

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA COMO RESULTADO DA INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Suedja Márcia dos Santos Araújo¹

Lenice S. Moreira de Moura²

RESUMO

Analisa-se a notória crise administrativa na área da saúde pública do Brasil, a qual se reflete no aumento progressivo das demandas judiciais sobre saúde, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Diante desse cenário, o presente trabalho visa refletir sobre o excesso de ativismo judicial na saúde pública, e que acaba por postergar a prestação de um direito fundamental, em razão da inobservância ao princípio da eficiência pela Administração Pública. Esse princípio, que se ampara na chamada “boa administração”, remete o administrador a buscar o melhor resultado com base no planejamento estratégico, na economicidade, na fiscalização, sem, contudo, afastar-se do princípio da legalidade. A partir dessa análise, demonstra-se uma gestão que permita solucionar os assuntos da saúde pública na seara administrativa, reduzindo ações nessa matéria. Para tanto, realizou-se pesquisa de caráter teórico, qualitativo e eminentemente bibliográfico, através do método dialógico, com fins de diagnosticar o motivo da judicialização da saúde pública no Brasil.

Palavras-Chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde pública. Princípio da eficiência.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: suedjaa@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN E-mail: leniceray@gmail.com

JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH AS A RESULT OF THE EFFICIENCY PRINCIPLE UNOBSERVANCE

ABSTRACT

It analyzes the notorious administrative crisis in public health in Brazil, which is reflected in the progressive increase of litigation on health, according to data from the National Judiciary Council (CNJ). Against this backdrop, this paper aims to reflect about the excess of judicial activism in public health, which ultimately delays the provision of a fundamental right, due to the efficiency principle unobservance by the Public Administration. This principle, which supports the so-called “good governance”, refers the administrator to seek the best outcome based on strategic planning, economics, supervising, without, however, departs from the principle of legality. From this analysis it is shown that management will address the issues of public health to the administrative area, reducing lawsuits in this matter. In order to it, it has been carried out a theoretical research, qualitative and eminently bibliographic review, through the dialogic method for the purposes of diagnosing the cause of judicialization of public health in Brazil.

Keywords: Right to health. Judicialization of public health. Efficiency principle.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito à saúde está previsto expressamente no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e decorre do direito fundamental à vida estampado no artigo 5º da Carta Magna. Traduz-se como um direito de acesso universal, cuja prestação pelo Estado dar-se-á através do Sistema Único da Saúde (SUS), conforme disposição constitucional (artigo 198) e de duas principais leis regulamentadoras: Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90. Apesar da farta legislação acerca da organização das ações e serviços em saúde, além das previsões sobre o financiamento do sistema trazidas pela Emenda Constitucional nº 29/00 (EC 29/00), existe um déficit fático na prestação dos serviços de saúde pública aos usuários do SUS.

Em razão das falhas no referido sistema, que não executa as políticas públicas em saúde de forma adequada, a população tem buscado a garantia daquele direito junto ao Poder Judiciário. A excessiva judicialização da saúde, por sua vez, resultado de crescente número de ações cujo objeto diz respeito à violação a um direito essencial, acaba por colocar em xeque a força normativa da Constituição e o modelo democrático de independência e separação dos poderes.

O enfoque da maior parte dos estudos sobre o assunto é no sentido de estabelecer critérios objetivos que facilitem a decisão de juízes e tribunais. Entretanto, pouca atenção tem sido dada ao ponto central do problema, que consiste na inobservância ao princípio da eficiência pela Administração Pública.

Nesse sentido, evidente torna-se a importância da presente discussão em ocupar-se da abordagem da resolução dos problemas de saúde pública na esfera administrativa, visto que o excesso de ações judiciais, nas quais o Poder Público ocupa o pólo passivo, configura o desvirtuamento dos objetivos do Estado de Direito.

O trabalho insere-se na esfera acadêmica e ampara-se num estudo de natureza teórica, qualitativa e eminentemente bibliográfica. Sua abrangência dá-se em nível nacional, sob a luz da análise da Constituição Federal de 1988 e legislação ordinária em matéria de saúde, bem como da mais importante produção doutrinária relacionada ao tema, utilizando-se para tanto do método dialético.

