que usam nomes como “liberdades públicas”, “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, etc. “Liberdades públicas” surgiu na França, porém é demasiadamente restrito, pois se refere apenas aos chamados direitos de primeira geração, ou seja, a uma conduta de abstenção do Estado em vista da sociedade, não abarcando os direitos de mais segunda ou terceira gerações.

É preciso, porém, sedimentar uma terminologia adequada. Assim, neste trabalho utilizar-se-á a denominação direitos sociais fundamentais, considerando que seja a adequada à proposta do tema.

Além disso, deve-se considerar a terminologia utilizada pela Constituição Federativa do Brasil em seu artigo 5º Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

2.3 CONCEITOS DE DIREITO SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Quanto ao conceito de direitos fundamentais, existem inúmeros doutrinadores que trazem definições a respeito deste tema. Observa-se que todos seguem uma mesma linha de fundamentação, conceituando os direitos fundamentais com aqueles previstos nas cartas constitucionais de seus países.

Considerando que toda essa discussão dá-se em torno dos direitos fundamentais, é relevante que se diga que esses são direitos positivados em um determinado

ordenamento jurídico. Também poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas.

Para Ana Maria D'Avila Lopes (2011, p. 59) :

Os direitos fundamentais constituem um complexo integral, interdependente e indivisível de direitos, abrangendo tanto os individuais e políticos quanto os econômicos, sociais, culturais e de solidariedade...só o reconhecimento integral de todos os direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, pois, sem a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos individuais e políticos tornam-se simples categorias formais.

E para Roberto Alexy (2008, p. 38):

A teoria dos direitos fundamentais da Constituição Alemã é uma teoria que se ocupa com problemas relacionados a todos os direitos fundamentais, ou a todos os direitos fundamentais de uma determinada espécie, com por exemplo a todos os direitos de liberdade, de igualdade , ou a prestações positivas.

Florian Azevedo Marques Neto (2001, p. 1081) afirma que:

Os direitos fundamentais são aquelas garantias, salvaguardadas, que se vão construindo e consolidando no devir da história humana, contra o poder, a partir da tentativa daqueles que não reúnem, isolada ou coletivamente, condições de fazer prevalecer suas vontades e/ou interesses em estabelecer algumas regras para o exercício do domínio, alguns limites para este.

Paulo Bonavides (2005, p. 560) afirma “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica com tais”.

E ainda, Ingo Wolfgang Sarlet informa que:

Os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente fundamentais.(2009)

Assim, segue-se na abordagem dos direitos fundamentais, após essas considerações de nomenclatura e conceito.

É relevante lembrar que para uma sociedade bem exercitar seus direitos fundamentais, é necessário que as condutas dos gestores públicos, no que tange a sua efetivação, devam sempre ser norteadas pelos princípios constitucionais.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana inaugura a Constituição democrática brasileira em seu artigo 1º, III². Ele é considerado um meta princípio, e é no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra valores para conceder aos seus cidadãos todos os direitos necessários e permitidos no documento constitucional.

Para alguns autores, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 81) citando Flávia Piovesan exprime a importância de tal princípio para o ordenamento jurídico brasileiro.

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, ao lado de outras normas principiológicas, a saber: princípio republicano, princípio do Estado Democrático de Direito, princípio federativo, princípio da separação de poderes (arts.1º e 2º), objetivos fundamentais da República (art 3º), e os princípios que orientam as relações internacionais (art. 4º).

Para Luis Roberto Barroso

A dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto a sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência...Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar(2002, p.18).

Associado a este, segue o princípio da legalidade, princípio este que deve equilibrar conceitos como discricionariedade e autonomia das condutas dos gestores públicos. Se há alguma liberdade do gestor público no cumprimento da efetivação dos direitos fundamentais, esta deve ser exercida dentro dos parâmetros legais, deve estar limitada ao princípio da legalidade, para que sejam evitadas medidas desarrazoadas ou excessos de discricionariedade, evitando assim, que verbas públicas sejam

² Art. 1º, CF/88. A República Federativa do Brasil, formada pela uniao indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III – a dignidade da pessoa humana.

direcionadas para outros fins que não um melhor atendimento às demandas da população.

Outro princípio a ser considerado é o princípio da igualdade. Ele sofreu várias interpretações até os dias atuais e deve ser considerado entre os mais importantes princípios constitucionais.

No sentido material ou substancial, a igualdade significa o desejável tratamento equânime de todos os homens proporcionando-lhes idêntico acesso aos bens da vida.

Há uma exigência de respeitabilidade deste princípio nas relações entre estado e sociedade, pois todos devem ser tratados de forma igual na medida de sua igualdade e desigualmente na medida de sua desigualdade. Este postulado encontra suporte na Constituição, pois contribui para concretização da ordem democrática, em que todos devem ter as mesmas oportunidades, em igualdade de condições.

Na Constituição de 1988, encontram-se inúmeros artigos que asseguram o referido princípio, pode-se encontrá-lo nos art. 3º, IV³ e art 5º, caput, I⁴.

Assim, o princípio da igualdade deve ser considerado nas decisões tanto dos legisladores, quanto do poder executivo no exercício da cidadania e na construção de uma sociedade solidária que visa assegurar os direitos sociais, dentre eles a saúde.

O ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Dirley da Cunha Jr (2008, p. 643), explicita o valor que deve ser dado ao princípio da igualdade:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicalizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

³ Art. 3º, CF/88. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴ Art. 5º, CF/88..Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Paulo Bonavides (2013, p.388) considera como centro medular do Estado Social e de todos os direitos da sua ordem jurídica o princípio da igualdade. Ele traduz a ânsia de um Estado democrático de direito diferente de tempos passados em que a igualdade era apenas uma igualdade jurídica; agora, em tempos de estado social, a igualdade define direitos e a lei é o instrumento para garantir a igualdade perante todos.

Há que se considerar que o princípio da igualdade traz consigo hoje, além do fator ideológico da fase de um estado liberal, pautar-se também em valores e o Estado Social passa a ser garantidor dos direitos sociais e não apenas os concede. Há uma igualdade fática sendo concretizada e não apenas uma igualdade jurídica.

Deve-se ter em mente que o princípio da igualdade num Estado Democrático de Direito assume a posição de que “pelo princípio da igualdade material entende-se que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais” (BONAVIDES, 2013 p.391).

Dessa maneira, é de grande valia considerar o princípio da igualdade, associado aos demais princípios constitucionais, como mais um norteador de tomada de decisões no que envolve os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

2.5 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais tomam ênfase em face das necessidades do próprio homem. Esses direitos não são fruto de um único evento, na verdade, eles surgem como resultado de uma evolução de várias fases pelas quais o homem passou e continua a viver, buscando sua liberdade.

Para que mantivesse sua conquista pela liberdade, foi necessário o reconhecimento dos direitos que permitiram a concretização dessa liberdade, daí há que se abordar as gerações dos direitos fundamentais, buscando observar a evolução do estado liberal ao estado social que, ao longo da história, concretiza tais direitos.

Aborda-se então os direitos de primeira geração, conhecidos como direitos de liberdade. “Esses direitos de primeira geração foram reconhecidos para a tutela das

liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do Estado” (CUNHA JR., 2008, p.566).

Com o desenvolvimento da sociedade, observa-se um descontrole nas relações socioeconômicas, e a ausência de um Estado interventor em tais relações desencadeia uma sociedade de evidentes desigualdades. Assim, admite-se a necessidade da participação do Estado não intervencionista, num Estado participativo nas relações socioeconômicas, o que evoluiu então, para a segunda geração de direitos fundamentais, que cria um novo Estado, cuja intervenção na sociedade se faz evidente. É o chamado Estado do Bem Estar Social.

Dirley da Cunha Jr (2008, p. 569) afirma que “esse Estado do Bem Estar Social e da Justiça Social fez-se intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados”.

Em seguida, surgem os direitos de terceira geração, os quais se caracterizam por serem direitos de solidariedade ou de fraternidade. Na verdade, eles ainda encontram-se em fase embrionária, visto serem recentes, advindos desse novo universo social desencadeado pelo impacto tecnológico e de grandes conflitos sociais. Eles tratam do direito ao meio ambiente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, à comunicação, à autodeterminação dos povos, e ao desenvolvimento. Há ainda a referência a uma quarta geração de direitos fundamentais. Porém, ainda não foi consagrada nas ordens jurídicas nacional e internacional.

Paulo Bonavides (2013, p. 524-526), afirma que:

essa dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase da institucionalização do Estado Social. Há uma verdadeira balbúrdia terminológica que assola a doutrina. Compreendem, conforme o autor, os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Além dos direitos acima mencionados, também são considerados como direitos fundamentais de quarta geração, o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e os relacionados à bioética.

Trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem. Importante ressaltar que uma geração não substitui a outra, antes se acrescenta a ela, por isso a doutrina prefere a denominação “dimensões”.

Os direitos fundamentais clássicos, considerados os de primeira geração, apesar de suscitar liberdade, provocam, numa fase seguinte, a necessidade de intervenção do Estado, pois se assim não fosse, o indivíduo estaria seriamente ameaçado em sua tão desejada liberdade. Daí, acredita-se que em sequência aos direitos de primeira geração, vêm os de segunda geração, como instrumentos para viabilizar a próprias liberdades, já que essas tornaram-se utópicas com a não intervenção do poder público.

Assim é que as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais não podem ser estudadas independentes umas das outras, pelo contrário, estão intrinsecamente interligadas, por isso a importância também do termo dimensões, para evitar-se o pensamento equivocado de que o início de uma geração signifique o término da anterior. Na verdade, a idéia é de complementariedade ou até mesmo cumulatividade de gerações e de direitos.

2.5.1 Dos direitos de segunda geração

Direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, ou direitos positivos.

Na fase dos direitos de primeira geração, no campo dos direitos sociais, o Estado era completamente passivo, não intervindo nas relações entre os cidadãos. Ou seja, não havia participação deste na promoção das relações sociais entre os sujeitos.

Com a segunda geração dos direitos fundamentais, o Estado passou de um Estado liberal para o Estado social, caracterizado por sua ação positiva em relação aos indivíduos. Neste momento, o Estado torna-se responsável por assistir à sociedade, adquirindo atribuições e intervindo de forma mais atuante, na vida econômica e social.

Essa intervenção se dá com a implementação da saúde, assistência social, educação, moradia, segurança pública, transporte. O que era uma situação emergencial, com o passar do tempo e das circunstâncias sociais que se apresentaram, passou-se a uma intervenção do Estado definitiva. Baseia-se na noção de igualdade material, no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas (educação, saúde, por exemplo) para exercê-la. Essas novas necessidades começaram a ser conquistadas quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria.

Nesse caso, em vez de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que passe a oferecer à sociedade necessitada condições mínimas de dignidade humana para viver. Devendo-se ter como foco a necessidade de cumprimento de tais direitos, tendo sempre em vista a importância que têm na satisfação das necessidades daqueles que precisam do atendimento às suas demandas.

Os direitos fundamentais assumem um papel diretivo para as condutas dos legisladores e gestores da administração pública. Esses sujeitos, eleitos pelo processo democrático, devem assumir a sua responsabilidade perante a sociedade, não apenas por terem sido escolhidos pelo povo através do voto, instrumento esse de participação popular, mas também por fazerem parte dessa mesma sociedade, tratando de uma questão, inclusive, moral.

O direito a saúde é parte dos direitos fundamentais, no capítulo seguinte serão abordadas algumas das estruturas que o compõe. A sua promoção, proteção e recuperação cabe a todos os sujeitos que formam o Estado Social, é dessa forma que a sua implementação deve ser efetivada, assegurando aos mais fracos o amparo e proteção necessários, condizentes com a urgência de concretização da justiça social, que, caracteriza o Estado Democrático de Direito.

3 DENSIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O sistema legislativo brasileiro, após a Constituição de 1988, oferece à sociedade uma legislação em saúde pública com densidade satisfatória. Existe um rol de legislações constitucionais e infraconstitucionais que orienta, tanto os gestores públicos representantes do poder executivo, quanto os servidores públicos que trabalham diretamente na implementação das políticas públicas para a saúde.

Como será abordado adiante, a Constituição traz em seu texto diversos artigos que tratam das diretrizes a serem seguidas para implementação desse direito. Enquanto que a legislação infraconstitucional também oferece à sociedade um rol de orientações que prima pela qualidade legislativa. A dificuldade ainda perpassa pela falta de implementação efetiva de tais políticas.

3.1 APLICABILIDADE

A aplicabilidade do direito à saúde envolve qual espécie de norma jurídica permite que tal direito possa ser efetivamente concretizado. Ou seja, qual seria a norma constitucional a ser utilizada pelos poderes públicos na implementação desse direito.

Sabe-se que existe na doutrina a classificação das normas constitucionais. Existem as normas que são auto-aplicáveis e aquelas não auto-aplicáveis e todas elas estão relacionadas com a eficácia, ou seja, a capacidade de produção de efeitos. Existe ainda a classificação de acordo com sua aplicabilidade, facultando a possibilidade de terem aplicabilidade imediata ou aplicabilidade mediante normas programáticas, que teriam a sua eficácia limitada à edição de normas infraconstitucionais.

Tratando-se do direito fundamental à saúde, o legislador constituinte assegurou que as normas do Título VIII “Da Ordem Social”, Capítulo II “Da Seguridade Social” e por fim, Seção II “Da Saúde” devem ter a sua regulamentação, fiscalização e controle “nos termos da lei”.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro adota-se, quanto ao direito fundamental à saúde, a orientação de que, por se tratar de direito fundamental de segunda

geração, de um direito social, a sua implementação depende de norma jurídica de competência do poder legislativo infraconstitucional.

Dessa forma, no tange aos direitos sociais fundamentais, num primeiro momento, fase do constitucionalismo, a constituição dispôs normas que têm um caráter programático, ou seja, não têm aplicabilidade imediata, mas que existem para prescrever regras e princípios jurídicos que devem ser seguidos pelos legisladores ordinários na edição de normas infraconstitucionais que permitam, legalmente, a implementação das políticas públicas para a saúde pelo poder executivo.

De acordo com José Afonso da Silva (1999, p. 138):

Programáticas são aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regulá-las, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais.

Ainda José Afonso da Silva, cita Calamandrei quando trata da hierarquia entre as leis ordinárias e as leis constitucionais, diz ele: “Entre as leis ordinárias e as leis constitucionais não há nunca a possibilidade de uma colisão direta sob o mesmo plano, pois que, se houvesse, tornaria a lei ordinária necessariamente ineficaz desde o início”.

Já numa segunda fase, chamada de neoconstitucionalismo, tem-se a possibilidade, defendida pela doutrina e também posta na constituição, que os direitos sociais prestacionais podem e devem ser implementados de forma imediata, não sendo necessária a espera pelo legislador infraconstitucional. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º §1º, consigna tal afirmação quando diz: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

O posicionamento do juiz federal Dirley da Cunha Jr. também consigna este entendimento, quando faz referência aos direitos fundamentais afirmando que “todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa” (2008, p. 664).

3.2 A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE

Cumprir esclarecer que quando da edição das leis pelo legislador ordinário, surge o poder jurídico subjetivo, que fundamenta os direitos subjetivos. Tais direitos pertencem a categoria dos conceitos lógicos-jurídicos da ciência do Direito, ou seja, os direitos subjetivos valem em qualquer ordenamento vigente, independente de espaço e tempo, e também do direito positivado, a existência deles faculta aos cidadãos o direito de demandá-los frente aos entes do Estado que não os promover. No ordenamento jurídico brasileiro, o direito subjetivo está associado a edição de leis ordinárias, e não apenas à existência de uma norma constitucional.

Existem normas que são definidoras de direitos econômicos e sociais específicos. E são justamente essas normas que têm de orientar o legislador ordinário na construção do direito social à saúde, permitindo assim a concretização desse direito que assiste a cada cidadão. Com elas, há possibilidade de que o Estado intervenha no sentido de resguardar e atender às prestações sociais.

Assim, o direito à saúde, sendo um direito fundamental e tendo natureza jurídica de direito subjetivo, traduz um direito que, caso seja necessário, poderá ser demandado pelo cidadão, em face do Estado, no cumprimento da prestação material devida por este ente da federação.

Considerando o que diz Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p.76):

...entendimento doutrinário sustenta que conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente e sua compreensão passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal. Sob esse prisma, bem atual é o disciplinamento jurídico estabelecido na Lei Fundamental, que garante o direito público subjetivo, exigível contra o Estado, sendo cristalina a existência de um direito individual à saúde, compreendido sob diferentes óticas dependendo da titularidade e da divisibilidade do bem tutelado.

Segundo Roberto Alexy (2008, p.181), o sujeito de direito, que tem determinado direito subjetivo, e sendo esse direito fruto de uma construção lógico-dogmática, conferindo-lhe validade no ordenamento jurídico, torna tal direito possível de ser demandado neste ordenamento. Assim, sendo o direito social fundamental à saúde um direito subjetivo, conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro os sujeitos

que necessitam dessa prestação, estão legitimados, por esse mesmo ordenamento, a exigir seu cumprimento.

J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 1257) ensina que os direitos fundamentais são garantidos, antes de tudo, como direitos individuais, e dessa teoria do individualismo, surge a possibilidade de considerar-se que os direitos subjetivos, apresentam “uma vantagem em apontar para o dever objetivo de o Estado conformar a organização, procedimento e processo de efetivação dos direitos fundamentais, de modo a que o indivíduo possa exigir de outrem e este tenha o dever jurídico de satisfazer esse algo.”

Dessa forma, o poder executivo, sendo o ente competente para a implementação das políticas públicas, também o será para figurar no pólo passivo de demandas, pelos usuários do SUS, no caso de ausência dos serviços de saúde.

3.3 A IMPLEMENTAÇÃO INEFICAZ DO DIREITO À SAÚDE

Como foi afirmado anteriormente, tem-se, no Brasil, uma legislação com qualidade no que diz respeito ao planejamento das políticas de saúde pública. A dificuldade existe quando evoluiu-se para e a implementação de tais políticas.

A dificuldade que a grande maioria da população enfrenta na busca pelo atendimento de saúde no Brasil, não condiz com o atendimento do mínimo necessário para caracterizar o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A implementação das políticas de saúde ainda tem muito o que oferecer à população que necessita desse serviço. Há, em tese, um estrutura organizacional que oferece a esperança de que poderá ser diferente a realidade de descaso que hoje, já em pleno século XXI, acompanha o sistema de saúde.

Com a Constituição de 1988 muito já se evoluiu, talvez esteja-se no caminho para a concretização dos direitos sociais com um todo, existe muito ainda o que se implementar em tratando-se de direitos sociais fundamentais.

3.3.1 Justificativas Históricas

No Brasil, no que tange aos direitos sociais, não se tem visto uma efetividade nesta prestação por parte do Estado. As justificativas para que os direitos sociais postos na constituição de 1988 não apresente a eficácia esperada são díspares, uma delas trás a tona o fato histórico como justificativa.

Havia o intuito premente do legislador constituinte em romper com o regime político que lhe precedia, tendo sido concedida a Carta Magna de 1988 de forma rápida, para que uma nova página fosse escrita na história brasileira. Hoje, porém, pode-se observar que tais anseios, no que diz respeito a consolidação dos direitos sociais de segunda geração, evidencia falhas concretas, levando-se a observar uma não efetividade na implementação dos direitos fundamentais na sociedade brasileira.

Um outro aspecto que deve ser observado na ineficácia quanto a concretização dos direitos sociais contidos na carta constitucional de 1988 é que, qualquer mudança, seja ela qual for, pode promover resistência por parte de alguns. A natureza humana tem, por natural, resistência à mudanças, o esforço exigido para alterações na vida cotidiana, já acomodada, por vezes faz com que mudanças que são necessárias, seja procrastinadas. Somado a isso, existe a possibilidade, não menos frequente, que mudanças e alterações atinjam interesses de classes políticas conservadoras e, principalmente, interesses de ordem econômica de determinadas classes. E, considerando que a Constituição de 1988 teve forte influência de grupos conservadores e lobistas, não há, de todo, surpresa na falta de implementação das políticas públicas no que envolve direitos sociais fundamentais.

Na realidade da época, grupos políticos, representantes de grupos econômicos, mobilizaram e, hoje ainda mobilizam, forças para que dispositivos legais ou mesmo constitucionais não sejam editados, ou, uma vez editados não promovam as mudanças necessárias, mantendo-se tais normas como letra morta no ordenamento.

3.3.2 Teoria da Reserva do Possível

Somado a esses fatores deve-se considerar também as teorias utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Do sistema jurídico alemão foram importadas algumas dessas teorias que são utilizadas para justificar o não atendimento das demandas levadas ao judiciário pela população que necessita dos serviços públicos como um todo, e não apenas o serviço de saúde pública.

A Teoria da Reserva do Possível é atualmente o argumento mais recorrente na tentativa de justificar a inércia prestacional do Estado.

Ela fundamenta as decisões proferidas pelos tribunais com as limitações de ordem econômica que podem comprometer a plena implementação dos direitos sociais, ficando a satisfação desses direitos vinculada à possibilidade de existência de condições materiais pelo Estado para prover o atendimento solicitado e necessário à população.

Nesse sentido o ministro do STF, Celso de Mello, manifestou-se através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, de forma a ponderar as ações do Estado no sentido de considerar a utilização da reserva do possível e a, possibilidade ou não, de implementação das políticas públicas no Brasil, diz ele:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade do seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro, subordinado às possibilidades orçamentarias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente, exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa -, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com finalidade de exonerar-se do descumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação, ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Informativo 345 do STF. Publicação de 04.05.2004)

É necessário afirmar que na ponderação de interesses entre o direito fundamental à saúde e os interesses financeiros do Estado, o que deve prevalecer é o direito fundamental à saúde, sendo necessário que ocorra uma análise subjetiva, visto que, só a partir do caso concreto, se poderá obter a medida exata para o deferimento à demanda solicitada pelo cidadão.

No Brasil essa teoria é largamente utilizada pelas procuradorias dos estados da federação quando são solicitadas a darem explicações pelo não prestação dos serviços, por parte do Estado, porém, atualmente os tribunais já apresentam decisões refutando tal argumento.

A Teoria da Reserva do Possível tem origem nas formulações de juristas alemães, propostas nos anos de 1970 e acolhida pela jurisprudência alemã. Segundo Mariana Filchtiner Figueiredo(2007, p. 132).

A reserva do possível significa que os direitos sociais à prestações materiais dependem da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado – disponibilidade essa que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares , sintetizadas no orçamento público.

O argumento de que as limitações de ordem econômica podem comprometer a plena implementação dos direitos sociais, ficando a satisfação desses direitos vinculada à possibilidade de existência de condições materiais pelo Estado para prover o atendimento solicitado e necessário à população, denota uma simplificação na justificativa para um atendimento pouco eficaz.

Sabe-se que o orçamento público é requisito para implementação de qualquer política pública no país, porém, o questionamento se dá no porquê, se há orçamento realizado para tal política, não há concretização digna e efetiva de tais políticas?

Neste caso, faz-se necessário avaliar onde encontra-se a falha, visto que, se o planejamento para a saúde “deve estar presente no momento em que são traçadas as diretrizes orçamentárias do Estado” (SERRANO, 2012, p. 245), os gestores públicos têm responsabilidade quanto a sua não implementação.