A elaboração desta pesquisa demonstrou a relevância do direito à saúde, visto que constitui direito fundamental decorrente do mais importante dos direitos: o direito à vida. Tornou-se evidente também as mudanças ocorridas no modelo de saúde pública adota pelo Estado brasileiro, que evoluiu de um modelo “campanhista” totalmente excludente para um

modelo sanitista cuja proposta é oferecer atendimento de forma universal, com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana que orienta a Carta Magna de 1988. Ademais, constatou-se que a gestão do SUS tem ocorrido tão somente através da edição de portarias, decretos e resoluções do Ministério da Saúde, o que não se mostrou suficiente para concretização do direito à saúde. Como decorrência desse déficit na prestação do atendimento à população, emerge o fenômeno da excessiva judicialização da saúde pública, que por sua vez tem afrontado tanto princípio democrático da separação dos poderes como a cláusula da “reserva do possível”. Como forma de contornar essas disparidades, que em última análise prejudicam os povos mais carentes, destaca-se a necessidade de aplicação do princípio da eficiência pela administração pública.

Por fim, aponta-se o modelo bem sucedido de gestão do Conselho Nacional de Justiça, inserido no contexto da Reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45/04 (EC 45/04). Trata-se da existência de um órgão com atribuições essencialmente administrativas, que tem buscado melhorar a oferta dos serviços judiciais, orientando-se pelo princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

2 DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO À VIDA

Afirma Sérgio Pinto Martins que em 1946 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) definiu saúde como “um estado de bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade”. Na esfera jurídica, a saúde corresponde a um direito fundamental social, conforme as previsões inseridas no art. 6º da Constituição Federal do Brasil de 1988. Nesse sentido, o capítulo dedicado à Seguridade Social da Magna Carta, que compreende as disposições acerca de saúde, previdência social e assistência social, aponta em sede do art. 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Importa ressaltar que a organização dos serviços em Saúde não se confunde com as prestações relativas à Previdência Social e Assistência Social. Conforme Fábio Zambitte Ibrahim, “tem o escopo mais amplo de todos os ramos protetivos, já que não possui restrição à sua clientela protegida – qualquer pessoa tem o direito ao atendimento providenciado pelo Estado – e, ainda, não necessita de comprovação de contribuição do beneficiário direto.”

O legislador constituinte considerou que as ações e serviços públicos em saúde devem ser oferecidos através do Sistema Único de Saúde (SUS), que por sua vez deve ser concebido

segundo três diretrizes principais: descentralização da organização dos serviços, atendimento integral aos usuários e participação da comunidade na elaboração das políticas públicas em saúde.

O Texto Maior de 1988 foi pioneiro na elevação da saúde à categoria de direito fundamental, seguindo o exemplo dos diplomas constitucionais da Itália (1948) e de Portugal (1976), segundo remete Uadi Lammêgo Bulos. Esse mesmo autor, ao citar posição do Supremo Tribunal Federal (STF), considera que “o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.”

A vida humana é o mais importante dos direitos fundamentais, imprescindível que é para a existência de todos os demais direitos do ser humano, inserindo-se no art. 5º, caput, da Constituição Federal. De acordo como o constitucionalista acima citado:

Seu significado constitucional é amplo, porque ele se conecta com outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Compreendido em duas perspectivas, o direito à vida abrange o direito de continuar vivo bem como resguarda a possibilidade de uma existência digna, desde o momento da concepção no âmbito uterino. Trata-se, portanto, de um direito cuja essencialidade é requisito para a materialização dos princípios da República Federativa do Brasil.

Em se tratando de direitos fundamentais, vale ressaltar que são direitos humanos inseridos na óptica do movimento constitucionalista orientado a limitar o poder do Estado e promover, em última análise, a concreção do princípio da dignidade humana. Nesse desiderato, somente é possível conceber a legitimidade de um regime político que se comprometa com a proteção dos direitos fundamentais.

Edilson Pereira da Silva, ao retomar as classificações doutrinárias de Jellineck e Alexy, aponta que a saúde constitui um dos direitos sociais ou direitos a prestações positivas, vedada terminantemente a omissão estatal. Está inserida, portanto, na segunda geração de direitos humanos, mais amplamente difundida nos diversos ordenamentos jurídicos após a Segunda Guerra Mundial.

Ressalte-se, por fim, que existe uma relação íntima entre direitos humanos, democracia e paz no âmago de uma sociedade. Elucida Bobbio que “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”. Relembra ainda o jurista italiano que o dilema atual dos direitos fundamentais não reside na sua definição ou fundamentação senão na tutela jurídica que garanta a concretização dos mesmos.

3 EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Os primeiros registros de prestação de serviços de saúde pública no Brasil datam do século XIX, com a vinda da Corte Portuguesa ao Brasil. As ações resumiam-se, à época, em combater a peste, a lepra e fazer o controle sanitário de portos e ruas, sendo que a maior parte da população dependia exclusivamente de centros filantrópicos que ofertassem serviços médicos.

Entre 1870 e 1930, o modelo “campanhista” volta-se para controlar doenças epidêmicas, e caracterizou-se por obrigar a população a vacinar-se, empreendendo inclusive o emprego de força policial para tanto. A partir da década de 30, surgem os institutos de previdência social (IAPs), que ofereciam serviços de saúde para determinadas categorias profissionais.

Ao longo do Regime Militar, os Institutos de Previdência são unificados através da criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), cuja cobertura abrangia apenas os trabalhadores urbanos com carteira assinada. Importa reconhecer que nesse período grande parte da população não tinha qualquer acesso à saúde pública, dependendo exclusivamente de casas de caridade ou de estabelecimentos privados. (BARROSO, 2008)

A partir da década de 1980 surge o chamado “movimento sanitaria” que teve como momento de maior expressão a Assembléia Constituinte que promulgou a Carta Magna de 1988. Dessas reivindicações sociais resultaram os dispositivos constitucionais que prevêm expressamente o direito à saúde, com especial destaque ao art. 196 do Texto Maior:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Entre os princípios informadores do direito à saúde, impende ressaltar os seguintes: o acesso universal e igualitário; rede de serviços regionalizada e hierarquizada, integradas em sistema único; participação da comunidade; descentralização das competências, cujo comando deve ser único em cada esfera governamental; participação da iniciativa privada de modo suplementar e atendimento integral. (MARTINS, 2009)

Reconhece Uadi Lammêgo Bulos que nesses elementos a demonstração “que, de um lado, a saúde é um direito constitucional difuso de toda a comunidade, e, de outro, um direito social básico do indivíduo (CF, art. 6º).” O termo universalidade, por sua vez, relaciona-se ao fato de que a oferta dos serviços independe da condição social do indivíduo, ou seja, não é lícito à Administração Pública negar assistência médica sob alegação de que determinada pessoa dispõe de bastantes recursos financeiros.

Quanto ao financiamento de medicamentos e procedimentos clínicos na seara pública, o art. 198, §1º da Constituição Federal disciplina que serão oriundos dos recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de fontes outras. Lembrou o legislador ainda de impedir o direcionamento de subvenções às instituições privadas em saúde com fins lucrativos, conforme preconiza o art. 199, §2º da Carta Magna.

Com o advento da Emenda Constitucional 29/2000, foram fixados percentuais mínimos de investimentos de cada esfera de governo na saúde pública, alterando-se o art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Previu o legislador derivado também a elaboração de lei complementar que disciplinasse esse assunto após 2004. Como esta norma ainda não foi editada, continuam sendo aplicados os ditames da referida emenda constitucional.

Ademais, sobre a destinação da receita dos concursos de prognósticos, temos a seguinte preconização da Lei 11.345/2006:

Art. 2º -

...

VI- 3% (três por cento) para o Fundo Nacional de Saúde, que destinará os recursos, exclusivamente, para ações das Santas Casas de Misericórdia, de

entidades hospitalares sem fins econômicos e de entidades de saúde de reabilitação física de portadores de deficiência;

Desse modo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são conjuntamente responsáveis pelo aporte de recursos para financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), cujas atribuições constitucionais serão a seguir enumeradas.

4 GESTÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 também previu a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que materializa uma rede regionalizada e hierarquizada de serviços e ações em saúde pública. Uma vez que a disciplina da *Lex Mater* constitui norma programática, coube a Lei Nº 8.088/90 estabelecer a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde, regendo-se pelos princípios da universalidade, subsidiariedade e da municipalização.