Somado ao planejamento, é importante que se mencione que esse orçamento deve ser gerenciado de forma imparcial pelos administradores, ou seja, seria ideal que

tivessémos servidores públicos comprometidos em oferecer um adequado serviço público independente de ideologias políticas.

3.3.3 Mínimo Existencial

Além da teoria da reserva do possível, há também que se abordar o Mínimo Existencial. Também originária do direito alemão e relacionada às condições mínimas que o indivíduo necessita para viver condignamente e, não somente, para sobreviver no aspecto vital como pessoa. Essas condições devem ser promovidas através de políticas públicas e demais ações estatais e da sociedade civil (SILVA, p. 178)

O Mínimo Existencial é considerada uma expressão que tem um sentido mais abrangente, que envolve todas as prestações necessárias a uma vida com dignidade, que não se resume a sobrevivência. O que difere da expressão mínimo vital, esta sim, é uma expressão que estaria referindo-se a sobrevivência do indivíduo.

O mínimo existencial é considerado um dado pré-constitucional. A princípio, a ordem jurídica constitucional não deveria preocupar-se com ele, ao mesmo tempo, ele é determinante dela visto que, sendo um direito público subjetivo, o indivíduo teria direito a tê-lo para favorecer a sua vivência digna, e não apenas a sua sobrevivência (TORRES, 1999, p. 263-264).

Ele diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância (WATANABE, 2013, p. 219)

Na verdade, o indivíduo deveria ter garantido um suporte mínimo necessário e adequado a uma sobrevivência digna, e isso não seria uma demanda que o Estado deveria promover. Deve-se considerar que esse mínimo existencial é algo relativo de indivíduo à indivíduo, lembrando do princípio da igualdade, onde deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida das suas desigualdades.

Ou seja, trata-se de conceito abrangente, não estagnado, é variável, até porque as realidades sociais são mutáveis e, atualmente, ainda mais rápidas essas mudanças devido a globalização presente na sociedade pós-moderna.

Mas apesar da dificuldade de mensuração específica do que comporia esse núcleo fundamental do mínimo existencial, não há qualquer dificuldade em compreender que o direito constitucional à saúde e à educação, só para citar alguns dos direitos sociais fundamentais, devem estar presentes neste suporte básico à sociedade, atingindo a respeitabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana (SERRANO, 2012, p. 85).

3.4 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS) expõe a saúde “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade”. Além desse conceito do que é saúde, informa que “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos *direitos fundamentais* de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social” (Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS/WHO -1946).

Ainda na introdução da Constituição da OMS, consta que “Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

O Brasil é signatário da Constituição da Organização Mundial da Saúde, inclusive com a participação efetiva de profissionais brasileiros na elaboração deste documento.

Contudo, foi a Constituição de 1988 que primeiro conferiu a devida importância à saúde, tratando-a como direito fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos, a começar pela mencionada Constituição da Organização Mundial da Saúde.

Além das normas da OMS, encontra-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que em seu artigo XXV, I, a seguinte redação:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Somando a tais manifestações tem-se também a descrição do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, aprovado pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, do qual o Brasil também segue as orientações, tendo sido promulgado por meio do decreto 591/92, e trás em seu texto:

As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, como fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Dessa maneira, observa-se que o Brasil, ainda que falhe na prestação do direito à saúde, ao aderir a tais documentos internacionais, mune-se de mais instrumentos para efetivação de tal direito.

3.5 A LEGISLAÇÃO

A legislação brasileira que trata do direito à saúde vem ganhando, a cada dia, mais diretrizes para que a saúde possa ser oferecida à sociedade com uma melhor qualidade de atendimento.

O ordenamento jurídico, em tese, no que tange a legislação constitucional e infraconstitucional, tem em seus textos, um planejamento adequado para a boa prestação desse serviço, basta apenas que ele seja efetivado. Veja-se a seguir algumas dessas legislações.

3.5.1 Diretrizes Constitucionais

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º trata dos direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Dentre tais direitos encontra-se elencado o direito à saúde.

Além do referido artigo, tem-se também no artigo 196, do mesmo diploma, mais informações constitucionalmente garantidas que envolvem o direito à saúde⁵.

A emenda constitucional 20/1998, inseriu o § 10º⁶, que traz informações sobre os recursos financeiros para o Sistema Único de Saúde(SUS).

Assim, vê-se que a Constituição estabelece diretrizes normativas, para efetivação do direito social à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressiva e contudente, não deixando dúvidas da importância de tal direito. Ela vincula tais diretrizes à edição de normas de caráter infraconstitucional para efetivação das políticas públicas de saúde.

O financiamento para o Sistema Único de Saúde está definido no artigo 198 da CF/88, e também na Lei 8142/1990. De acordo com o art. 198, os recursos deverão ser oriundos da seguridade social, devendo o orçamento público destinado a esta área ser compartilhado entre todos os entes da federação União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “além de outras fontes”, diz o artigo.

Para um melhor planejamento orçamentário os recursos para a saúde pública também estão expressamente dispostos no § 2º e seus incisos, do mesmo art 198 detalhando, junto com a lei referida acima, todas as diretrizes de como esses recursos devem ser aplicados anualmente entre todos os entes da federação.

No julgado adiante, expõe-se uma situação ocorrida no Estado do Ceará, e trata-se da responsabilidade quanto aos recursos financeiros que devem promover a saúde no Estado Democrático Social. É uma situação comumente encontrada em outras

⁵ Art. 196, CF/88. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

⁶ Art. 195, §10º, CF/88. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

regiões do país, deve-se perceber a responsabilidade que cabe ao Estado, quando da promoção da saúde garantida constitucionalmente, e também da responsabilidade que cabe, a cada ente da federação, em cumprir com as demandas referentes ao direito à saúde.

Trata-se de apelação negada ao Estado do Ceará, tendo a União e o Município de Fortaleza, com co-legitimados passivo, e o Ministério Público Federal, como apelante, quanto a necessidade de oferta de leitos de UTI neo-natal.

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA SISTEMA DE SAÚDE (SUS) AMPLIAÇÃO DA UTI NEONATAL DE HOSPITAL PÚBLICO NECESSIDADE NOVOS LEITOS. SITUAÇÃO DE SUPERLOTAÇÃO COM RISCO DE VIDA PARA OS PACIENTES. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. ART. 196 DA CF/88. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL OU MUNICÍPIOS). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA UNIÃO REJEITADA. Preliminar de ilegitimidade da União rejeitada, sendo a jurisprudência do STJ pacífica no sentido de que as ações relativas à assistência à saúde pelo SUS (fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, inclusive, no exterior) podem ser propostas em face de qualquer dos entes componentes da Federação Brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo todos legitimados passivos. - Neste contexto, a UNIÃO, o Estado-membro, o Município são legitimados passivos para a causa, não podendo a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei n.º 8.080/90 restringir essa responsabilidade, servindo ela, apenas, como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria, não podendo ser oposto como óbice à pretensão da população a seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária. - A saúde está expressamente prevista no art.196, caput, da CF, como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo uma responsabilidade comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a concretização de tal direito. - In casu, a questão posta a deslinde cinge-se à verificação do direito à saúde dos internados e a população em geral na Maternidade-Escola Assis Chateaubriand - MEAC (pertencente à Universidade Federal do Ceará), aqui concernente a ampliação da UTI neonatal daquela instituição que se encontra em situação de superlotação, em risco a vida e integridade dos pacientes que necessitem utilizar-se daqueles leitos e da provável ofensa às garantias constitucionais do direito à saúde e à vida. - Não há reformas à sentença vergastada que deve ser mantida por seus próprios fundamentos, dos quais os tomo em parte como razões do presente voto: "O lapso continuado, quase sem interrupções, de séria superlotação da Maternidade Escola Assis Chateaubriand é prova veemente de que os réus não se desincumbiram do dever constitucional de traçar ou executar, nem ao menos e forma gradual, qualquer planejamento, dispêndio ou execução de política de saúde, seja para amenizar, seja para solucionar, a crônica diferença entre a demanda e a oferta de leitos de UTI neonatal.(...) Não existe, portanto, discricionariedade no ponto em relação à conduta dos réus. Ou cumprem o dever constitucional de assistir os recém-

nascidos com leitos de UTI suficientes ou não o cumprem e estão a desrespeitar ordem constitucional de interesse transcendente e incontestável. Neste caso, que é o dos autos, incumbe ao juiz, ante o desprezo pelos direitos constitucionalmente assegurados, compelir o administrador a observá-los efetivamente, tomando as providências necessárias na sua rede de saúde. Jogar as crianças em UTIs superlotadas, como da MEAC, que não têm mínimas condições para recebê-las a contento equivale, para todos os efeitos, a recusar-lhes toda e qualquer assistência devida. A recusa, além de injustificável, por não existir pretexto plausível para não se fazer os gastos mínimos necessários à consecução do equilíbrio entre a oferta e demanda de leitos de UTI neonatal, implica em criar abusivamente o risco de as crianças morrerem vítimas de infecções ou erros médicos, cuja incidência aumenta consideravelmente em hospitais superlotados. Afora aqui, não só uma omissão imperdoável do dever constitucional, mas conduta administrativa capaz de causar resultados antiéticos e danosos aos fins constitucionais."(Tribunal Regional Federal da 5ª região – Estado do Ceará. Apelação Cível nº 271/CE. Processo (2004.81.00.022066-9), juízo da 4ª Vara Federal do Ceará(Fortaleza), 2ª turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha. Julgado em 24 de janeiro de 2012).

3.5.2 Legislação Infraconstitucional

Além da garantia constitucional, como visto no julgado anterior, tem-se também na Lei Orgânica do SUS (Lei 8080/90), um avanço na garantia de promoção da saúde pública.

Em seu art. 2º⁷ esta lei dispõe sobre a saúde ser um direito fundamental. Mais um documento, agora no âmbito infraconstitucional, sobre o dever do Estado para com a prestação positiva do direito à saúde.

A lei do SUS, como ficou conhecida a Lei 8080/90, informa que as ações e os serviços de saúde serão prestados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Com essa redação o intuito do legislador infraconstitucional foi orientar os entes estatais promotores da saúde, União, Estado, Distrito Federal e Municípios que a oferta de serviços de saúde deverá ser dividida em níveis de complexidade no que diz respeito às doenças e assistência aos pacientes.

⁷ Art 2º, Lei 8080/90: "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício."

Ou seja, a depender do comprometimento de saúde que o paciente apresente ele será encaminhado a unidades de baixa, média ou alta complexidade, devendo sempre procurar unidades básicas para um primeiro atendimento e diagnóstico.

Além disso, a distribuição de competências também foi promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 que manifesta as noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema. Pode-se confirmar isto no art.198 § 1º.

Confirmando-se assim o disposto na Constituição, que, em todas as esferas normativas, a saúde é considerada, num primeiro momento, como responsabilidade do poder público, devendo assim ser tratada.

Quanto a fiscalização das verbas destinadas à saúde, a Lei 8080/90, em seu Capítulo II, trata da gestão financeira de tais recursos, e, especificamente no art. 33 § 4º⁸, dispõe sobre o Ministério da Saúde (MS), através de sua auditoria, acompanhar a gestão de recursos, com disposição também sobre ser o MS que irá aplicar as medidas cabíveis quanto da má distribuição e aplicação desses recursos.

Além da Lei do SUS, é importante também mencionar também a Lei 8142/1990, esta, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, e também dispõe sobre as transferências intergovernamentais dos recursos financeiros na área de saúde.

Esta lei criou a Conferência e os Conselhos de Saúde, esses são mais alguns instrumentos criados pela legislação na tentativa de aprimoramento da elaboração de políticas públicas que atendam as normas constitucionais de promoção da saúde pública.

O artigo 1º e os §§ 1º e 2º⁹ deixam clara a convocação feita à população para participação efetiva na construção de políticas públicas para a saúde. Quando cada

⁸ Art. 33, § 4º, Lei 8080/90: “Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde(SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação,e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos e Saúde. § 4º O Ministério da Saúde acompanhará, através do seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei”.

⁹ Art. 1º “O Sistema Único de Saúde, contará em cada esfera do governo, sem prejuízo das funções do Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:...

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para formulação das

cidadão informa o que a sua localidade necessita, há a natural expectativa de que as prioridades dessa localidade específica serão atendidas e, na sequência dos acontecimentos, as grandes diretrizes para o sistema funcionar poderão ser implementadas.

Em seu art 4º a lei informa sobre os recursos financeiros que os Municípios, os Estados e o Distrito Federal poderão receber. Contudo, para tanto, esses entes deverão criar os fundos de saúde, os conselhos de saúde, os planos de saúde, além de enviar relatórios de gestão que permitam o controle dos recursos recebido pelos Municípios e que foram repassados pelo Estado.

Essa legislação fornece um instrumento importante de participação da comunidade, abrindo um espaço para críticas e sugestões para o bom funcionamento do sistema. Colabora para, justamente, reduzir as dificuldades que, concretamente, existem na implementação da saúde pública.

Trata-se de um avanço do Estado que pugna pela política do bem estar de sua população. Através desses instrumentos é mais fácil que o planejamento orçamentário se concretize de forma eficaz.

Quando se sabe onde há a necessidade, pode-se aplicar melhor os recursos disponíveis. Esse é um movimento que deve verdadeiramente ser concretizado pelas comunidades, pois para o planejamento orçamentário obter êxito, tais instrumentos devem fornecer aos gestores públicos as informações corretas para que as falhas do sistema sejam sanadas.

Kasuo Watanabe, em seu artigo “Controle Jurisdicional das Políticas Públicas - “Mínimo Existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”, cita posição de Fábio Konder Comparato, esse jurista considera que:

...a função do Estado já não é apenas a edição de leis, ou seja, a fixação de balizas de conduta, como pensaram os autores clássicos, mas também, e sobretudo, a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental em todas os níveis e setores. E no desempenho dessa

políticas de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo, ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente ou deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle de execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe legalmente constituído em cada esfera do governo”.

função, como sublinhamos, o povo deve assumir papel relevante (WATANABE, 2013, p. 214).

Essa legislação, Lei 8142/90, confirma esse entendimento, há que se envolver também a comunidade para o sucesso das políticas públicas de saúde, tornar sua implementação um trabalho conjunto, de todos, não apenas da administração pública.

Apenas para exemplificar o quanto de insucesso se obtém quando não há uma programação de interação entre, o que de fato a comunidade precisa, e o que efetivamente a administração pública oferece, tem-se exemplos constantes de emergências superlotadas, insuficiência de leitos de UTI, inexistência ou precariedade no atendimento básico, falta de medicamentos, desvios de verbas públicas que deveriam ser utilizadas na saúde, tais como: compras e pagamentos irregulares e superfaturados, desperdício do dinheiro público em construções de hospitais que não funcionam, além da falta de saneamento básico, que, segundo estudos, poderiam, quando bem prestados pelo Estado, evitar o surgimento de inúmeras doenças e também evitar o comprometimento do desenvolvimento infantil, problemas esses que são frequentes e constantes no dia a dia da população carente.

É importante mencionar o pronunciamento do Conselho Federal de Medicina, o Dr. Jesé Brandão, (2012, p.09) referindo-se ao cenário da saúde pública:

Fala-se que nas últimas duas décadas houve a desativação de cerca de 200 mil leitos hospitalares. O resultado disso são os hospitais públicos sempre lotados. Em vários estados, verifica-se falta de leitos até em maternidades, impensável! As filas nos ambulatórios são intermináveis e cruéis. Consultar-se com o especialista tornou-se uma miragem. Nas urgências e emergências instalou-se o caos. O cenário típico é o atendimento em macas ou no chão dos corredores sempre lotados e gestores atônitos executando às pressas medidas paliativas do tipo “apagar incêndio”.

No Brasil, enquanto houver aumento dos usuários, verificou-se diminuição de milhares de leitos hospitalares e financiamento insuficiente, sendo tal situação motivadora da pleora sufocante a que estão submetidos a população que necessita usar o SUS. Diante desse cenário, a sanitarista Ligia Bahia não hesitou em afirmar que “o SUS é um consenso vazio. Todo mundo é a favor, contato que não use.

Considerando tudo que foi abordado acima, percebe-se que o Estado brasileiro possui uma legislação que se bem aplicada pode trazer sucesso a causa da saúde pública.

Somado a esta opção legislativa, tem-se um sistema de gerenciamento da saúde pública, que, em tese, é muito bem planejado.

O Ministério da Saúde é órgão através do qual as políticas públicas de saúde podem ser implementadas. Ou seja, é através da orientação do MS que a saúde pública é gerenciada. A seguir apresenta-se alguns dos órgãos que compõem esse sistema que tenta oferecer à saúde pública uma melhor condição de funcionamento perante a sociedade.

3.6 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Na estrutura organizacional do SUS tem-se o Ministério da Saúde com órgão máximo gerenciador de todas as medidas referentes às políticas de saúde pública. No organograma dessa estrutura diversos outros órgãos subordinam-se ao MS, e, dessa forma a saúde pública vai sendo oferecida aos diversos lugares do Brasil.

Opta-se, neste trabalho, por chamar atenção para alguns desses órgãos, devido à sua importância no oferecimento de dados relevantes ao esclarecimento sobre a pouca eficiência na prestação positiva, pelo Estado, dos serviços de saúde.

Escolheu-se o Departamento Nacional de Auditoria do SUS (DENASUS), a Consultoria Jurídica (CJ), e o Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (Siops).

O DENASUS, é um órgão que está diretamente ligado ao Ministério da Saúde e tem por competências realizar auditorias de regularidade dos procedimentos técnico-científicos, contábeis, financeiros e patrimoniais praticados por pessoas físicas e jurídicas no âmbito do SUS. Através dos mecanismos escolhidos, este órgão verifica a adequação, a resolubilidade e a qualidade dos procedimentos e serviços de saúde que são disponibilizados à população. Além disso, procura estabelecer diretrizes, normas e procedimentos para a sistematização e padronização das ações de auditoria no âmbito da saúde pública.

Somados estas competências procura também promover o desenvolvimento, a interação e a integração das ações e procedimentos de auditoria entre os três níveis de gestão do SUS, federal, estadual e municipal.

Ao final de suas atividades, o DENASUS emite pareceres conclusivos e relatórios gerenciais para instituir processos de ressarcimento ao Fundo Nacional de Saúde, de valores apurados nas ações de auditoria e informar à autoridade superior sobre os resultados obtidos por meio das atividades de auditorias desenvolvidas pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Auditoria(SNA).

Por fim, o DENASUS colabora orientando, coordenando e supervisionado técnica e administrativamente, a execução de atividades de auditoria realizadas pelas unidades organizacionais de auditoria dos Núcleos Estaduais.

A Consultoria Jurídica tem como competências assessorar o ministro de Estado em assuntos de natureza jurídica, exercer a coordenação das atividades jurídicas do Ministério da Saúde e das entidades vinculadas, fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em sua área de atuação e coordenação, quando não houver orientação normativa do Advogado Geral da União. Atua também elaborando estudos e preparando informações por solicitação do ministro de Estado e assiste a esse ministro no que diz respeito ao controle interno de legalidade administrativa, dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgãos ou entidades sob sua coordenação jurídica. Cabe também a esse órgão, examinar, prévia e conclusivamente, sobre os textos de edital de licitação, bem como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, além também de examinar os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação.

O Sistema de Informações sobre Orçamento Público em Saúde (Siops) trata-se de um instrumento de planejamento, gestão e controle social do SUS, que funciona por meio da coleta e processamento de informações sobre receitas totais e despesas com ações e serviços públicos da saúde , das três esferas de governo.

Com esse instrumento há a possibilidade de se conhecer a estrutura do financiamento da saúde pública no Brasil facilitando o controle, a avaliação e a gestão dos gastos públicos e das políticas públicas para a saúde.

Objetiva com seu trabalho:

1) contribuir para o aprimoramento do planejamento, da gestão e da avaliação dos gastos públicos em saúde; 2) dimensionar a participação dos estados e municípios no financiamento da saúde; 3) acompanhar e analisar a vinculação constitucional de recursos para a saúde (EC 29/2000). (Ministério da Saúde).

Esse sistema foi criado em 1993 pelo Conselho Nacional de Saúde, e é composto por três módulos onde o primeiro consiste num programa de coleta de dados, que está disponibilizado no site do Siops para download, e os estados e municípios devem preencher os dados necessários e enviar via internet; num segundo módulo, essas informações são armazenadas e organizadas em um banco de dados que é coordenado pelo DATASUS; e num terceiro módulo essas informações são disponibilizadas na internet, acrescidas de vários indicadores, inclusive indicadores que permite verificar o cumprimento da emenda constitucional 29/2000.

Dessa forma, diante de apenas esses exemplos de órgãos que compõem o sistema do MS, verifica-se que há, no sistema montado para gestão da saúde pública no Brasil, uma estrutura que parece ser próxima do ideal, afinal, em tese, tem-se órgãos com suas designações específicas, com competências e atribuições bem definidas, e a expectativa seria de que, um sistema com tantos setores, tão bem definidos, pudesse obter resultados satisfatórios. Para tanto ainda é necessário a abordagem da questão orçamentária. Ou seja, a integração entre economia e direito deve acontecer visando uma melhoria de gerenciamento dos recursos financeiros. Está explícito na CF/88, em seu art 84, XXIII que compete ao Presidente da República encaminhar a proposta orçamentária do plano plurianual, do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento. Ou seja, a questão do orçamento, para promoção das políticas públicas, passa pelo poder executivo, daí a necessidade de se conhecer sobre políticas públicas, esse será o assunto abordado no próximo capítulo.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas consubstanciam-se em instrumentos do Estado para intervir na economia e também na vida privada do cidadão. Utiliza como respaldo para imposição de limites a esses cidadãos o que está previsto na Constituição, tendo sempre como objetivo principal assegurar as condições necessárias para a concretização dos objetivos elencados neste documento. Sendo assim, para que tenham êxito é necessária a combinação de vontade política e conhecimento técnico apropriado.

A transformação surgida na sociedade pós revolução industrial onde a livre concorrência e o estado liberal da época desencadearam “condições de trabalho duríssimas e muitas vezes inumanas”, demonstrou a insuficiência dos direitos individuais e a necessidade de mudanças de uma democracia política em democracia social.

A mudança de paradigma do mercado de produção do século XVIII, naquele momento mais intensa e, por sua vez, levando a uma alteração no modo de consumo, transformando-se em um consumo de massa desenfreado, como nunca antes observado, pede a manifestação do Estado em controlar, de alguma forma, essas novas relações que surgiam à época.

Porém, assim como houve essa mudança nas relações individuais, o Estado também sofre com a falta de planejamento para conter ou intervir em tais relações, observa-se assim o caos estabelecido também dentro do governo que não sabe com gerenciar tais mudanças. Esse é o estado constitucionalista liberal, que assume um papel estático, pois não lhe compete gerenciar a sociedade civil para a realização de fins comuns a esta para isto, existe o direito civil que rege as relações privadas.

Contudo, é bom que se lembre que mesmo nos estados que adotam políticas neoliberais, há no planejamento de seus governos o direcionamento “de que toda política econômica estatal baseia-se nas quatro metas constitutivas do chamado quadrilátero mágico: a estabilidade monetária, o equilíbrio cambial, o crescimento constante de produção e o pleno emprego”(COMPARATO, 1998, p.43).

Assim a história segue e, de fato, apenas no estado social de direito essa organização do estado intervindo na economia e na vida de seus cidadãos torna-se indispensável, não mais podendo ser negligenciada.

Com essa necessidade premente, o estado social, que antes tinha nas leis e normas o poder supremo manifestado pelo poder legislativo, agora precisa se reorganizar no sentido de programar-se para o fomento das políticas públicas ou programas de ações estatais que atendam aos interesses da coletividade e não apenas individual.

Nesse contexto, o poder executivo assume o controle do estado no que diz respeito as políticas públicas. Através de planejamentos estratégicos as atividades estatais atenderão à coletividade em suas necessidades.

Há que se definir o conceito de *política* e lembrar que tal conceito passou a fazer parte das cogitações jurídicas só a partir da revolução industrial, visto ser este o momento em que também se começa a considerar a necessidade de políticas que atendam as novas necessidades da comunidade.

A princípio tem-se como sugestão o entendimento de que política poderia ser entendido como uma espécie de padrão a se conduzir buscando sempre uma meta a alcançar.

Política poderia se contrapor ao conceito de princípio, pois as argumentações jurídicas pautadas nos princípios traz a tona os direitos individuais, que são estabelecidos no estado de direito por normas e atos, o que difere da idéia precípua de política que, não sendo um conceito jurídico, não é nem norma nem ato, distinguindo-se da realidade jurídica, e, por conseguinte, não poderá ser diretamente controlada pelo juízo de constitucionalidade, que tem por objeto, normas e atos.

Kasuo Watanabe traz manifestação de Oswaldo Canela Junior sobre o conceito de políticas públicas(WATANABE, 2013, p.215-216).

Por política estatal - ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas(Poder Legislativo), atos(poder Executivo) e decisões(Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.

As políticas públicas e os direitos fundamentais são categorias distintas, porém, entrelaçadas uma vez que o efetivo cumprimento de políticas públicas é o meio

através do qual os direitos fundamentais sociais podem ser implementados no Brasil.

Maria Paula Dallari Bucci, citada por Livia Regina Lage(2013, p. 161), apresenta o seguinte conceito de política pública:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando 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.

Considerando a opinião de Rodolfo Camargo Mancuso(2001, p. 730-731)

As políticas públicas podem ser consideradas como condutas comissivas ou omissivas da Administração Pública, em sentido largo, voltada a consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

As políticas públicas no nosso país precisam ser pensadas, refletidas, programadas e fiscalizadas visando respeitar o cidadão, e, num nível primário, tais políticas devem ser promovidas pelo poder executivo, poder esse que tem a legitimidade para fazê-lo, sempre pautado no princípio da legalidade e da finalidade que fundamenta todas as condutas dos gestores públicos para promoção da saúde pública.

Para que a universalidade do direito à saúde seja assegurada é imprescindível a responsabilidade orçamentária e financeira dos administradores da máquina pública.

Através do devido supervisionamento por parte dos órgãos fiscalizadores, o grave problema de desvio de verba pública deve ser tratado não apenas de forma paliativa, superficial e injusta, mas de forma efetiva, de modo estrutural, visto ser o direito fundamental à saúde um direito que atinge e envolve um número considerável de sujeitos, e através dele, preserva-se e garante um outro direito constitucionalmente previsto que é o direito a vida.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 109):

[...] o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela Lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Assim, pode-se mencionar, que além dos princípios anteriormente citados, há ainda que considerar o princípio da proporcionalidade que está vinculado ao direito constitucional. Ele ocorre por via dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2008, p. 395), ganhando relevante importância e atenção pois definirá as condutas dos estados, visando melhor adequação das políticas públicas.

O Princípio da proporcionalidade pretende instituir a relação ente fim e meio, confrontado o fim e o fundamento de uma intervenção com o efeito desta para que se torne possível um controle dos excessos. Esse princípio enuncia a idéia de que as competências da administração serão consideradas válidas quando dentro dos limites que atendam ao interesse público, fora isso, serão consideradas com ilegítimas, pois extrapolam os limites da legitimidade que lhe foi legamente conferida (Mello, 2008, p.110)

Assim, há que se considerar os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade nas opções dos administradores públicos quanto a locação dos recursos públicos disponíveis.

Segundo Sarmento (2008, p.555):

No quadro de escassez, não há como realizar todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é só por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia.

É importante que os gestores tenham isto em mente para evitar casos como os descritos pela imprensa que notícia frequentemente todos as ingerências cometidas pela gestão pública no que diz respeito a saúde pública brasileira.

Já que há limites de recursos, que seja ponderado a utilização destes para atender condignamente as necessidades definidas como mais urgentes, ainda que tal conceito seja um conceito indeterminado, ainda assim, pode-se contar com uma

avaliação técnica, de um profissional da área de saúde, e assim se poderá melhor definir pelo que seria urgente nesta seara.

Deve-se considerar também a inclusão do princípio da ponderação de interesses, pois através do exercício desse princípio, tem-se mais uma ferramenta para estabelecer os limites, tanto para o Estado na promoção de prestações positivas no que diz respeito aos direitos fundamentais, mas também nortear a conduta dos gestores no que tange a previsão do orçamento público e suas verbas específicas para área da saúde.

4.1 O ORÇAMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS:

Sabe-se que todo direito tem um custo. E quanto aos direitos fundamentais isto não é diferente. Para implementação de políticas públicas há que se planejar com ponderação, razoabilidade e boas escolhas.

A utilização da teoria da reserva do possível como argumento para justificar a escassez de recursos, pode ser argumento falacioso ao se ponderar que a escassez de recursos pode ser originária de escolhas mal feitas pelos gestores públicos. Muitas vezes a priorização de determinadas áreas é que faz com que os direitos considerados fundamentais e constitucionalmente garantidos não sejam implementados, não se tratando de falta de recursos, mas de má gerenciamento desses recursos.

É pertinente que o planejamento do orçamento público, seja realizado em conjunto com a ciência da economia, ou seja, Direito e Economia trabalhando juntos para oferecer um orçamento com maior propriedade e assim melhor distribuir os recursos públicos.

Com a prática do planejamento orçamentário permite-se que, além da alocação dos recursos públicos de forma a permitir uma maior eficácia das políticas públicas, também é possível um maior controle desses recursos no que diz respeito a responsabilidade dos gestores na administração pública.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei 101/2000) é um dos instrumentos que busca coibir a má distribuição dos recursos públicos. Em seu art 1º, §1º¹⁰ É importante que os agentes públicos, sejam os gestores públicos diretamente responsáveis pela elaboração das políticas públicas, sejam os servidores públicos envolvidos no planejamento orçamentário, tenham em mente, que apesar da cultura de que os recursos públicos podem ser usados indiscriminadamente, eles não mais podem “brincar” de elaborar um conteúdo orçamentário.

Tanto o executivo quanto o legislativo precisam ter a clareza de que os recursos públicos, destinados as despesas públicas e, conseqüentemente à implementação das políticas públicas, são de sua inteira responsabilidade enquanto agentes públicos. O judiciário tem o dever de atuar em situações de excessos, estará atuando exercendo a sua competência de controle do que é posto na Constituição e na legislação infraconstitucional, num quadro quando da inapropriada utilização dos recursos públicos, pela administração pública e também pelo poder legislativo.

Além da Lei de Responsabilidade Fiscal, outros instrumentos legais estão disponíveis para uma melhor implementação dos recursos públicos. O Plano Plurianual(PPA), que é o planejamento do governo para realizar ações estatais num período de quatro anos, ele encontra-se previsto no art. 165, inciso I da CF/88, além do PPA, estão também previstas constitucionalmente as diretrizes orçamentárias na Lei de Diretrizes Orçamentárias(LDO) e na Lei Orçamentária Anual(LOA).

Deve-se observar quais as necessidades públicas e, num sentido amplo, pode-se falar que tudo aquilo que incumbe ao Estado prover, em decorrência de uma decisão política, inserida em norma jurídica, é considerada necessidade pública. Essas necessidades públicas devem ser atendidas pelo Estado através de recursos, que serão provenientes de uma receita, que advém do pagamento de tributos, e tal receita deve ser considerada quando da realização do orçamento anual previsto nas

¹⁰ Art 1º, §1º, LC 101/2000 “A Responsabilidade na gestão fiscal pressupõe ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações e crédito, inclusive antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a pagar.”

nessas leis, e assim os recursos estatais podem ser bem melhor distribuídos nas efetivação de políticas públicas.

O direito financeiro pode ser inserido nesse contexto de atendimento e viabilização dos recursos para atendimento das necessidade públicas. Afinal, “a escassez de recursos sempre demandou que no trato da distribuição dos bens sociais, o Estado realizasse um ferrenho planejamento.(SABINO, 2013, P. 356)

De acordo com o doutrinador Regis Fernandes de Oliveira(2008, p.65)

A atividade financeira é precedida pela definição das necessidades públicas. Conhecendo-as, passam a existir três momentos distintos: a) o da obtenção de recursos; b) o de sua gestão(intermediado pelo orçamento: aplicação, exploração dos bens do Estado etc.) e c) o do gasto, com o qual se cumpre a previsão orçamentária e se satisfazem as necessidades previstas.

No momento em que há uma demanda para o Estado, há que se pensar em como concretizá-la. Os recursos para isto passam pela esfera do direito tributário, econômico, e sua gestão envolve o direito financeiro, que deverá encontrar os meios para atender tais demandas, neste caso, implementação das políticas públicas de saúde.

Ao informar todos esses instrumentos, cumpre manifestar que todo esse planejamento de políticas públicas passa pela necessidade da participação de inúmeros agentes, seja no plano jurídico, seja no plano administrativo e legislativo, cada um, com sua competência e técnica, poderia colaborar na concretização das políticas públicas, não apenas na implementação da saúde pública, mas na implementação de todos os demais direito sociais fundamentais, oferecendo à sociedade uma política pública que seja implementada com qualidade e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio mãe, deve o gestor público utilizá-lo para direcionar o seu olhar na melhor distribuição dos recursos públicos e conseqüentemente melhorar a qualidade no oferecimento dos serviços sociais, dentre eles a política de saúde pública.

No momento em que se vê a omissão do poder público na execução das políticas sociais, neste caso específico, de promoção da saúde pública, acaba-se por legitimar, de certo modo, a intervenção do poder judiciário para fazê-lo, visto a negligência do Estado, na sua face executiva, em providenciá-la. Esse é o fenômeno conhecido com judicialização da saúde, e que será abordado no próximo capítulo.

5 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE

Atualmente, uma das polêmicas questões que envolvem o Poder Judiciário é a possibilidade desse poder realizar o controle das políticas públicas.

Existe unanimidade quanto ao fato dos Poderes Legislativo e Executivo, cada um exercendo suas competências, implementarem as políticas públicas. Essa era a principal proposta de condução das ações públicas no Estado Liberal. O judiciário pouco intervia nas questões que envolviam políticas sociais.

Porém, com o Estado Social, a intervenção do poder judiciário na promoção e efetivação dos direitos fundamentais passou a “revela-se um tema dos mais instigantes e desafiadores da ciência jurídica contemporânea.”(ZUFELATO,2013,p. 309).

Essa nova perspectiva revela uma revolução paradigmática na efetivação dos direitos fundamentais.

Tem-se concretamente que algumas inovações devem ser registradas, como mostra Barbosa Moreira em seu artigo: O poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição, diz ele: (2005, p.764)

A Constituição de 1988 é importante sobretudo por aquilo que inova: por exemplo, quando consagra, ou faz ascender a nível constitucional, novos direitos sociais; quando amplia as atribuições do Poder Legislativo; quando confere autonomia financeira ao Poder Judiciário, quando acresce de modo notável o relevo institucional do Ministério Público; quando contempla com maior largueza Estados e Municípios na partilha tributária – e assim por diante.

O judiciário, ao apreciar a constitucionalidade de uma lei, no sistema democrático brasileiro, tem autonomia para manifestar-se em uma dimensão muito além do que simplesmente expressar o significado possível da lei no sistema jurídico, passou-se o tempo em que os juízes eram apenas “a boca da lei”.

Nesse momento, fica caracterizado um judiciário que atende ao moderno Estado Social, o livre convencimento do juiz permite-lhe buscar em outras ciências, como a sociologia, a ética, a história, a ciência política e não apenas na ciência jurídica, os

fundamentos necessários e pertinentes para a efetivação, pelo Estado, das políticas públicas.

Deve-se lembrar que, ao juiz, é permitida, ainda que implicitamente pela Constituição, uma ampla e livre interpretação do que diz a lei e a Magna Carta, na medida em que encontram-se nestes documentos jurídicos, conceitos indeterminados como justiça social e existência digna. Essa conduta do Poder Judiciário implica intervenção direta num espaço tradicionalmente reservado aos demais poderes.(Appio, 2005, p. 65)

Em tempos de neoconstitucionalismo, de pós-positivismo, o poder judiciário expressa, na verdade, o significado da Constituição. Mais do que simplesmente dizer qual é o significado, “acaba por instituir, como se constituinte fosse, a norma de conduta que predominará sobre todas as outras normas pelo caráter de supremacia imanente à Constituição”(Slaibi Filho, 2002, p.287-288).

Dessa maneira, pode-se considerar que o nível de atuação do judiciário abordando questões constitucionais está muito além da técnica jurídica. Há um exercício no sentido de que a vontade política seja expressa no modo de ser e nos valores que realmente importam na sociedade, sendo estes os ilimitados horizontes do poder constituinte.

Essa dinâmica de atuação do Poder Judiciário caracteriza o fenômeno de judicialização da política, levando este poder “à posição de protagonista de decisões que afetam os rumos da sociedade e que outrora ficariam delimitadas somente às escolhas construídas pelos Poderes Executivo e Legislativo.”(CRUZ, 2011, p. 78)

Vista esta perspectiva, fica claro que há um embate entre o que foi elaborado pelo legislador, o que, efetivamente, foi executado pelo gestor público na promoção dos direitos fundamentais e o que o Poder Judiciário tem decidido quando impõe à administração pública decisões com foco na prestação positiva dos direitos fundamentais.

Mauro Cappelletti em sua obra “Juízes Legisladores?” traz, no título, o questionamento que a doutrina tem feito diante das decisões que o judiciário tem proferido, principalmente, sobre questões envolvendo direitos fundamentais.

Questionamentos com este, tem demonstrado, que no sistema democrático brasileiro, os tribunais têm exercido função que originariamente pertencia ao Poder Legislativo. A justificativa para isto gira em torno das circunstâncias sociais, políticas e econômicas, evidenciando, de uma certa forma, uma inércia dos próprios poderes legislativo e executivo.

Andreas Krell manifesta posicionamento sobre essa distribuição de competências

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.(2002, p. 22)

Essa é a visão mais tradicional da teoria da separação dos poderes, que refuta a possibilidade de legitimação do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, salvo quando o executivo não o faz.

Porém, essa teoria tem sido revisada, visto que, no que diz respeito ao “controle dos gastos públicos e da prestação de serviços básicos no Estado Social, os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.”(KRELL,2002, p. 22)

Diante dessa realidade do ordenamento jurídico brasileiro, em que o Poder Judiciário vem garantindo os direitos fundamentais, existem doutrinadores que entendem que cabe ao judiciário realizar esta função. Porém, tal posicionamento não é unânime.

Ada Pellegrini Grinover(2013, p. 149), concorda que o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas, desde que o faça dentro dos limites impostos pela teoria da reserva do possível, considerando-a quanto ao seu sentido orçamentário-financeiro, ou seja, havendo disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado, para a realização do direito fundamental garantido, é possível a imposição judicial à administração pública da oferta daquilo que foi planejado

É importante pensar sobre a associação que vem acontecendo entre o controle de constitucionalidade, função típica do Poder Judiciário, e a implementação de políticas públicas, função atípica desse poder, mas que , ainda assim, vem sendo realizada por ele.

Cabe o despertar da reflexão sobre o que leva o Poder Judiciário a superestimar o seu poder e os demais poderes, Executivo e Legislativo, manterem-se acomodados, não assumindo a responsabilidade que, originariamente lhes cabe, na promoção efetiva dos direitos sociais fundamentais.

A ideia de que o Supremo Tribunal Federal é o “guardião da Constituição”, talvez responda esse questionamento. Afinal, se algumas das prestações positivas, que cabem ao Estado prover à sociedade não for feita, o exercício do direito de ação permite ao cidadão acionar o judiciário e esse, analisando o caso concreto, poderá impor à administração pública que o cumpra.

Dessa forma, os limites do judiciário estão sendo testados todo o tempo pelos demais poderes, uma vez que esses não assumem, perante a sociedade, a parcela de responsabilidade adquirida, quando do processo eleitoral que os habilitou representantes dos cidadãos.

Inclusive, existe uma parcela da doutrina que legitima apenas os Poderes Legislativo e Executivo como competentes na implementação das políticas públicas, utilizando, justamente, este argumento da representatividade eleitoral, uma vez que os membros desses poderes foram eleitos e escolhidos diretamente pelo povo, e só a eles, então, caberia a implementação das políticas públicas. Aos membros do judiciário não seriam possível tal mérito, visto não serem escolhidos através desse processo democrático.

Porém, tal teoria, como visto, não cabe mais dentro do cenário de inércia evidenciado principalmente pelo Poder Executivo na implementação das políticas públicas e consequente efetivação dos direitos fundamentais.

Ou seja, há que se rever o conceito originário da teoria da separação dos poderes.

5.1 TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A teoria da separação de poderes, criada por Montesquieu, nos remete a ideia de liberdade, e nos permite ter uma orientação quanto aos limites de competência de cada Poder dentro de um Estado ou, ainda, dentro de um Estado Democrático de Direito.

Essa teoria pode ser vista sob dois aspectos importantes: primeiro, a desconcentração de poder permitindo uma liberdade maior dos indivíduos, evitando-se assim, governos tirânicos.

Num segundo aspecto, quando se ignora o fator poder, e pensa-se no fator funções, a separação de poderes permite “aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições”(Dallari, 2012, p. 215).

No Brasil, a CF/88 elege a separação de poderes como cláusula pétrea, elencando-a no art. 60, inciso III, § 4º não permitindo que a separação de poderes seja objeto de deliberação em emenda constitucional que queira abolir tal regime.

Os limites do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário foram traçados no século XVIII, quando Montesquieu justificou que a separação de poderes, poderia oferecer às sociedades uma tentativa de garantir o exercício de uma democracia, evitando-se um governo despótico e tirânico.

Esta teoria é um dos argumentos que fundamentam a ilegitimidade do poder judiciário na promoção das políticas públicas. A ele seria apenas atribuído o dever de acolher, ou não, as demandas que lhes são trazidas, através do exercício do direito de ação.

Entretanto, baseando-se neste mesmo argumento, deve-se lembrar que todos os direitos, inclusive os direitos fundamentais, são passíveis de apreciação pelo judiciário, legitimando assim este poder à participar da democracia implementando políticas públicas.

No momento em que esse poder realiza a revisão judicial, utilizando o controle de constitucionalidade como ferramenta para reavaliação das leis ou atos normativos, estaria, de certa maneira, implementando políticas públicas.

Ao julgar um certo número de demandas, o poder judiciário acaba por atuar como uma espécie de “legislador”. O controle de constitucionalidade, tanto no âmbito do controle difuso, quanto no âmbito do controle concentrado permitem que as decisões judiciais implementem, ainda que de forma indireta, as políticas públicas que são de competência originária do poder executivo.

As críticas que envolvem a participação legítima do poder judiciário na implementação dos direitos fundamentais e das políticas públicas podem ser dirimidas quando argumenta-se que, através do direito de acesso à justiça, do exercício do contraditório e da ampla defesa, o juiz estabelece com as partes o diálogo, permitindo que todos se manifestem e participem do processo, para, ao final, proferir sua decisão pautando-se em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, além, por óbvio, de ponderar entre as regras e os princípios constitucionais.

Dessa forma, a legitimidade do Poder Judiciário na implementação da políticas públicas é concedida pela participação ampla dos sujeitos presentes no processo, ainda que seus membros não tenham sido eleitos através do processo eleitoral adotado no sistema constitucional brasileiro, refutando assim argumento anteriormente já apontado como contrário à participação do judiciário no implemento de políticas públicas.

Porém, há que se observar se o Poder Judiciário não esta sendo utilizado de forma indiscriminada como alternativa às competências atribuídas ao legislativo e executivo.

Assim é que o controle de constitucionalidade passou a ser a grande arena em que se degladiam os interesse que movem a sociedade moderna. As ações ajuizadas no judiciário, solicitando a implementação de políticas públicas, impõem ao Estado, de forma contundente, a necessidade de implementação dessas políticas, e encontra alicerce em diversos doutrinadores, alguns deles têm argumentos semelhantes, mas também divergentes, ver-se a seguir alguns entendimentos.

5.2 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS QUANTO A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O professor e juiz federal Dirley da Cunha Jr. posiciona-se de forma clara e incisiva, pautando-se na ideia dos novos modelos de Constituições sociais, que têm características transformadoras e assim, os direitos sociais fundamentais, dentre

eles, o direito fundamental à saúde, têm aplicabilidade imediata pelo poder judiciário, independentemente de uma prévia aprovação de política pública para tal efetivação.

Segundo ele:

Todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva de gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, complementando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto(2008, p.664)

Este posicionamento caracteriza essa nova fase do ordenamento jurídico brasileiro, o neoconstitucionalismo, que amplia o poder normativo da Constituição. Viu-se que na fase do constitucionalismo as normas que promoveriam os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro eram normas de caráter programático, que impunham orientações dirigidas ao poder legislador para sua elaboração, e, só então, na ausência do legislativo, o poder judiciário teria competência para atender de forma imediata a demanda que lhe fora apresentada.

Considerando posição mais ponderada, para o doutrinador e procurador do estado do Rio de Janeiro, Gustavo Amaral, seria importante, senão essencial, considerar o conceito de mínimo existencial no momento em que o aplicador do direito, neste caso, o Poder Judiciário, defere a tutela judicial de forma imediata.

Para ele, esse conceito deveria ser adotado pelo judiciário quando da opção pela imediata deferência do direito fundamental arguido pelo sujeito, e então neste caso, não haveria a necessidade de prévia ponderação dos demais poderes, quais sejam eles: o legislativo e o executivo.

Gustavo Amaral adota variáveis, denominadas por ele de essencialidade e excepcionalidade, para explicar a sua ótica de como o Estado deveria atender às demandas dos cidadãos ou mesmo, não fazê-lo. Para ele, esses conceitos são inversamente proporcionais, ou seja, dado o grau de essencialidade do direito fundamental é dever do Estado ofertar a sua prestação aos sujeitos, e essa essencialidade está diretamente ligada ao atendimento do mínimo existencial, e, conseqüentemente, para ele, ao respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Como pondera: “Quão mais necessário for o bem para a

manutenção de uma existência digna, maior será seu grau de essencialidade.”(2001, p.215). Assim, quanto maior for a essencialidade do direito, maior deverá ser a justificativa do Estado para o seu não atendimento.

Quanto a outra variável adotada, o referido autor considera a idéia de excepcionalidade do direito, ou seja, quanto mais excepcional for a necessidade da efetivação desse direito, menos será a responsabilidade do Estado em prestá-lo ao cidadão.

Assim, para Gustavo Amaral “Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue caso contrário, a escolha estatal será legítima”(2001, p.216).

Para o também procurador do estado do Rio de Janeiro , Daniel Sarmento, (2008, p.555):

No quadro de escassez, não há como realizar todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é só por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia.

Considerando pronunciamento, também relevante, do doutrinador Ronald Dworkin que considera que o papel dos tribunais seria a defesa dos direitos fundamentais, posiciona-se ele:

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. O ganho para as minorias sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas(...)Mas não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal.(DWORKIN, 2005, p 32)

Dessa maneira, existe doutrinadores que posicionam-se no sentido de que o judiciário é a alternativa para que a sociedade tenha a implementação dos direitos fundamentais.

Contudo, um outra doutrina refuta a idéia de que, ao Poder Judiciário, deve ser dada a última palavra na implementação dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente,

implementação das políticas públicas. Considera que o mais acertado seria a implementação dos diálogo entre os poderes estatais.

A proteção dos direitos sociais pelo judiciário desencadeia uma postura de redução das decisões democráticas, ou seja, decisões que envolvem a competência do poder executivo, por exemplo, seriam tomadas apenas pelo poder judiciário não parecem ser decisões pautadas na sabedoria.

É fato que, aos juízes, é dada a competência para decidir, e, por óbvio, quanto mais se decide, melhores são as decisões. Porém, no que tange aos direitos fundamentais e às políticas de saúde pública, existem critérios específicos que, por mais preparado que seja o magistrado, uma decisão conjunta teria maior chance de sucesso.

O professor Conrado Hubner Mendes traz posicionamento importante a ser considerado quanto a esse possível consenso que parece haver sobre o judiciário ter a última palavra, para ele “Uma teoria que aposte no discurso da última palavra, tal como é defendido, é, na melhor das hipóteses, míope e incompleta. Na pior, um apelo retórico e diversionista que não se sustenta nem empírica e nem teoricamente.”(2011, p. 12)

É importante salientar que dar ao judiciário o papel de controlador de direitos fundamentais, seria retirar dos demais poderes, a responsabilidade que lhes cabe no Estado Democrático de Direito.

Numa democracia e num Estado constitucionalista, as políticas públicas devem ser implementadas por um comprometimento político dos sujeitos que compõem esse Estado, ou seja, cabe ao Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, em conjunto, a prática de ações que atendam o que é ressaltado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Qualquer comportamento diferente disso, parece haver uma acomodação por parte dos demais poderes(executivo e legislativo), deixando nas mãos do judiciário uma responsabilidade que, somente em parte, lhe compete.

Os tribunais não podem fazer o que as instituições representativas não têm feito, seria ingenuidade ainda mais alarmante(MENDES, 2011, P.24) pensar dessa forma.

5.3 PONDERAÇÃO DE FATORES NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Teoria da Reserva do Possível mostra-se como o argumento preponderante quanto a dificuldade para o implementação das políticas públicas no Brasil. Em sua essência o conceito trata da defesa do Estado em justificar a impossibilidade de cumprimento de demandas não previstas no orçamento ou, ainda que previstas, não sejam possíveis de implementação.

Consigna-se importante referir que o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, vem caminhando no sentido da inadmissibilidade de invocação da cláusula da Reserva do Possível. Pode-se confirmar isto no recurso especial nº 482.611, do relator Ministro Celso de Mello:

“Ementa:

Crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao poder público. Programa sentinela–projeto acorde. Inexecução, pelo município de Florianópolis/SC, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819). Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental (rtj 185/794-796). **Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191--197).** Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo poder judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 –rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219-1220). Recurso extraordinário do ministério público estadual conhecido e provido.

Segundo a estruturação com que foi concebida à reserva do possível, a concretização dos direitos sociais prestacionais encontra-se condicionada aos limites dos recursos materiais do Estado, dependente, portanto, da ação estatal em prestações arcadas pelo erário (SILVA, 2010, p. 189).

Essa teoria fundamenta às decisões proferidas pelos tribunais com as limitações de ordem econômica que podem comprometer a plena implementação dos direitos sociais, ou seja, os direitos sociais prestacionais estão condicionados à existência de recursos para que o Estado, através de políticas públicas os implemente através de prestações positivas (SILVA, 2010, p. 189).

Desta forma, é impescindível que haja um redirecionamento entre o que o Estado dispõe para alocar os recursos disponíveis, visto que parece não haver recursos em abundância, e também um melhor gerenciamento desses recursos pelos gestores responsáveis por tal distribuição.

Trata-se de cumprimento de princípios constitucionais como o direito à saúde, mas, principalmente, o respeito a um direito que, além de constitucional, é também divino que é o direito à vida, e sabemos que diariamente tal direito é desrespeitado no Brasil.

Assim, há que se considerar a necessidade de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade por parte dos juizes na tomada de decisões que envolvam a saúde pública e a origem dos recursos a serem utilizados.

É importante que o magistrado tenha isso em foco, para evitar casos como os descritos pela imprensa que notícia frequentemente todos os abusos cometidos, como por exemplo, a escassez de vagas ante a inexistência de um adequado quantitativo de leitos, levando, muitas vezes, à morte de pacientes das mais variadas idades.

É daí que se retoma o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível, largamente utilizada pelas procuradorias dos estados da federação quando são solicitadas a darem explicações pelo não oferecimento dos serviços.

Uma alternativa para a concretização da política pública de saúde, tem sido visto através da jurisprudência pátria que tem entendido que, conforme preleciona a Lei 8080/90 em seu art. 8º, caput, na falta de leitos pertencentes ao Sistema Único de Saúde, sejam eles disponibilizados diretamente pela rede complementar, devendo o Estado custear a internação do paciente em leitos privados, como se ler no julgado abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. CARÊNCIA DE AÇÃO. NÃO RECONHECIMENTO. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA – UTI. AUSÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL PÚBLICO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR ÀS CUSTAS DO DISTRITO FEDERAL. POSSIBILIDADE.(...)3. Sendo assim, a falta de leitos em UTI para atender pacientes que necessitam, independentemente dos motivos que levam a tal situação, constitui evidente inadimplimento do dever estatal referido, o que autoriza a atuação judicial, não como indevida intervenção na prestação dos serviços públicos, mas como forma de assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. 4. Portanto, correta a tutela jurisdicional deferida que determina a transferência do paciente para hospital privado, arcando o Distrito Federal com os respectivos custos. Tal providência assegura o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação estatal injustificadamente inadimplida assegurando, dessa forma, a concretização do direito à vida digna.(...) TJ-DF 174620098070001 DF 000174616.2009.807.0001, Relator: 17 CÉSAR LOYOLA, Data de Julgamento: 25/11/2010, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 10/12/2010, DJ-e p.82)

Esse é apenas um exemplo do movimento que o judiciário tem feito para solucionar as demandas que lhe são solicitadas por todo o território nacional. E há que se ponderar bastante no momento de tais decisões, considerando a necessidade do cidadão, mas também do próprio Estado, tentando-se acertar e respeitar princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana.

Somando-se às decisões judiciais dos casos concretos, temos, como exemplo, também na tentativa de compensar as faltas do poder executivo na prestação positiva dos serviços de saúde, a Resolução 43, de 20 de agosto de 2013, na qual o Conselho Nacional de Justiça(CNJ) recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas específicas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.

Na ponderação entre o mínimo que o cidadão deve ter para uma vida digna, o orçamento público direcionado à garantia de direitos, como o direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à segurança, ou seja, direitos

constitucionalmente garantidos e definidos na Carta Magna do Brasil, e o que, de fato, é efetivado pelo Estado, há uma distância grande na concretização de tais direitos.

O Estado não deveria deixar de atender a interesses básicos como os acima mencionados. Porém, há uma distância entre o *ser* e o *dever ser* determinado no texto constitucional. Vemos que interesses políticos e econômicos se sobrepõem no direcionamento dos interesses sociais, e, neste momento, vemos que há a necessidade de decisões políticas mais acertadas (OLIVEIRA, 2008, p. 63).

Assim, considerando as teorias da reserva do possível, o mínimo existencial, o ordenamento normativo constitucional e legal, as necessidades da sociedade na busca de uma melhor assistência por parte do Estado, no que tange aos direitos constitucionalmente assegurados, além de todos esse fatores, há que se considerar que tem-se, no Brasil, uma Constituição recente, e muito ainda há que ser construído e implementado. Dessa forma, todos esses fatores devem ser analisados conjuntamente, sempre com o foco em produzir uma sociedade que atenda as necessidades de uma vida com dignidade.

O Estado brasileiro enfrenta diversas dificuldades no que tange a gestão de verbas públicas, temos fatores como a corrupção que exercita, a cada dia, melhores artimanhas para o desvio de tais verbas. O poder judiciário não tem o condão de transformar o caráter daqueles que gerenciam os recursos financeiros destinados à saúde pública. Mas faz a sua parte no momento em que exerce a sua competência no julgamento de ações que trazem demandas no âmbito da necessidade do cidadão ter garantido o direito à saúde.

Há que se levar em consideração que uma sociedade, em que a maioria dos seus cidadãos dependem do Estado para lhes oferecer uma vida digna, não pode deixar de empenhar-se para encontrar soluções que efetivamente venham a atender tais demandas sociais.

As políticas públicas no Brasil precisam ser pensadas, refletidas e programadas visando a respeitabilidade ao cidadão.

Tais políticas devem ser implementadas pelos poderes que compõem o Estado (executivo, legislativo e judiciário) devendo-se levar em consideração os princípios constitucionais e os demais fatores mencionados ao longo desse trabalho,

como a escassez de recursos, a reserva do possível, o mínimo existencial, os planejamentos estruturais e orçamentários que norteiam as condutas públicas, todos esse fatores devem ser considerados por todas os poderes do Estado.

Atribuir aos juízes, e apenas a eles, a competência que gira em torno de outros fatores, que não só o controle judicial, é limitar o poder de administração que cada instituição tem num Estado democrático. E, ao mesmo tempo, limitar que a população participe da implementação de políticas que são fundamentais para a proposta posta na Constituição, em seu art 3º e incisos, que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Os princípios constitucionais como moralidade e máxima efetividade tem como objetivo orientar o intérprete da norma constitucional para que o seu cumprimento se dê da forma mais eficaz possível, atendendo aos preceitos de todas as normas constitucionais, mas com maior ênfase aos direitos fundamentais. Dessa forma, haverá uma maior eficácia jurídica no que tange as normas com um todo, mas em especial à efetivação dos direitos fundamentais(CUNHA JR, 2008, p. 264-265)., quando tais princípios são considerados nas decisões.

Esta efetivação às normas de direitos fundamentais impõe ao Estado, e também aos particulares o dever de prestar assistência à sociedade, quer seja material, no exercício de prestações positivas, mas também no que diz respeito à prestações negativas, objetivando sempre a prestação efetiva do dever jurídico.

Além desse princípio, deve-se considerar também o princípio da moralidade, e deve-se considerá-lo não apenas sob o ponto de vista jurídico, mas também social.

A moral social, que é diferente da ótica jurídica, cumpre o papel de incluir a moralidade para além dos princípios da administração pública. Ela define também a opção dos sujeitos quando estes então inseridos numa democracia, é preciso que haja empenho moral para que a implementação dos direitos fundamentais, seja realizada por todos, e não apenas delegada ao judiciário.

No atual modelo democrático a revisão judicial atribui ao Poder Judiciário essa autonomia para resolução das questões pertinentes aos direitos fundamentais, porém, ela precisa ser revista.

Seria pertinente a reflexão quanto a essa responsabilidade estar, atualmente, em grande parte, nas mãos desse Poder.

Esta escolha acaba por promover a atrofia dos demais poderes, legislativo e executivo, que, nas demandas referentes aos direitos fundamentais exercem as suas competências de forma menos consistente e efetiva, furtando-se à elaboração de leis e atos administrativos que verdadeiramente concretizem as políticas públicas.

Somado a esta realidade, é importante que se pondere sobre as questões que foram ressaltadas anteriormente ao longo desse trabalho.

As competências profissionais são inúmeras, e devem ser somadas objetivando a solução dos problemas de saúde pública, que são ainda maiores. A realidade de uma população mal assistida em questões de saúde pública é fato concreto e real, não cabendo argumentação contrária

Dessa maneira, a idéia de que ao Poder Judiciário caberia a última palavra em termos de implementação das políticas sociais, não passaria de uma acomodação diante das responsabilidades que todos os Poderes têm diante da população.

Assim, pugna-se pela adaptação da antiga teoria da separação de poderes à realidade dos dias atuais. Um Estado Social que ainda necessita da intervenção dos Poderes estatais na implementação das ações sociais, deve ter suas competências muito bem delimitadas e devem dialogar no sentido de oferecer à sociedade os direitos fundamentais da carta de 1988 que ainda não foram implementados.

O exercício do diálogo não é simples, mas se faz necessário, visto que o modelo que até o momento foi adotado para implementar as políticas públicas de saúde evidenciam a pouca efetividade num país que chega ao século XXI, com questões básicas de saúde ainda não solucionadas. Não se pode usar a teoria da reserva do possível, nem para argumentar sobre a escassez de recursos, e nem para refutá-la sob o argumento de que o Estado deve promover os direitos fundamentais, pois, na ponderação entre princípios constitucionais, o direito à saúde e à vida deveria prevalecer em relação aos demais direitos sociais.

A ideia da última palavra parece trazer a tona uma circunstância que coloca, principalmente, o Poder Executivo, mas não apenas ele, numa posição cômoda em relação a implementação dos direitos fundamentais.

Delegar ao Poder Judiciário o controle, ainda que seja através do controle de constitucionalidade, da implementação das políticas públicas limita o exercício desse diálogo entre as instituições que sustentam o Estado Democrático de Direito.

É necessário ter em mente que não há que se falar em última palavra, visto que a implementação dos direitos fundamentais, na sociedade contemporânea em que eles precisam ser implementados, e num Estado neoconstitucionalista, assumem um caráter dinâmico, não são estanques, sofrem alterações e, por isso, a última palavra precisará sempre ser alterada, através do diálogo, entre as instituições que devem implementar, juntas, as políticas públicas e efetivar os direitos fundamentais, dentre eles a saúde pública.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, em especial, o direito à saúde clamam por assistência digna no Estado Democrático Brasileiro. O Brasil tem em sua Constituição, no seu artigo 6º um rol de direitos sociais aguardando, há quase 26 anos, para serem implementados de forma eficaz e concreta perante uma comunidade que não tem recursos financeiros para ter o seu bem mais precioso preservado, a vida.

Não são poucos os casos de desrespeito à vida que tem-se a oportunidade de conhecer neste país. A ineficácia do Estado em implementar o direito à saúde traz, não apenas para o indivíduo que não foi atendido em sua necessidade básica de saúde, mas, muitas vezes, tem-se famílias inteiras que são alijadas da convivência com seu ente querido pois, ante a inércia da administração pública no implemento da saúde, seu parente falece.

Existem inúmeros fatores que foram abordados neste trabalho que precisam ser revistos pela administração pública, em especial pelo poder executivo, responsável direto pela implementação dos programas de saúde pública.

Por outro lado, foi observado que há um programa de políticas públicas para a saúde, estruturada através do Ministério da Saúde que, se efetivamente implementadas, resolveria boa parte dos problemas enfrentados pela sociedade.

Na falta de implementação das políticas públicas pela instância governamental que, originariamente, é competente para tanto, surge no Brasil a atuação do Poder Judiciário assumindo o papel de gestor público e implementando políticas públicas.

Porém, com esse trabalho, a intenção foi analisar se seria mesmo o Poder Judiciário o poder competente para dar a última palavra no quesito implementação de políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais.

Conclui-se que, na verdade, não há que se falar em última palavra dada pelo Poder Judiciário. Pois, não há última palavra quando se trata de saúde, ou mesmo, de vida.

A saúde não é um bem inalterável, é dinâmico, precisa ser revisitada pelo Poder Público sempre, e num país que se diz democrático como Brasil, os direitos sociais fundamentais precisam receber atenção de todas as instâncias do Estado, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

A população usuária do Sistema Único de Saúde não é diferente de qualquer outro cidadão desse país. Todos precisam ser assistidos em seus direitos fundamentais, e essa assistência só se torna eficaz quando o cidadão e a própria sociedade percebe que as suas necessidades estão tendo o empenho adequado e respeitoso por parte dos órgãos competentes para realizá-las. Neste momento, observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo respeitado.

No Brasil falta comprometimento de muitos órgãos competentes para efetivação das políticas públicas de saúde, e também dos demais direitos fundamentais. É necessária, além de uma mudança cultural diante da responsabilidade que cabe a cada servidor público ter com o dinheiro público, há também uma necessidade gritante de moralidade dentro dos serviços públicos.

O poder Judiciário, ao implementar o direito à saúde está, na verdade, realizando competência pertencente ao Poder Executivo que, de forma inerte, não implementa os programas de saúde pública estruturados.

Dessa forma, o presente trabalho monográfico, através de todas as pesquisas e estudos realizados conclui que ao Poder Judiciário não deve ser dada a última palavra quanto a competência para implementação das políticas públicas para a saúde.

Esse problema precisa ser solucionado com servidores públicos comprometidos com o ser humano e com o seu próprio dever de cidadão, aprendendo que o dinheiro público, é público, e não particular, não lhe é permitindo ser utilizado de maneira indevida, não promovendo ou implementando os direitos fundamentais num país social como o Brasil.

Assim, as decisões para implementação das políticas públicas de saúde precisam ser elaboradas por todos os poderes de forma conjunta. Através do exercício constante do diálogo entre o Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo o direito à saúde deverá ser implementado de forma eficaz.

Há que se fazer uma grande mudança no implemento das políticas públicas no Brasil. Além disso, e também necessária um mudança no modelo de comportamento do ser humano com aquilo que é público, entendendo o verdadeiro significado dessa palavra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha** – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá. 2005.

BARCELOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-social e Controle Jurídico no Espaço Democrático**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, nº 3, jul/set 2006, p. 54 – 84.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba: v 11, nº15, Nov/2008, p. 13 – 38.

_____. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3208>. Acesso em 28 de maio de 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANDÃO, Jesé. Agonia do SUS. **Revista Vida & Ética**. Revista do CREMEB, Salvador: ano 3 – nº 9, 2012, p.9.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Recomendação nº 43 CNJ**, de 20 de agosto de 2013. Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamentos dos processos relativos à saúde suplementar. Brasília, DF, 20 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/26014-recomendacao-n-43-de-20-de-agosto-de-2013>

_____. **Lei 8080/1990**, de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 de setem. de 1990. Disponível em: <<<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2014.

_____. **Lei 8142/1990**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF, 28 de dezem. de 1990. Disponível em <<<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8142.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2014.

_____. **Lei Complementar 101/2000**, de 04 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF, 04 de Maio de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm .Acesso em 28 de maio de 2014.

_____. **Lei Complementar 141/2012** de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o §3º do artigo 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateios dos recursos de transferência para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde mais de 03(três) esferas de governo; revoga dispositivos da lei 8080/1990 e 8689/93 e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de janeiro de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm. 28 de maio de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 482.611. Recorrente: Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido: Município de Florianópolis. Relator Ministro. Celso de Mello. Brasília. 23 de março de 2010. Disponível em: <www.mpba.mp.br/atuacao/infancia/violencia/jurisprudencias/RE482611CM. Acesso em 18 de maio de 2014.

_____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. nº 45, Rel. Ministro. Celso de Mello. julgado em 29 de abril de 2004. Brasília. DJU 05/09/2007, pub. em 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345htm>. Acesso em 29 de maio de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Antecipação dos Efeitos da Tutela. TJ-DF 174620098070001 DF 000174616.2009.807.0001, Relator: Data de Julgamento: 25/11/2010, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 10/12/2010, DJ-e p.82). Acesso em 24 de maio de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª região – Estado do Ceará. Apelação Cível nº 271/CE. Processo (2004.81.00.022066-9), juízo da 4ª Vara Federal do Ceará (Fortaleza), 2ª turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha. Jugado em 24 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/archive/2012/02/200481000220669_20120202_2764471.pdf. Acesso em 25 de maio de 2014.

_____. **PIDESC, Pacto Internacional sobre Direito Econômico, Sociais e Culturais**. http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 20 de maio de 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Lamedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

COMPARATTO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: a 35 n. 138 abr./jun. 1998, p 39 – 48.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da, **Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental** - Lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Fichtiner. **Direito Fundamental à Saúde** - Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe(Orgs). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 123 – 150.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha** Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LÔBO, Ricardo Torres. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LOPES, Ana Maria D’Avila. Hierarquização dos Direitos Fundamentais? *In*. PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Doutrinas Especiais dos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, p. 53 - 70.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **A Ação Cívica Pública como Instrumento de Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas**. *In*: MILARÉ, Édís(Coord.). **Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 -15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p707 -751.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Ministério da Saúde. **O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios**. Brasília: MS, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição**. In: SLABI FILHO, Nagib. **Revista Forense Comemorativa 100 Anos**. Tomo I Rio de Janeiro: Forense, 2005,, p. 76.3 – 771.

NETO, Flriano Azevedo Marques. O Choque de Direitos e o Dever de Tolerância. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Doutrinas Especiais dos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2011, p. 1081 - 1089.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de Proteção à Saúde: Efetividade e Limites à Intervenção do Poder Judiciário. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 865, novembro 2007, terceira seção, p. 54 - 84

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa sua Limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe(Orgs). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 353 – 386.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SILVA, José Afonso. **O Constitucionalismo Brasileiro – evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Aplicabilidade da Normas Constitucionais**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde: O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve História do Controle de Constitucionalidade. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ**. Rio de Janeiro: v. 5, nº 20, 2002, p. 284 - 319.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas -“Mínimo Existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In:

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo (Orgs). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 – 224.

WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema de Saúde no Federalismo Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. Rio de Janeiro: ano 8, nº 32, jul/set 2000, Revista dos Tribunais, p.153 – 192.

SADEK, Teresa Maria. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo (Orgs). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2013, p. 01 - 32.

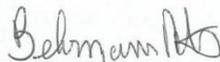
ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial da Políticas Públicas Mediante Ações Coletivas e Individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo (Orgs). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 309 – 331.

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

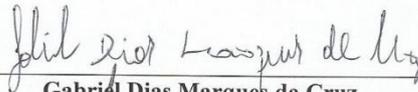
Aos 15 (quinze) dias do mês de agosto de dois mil e quatorze realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 14h00, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) **Emilena Rúbia de Melo Porto Alves**, intitulada *O Direito Fundamental à Saúde e a competência do Poder Judiciário para dar a última palavra na implementação das políticas públicas no Brasil*, estando presente o (a) Orientador (a), professor (a) **Carlos Eduardo Behrmann Rátis**, os demais componentes da Banca Examinadora, Professor (a) **Gabriel Dias Marques da Cruz** e Professor (a) **Geovane de Mori Peixoto** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados sob a presidência do Orientador e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Carlos Eduardo Behrmann Rátis	10,0	
Gabriel Dias Marques da Cruz	10,0	
Geovane de Mori Peixoto	10,0	

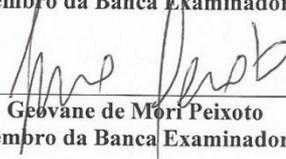
Nada mais havendo a tratar, o Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Carlos Eduardo Behrmann Rátis
Professor Orientador



Gabriel Dias Marques da Cruz
Membro da Banca Examinadora



Geovane de Mori Peixoto
Membro da Banca Examinadora

Salvador, 15 (quinze) de agosto de 2014.



R. VISCONDE DE ITABORAHY, Nº 989, AMARALINA
SALVADOR - BAHIA, TEL: 71. 3205.7700
www.faculdadebaianadedireito.com.br