A regra do sistema é a descentralização administrativa, uma vez que os municípios ganharam a atribuição de prestar os serviços diretamente às suas populações. A União e os Estados, por sua vez, têm caráter supletivo no modelo, suprimindo eventuais ausências daquelas localidades. Contudo, é importante ressaltar que os três entes são responsáveis quanto ao financiamento das ações. (BARROSO, 2008)

No que tange aos objetivos do SUS, Sérgio Pinto Martins especifica os seguintes:

a. a identificação e a divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; b. a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância de riscos de doenças e de outros agravos; c. a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

A Lei Nº 8.088/1990 (BRASIL, 1990) aponta que a direção do SUS será exercida na União por meio do Ministério da Saúde. No âmbito dos Estados, Distrito Federal e municípios, a administração ocorrerá através das respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes.

Outra norma infraconstitucional importante em matéria de saúde diz respeito à Lei Nº 8.142/1990 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre a participação popular na formulação das políticas públicas através dos Conselhos de Saúde em cada ente federativo e das Conferências de Saúde.

O Conselho de Saúde trata-se de órgão colegiado composto por gestores, técnicos e usuários, no sentido de decidirem acerca do planejamento e estratégia em saúde, bem como os investimentos financeiros mais relevantes, cabendo a homologação das decisões ao respectivo chefe do Executivo. As Conferências de Saúde, entretanto, não são órgãos permanentes. Correspondem a reuniões realizadas a cada quatro anos, reunindo diversos segmentos da sociedade, no intuito de estabelecer prioridades e diretrizes que servirão de subsídio para as decisões dos Conselhos de Saúde.

Quanto ao âmbito exclusivamente relacionado à gestão dos SUS, não existe um órgão encarregado de planejar, fiscalizar e investir quanto aos medicamentos e serviços prestados. Existe, de fato, vasta legislação desarticulada que vem tentando orientar as diversas esferas administrativas ao longo dos anos, a exemplo da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde (NOB/96); Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAS-SUS 01/2001); Portaria Nº 373/2002 do Ministério da Saúde; Portaria Nº 325/2008 do Ministério da Saúde, entre outros.

Em razão da farta legislação disponível, bem como do percentual mínimo aplicados pela Administração Pública em matéria de saúde, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se omissos. (BARROSO, 2008)

5 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam um aumento significativo no número de demandas judiciais que envolvem a matéria saúde pública. Em agosto de 2010, aquele órgão judiciário criou o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. Em novembro do mesmo ano, realizou-se na cidade de São Paulo o I Seminário do Fórum, oportunidade em que foram revelados dados alarmantes e inéditos: percentual de 0,5% de todas as ações do país versa sobre saúde.

Em razão de saúde e vida serem direitos fundamentais que devem ser garantidos através de normas do Legislativo e da implantação de políticas públicas pelo Executivo, resta claro o desrespeito dos preceitos constitucionais na medida em que cada vez mais o judiciário é chamado para resolver tantas violações àqueles direitos. (BULOS, 2008)

Em tempos remotos, a obrigação do juiz era uma mundividência religiosa. Hoje, pretende-se que assume feições de “governance” global. Termos hodiernos freqüentes na esfera judicial são “accountability”, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos juízes; “responsiveness”, respondendo as aspirações de justiça da sociedade; e “good governance”, a fim de evitar a marginalização dos tribunais e juízes. Sugerem todos o sucesso na escalada jurisdicionalizadora dos conflitos. (CANOTILHO, 2007)

O poder de defesa dos direitos dos cidadãos substitui o juiz executor, surgindo novas funções e novas dimensões do direito. Entretanto, a mudança de perspectiva está vinculada à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático.

As implicações políticas da função judicial legitimam-se na concretização das regras e princípios constitucionais e na interdependência e independência entre os poderes do Estado. Ultrapassam-se os limites metodológicos tradicionais com amparo na concretização dos direitos, ponderação de bens e direitos e na competência orçamentária (políticas públicas de direitos).

A aproximação dos conceitos de direito e política aponta que a constituição deve ser estudada como estatuto jurídico do político, ou seja, existe uma justiça que controla a constitucionalidade da política no sistema democrático. Matérias relevantes nos tribunais hoje são a ciência política e sociologia política, na medida em que o poder judiciário assume feições organizacionais, com funções decisórias influenciadas pelas origens sociais dos magistrados, bem como pelos quadros políticos e sociais de referências desses atores judiciários. (CANOTILHO, 2007)

O esquema rígido de tripartição dos poderes não se mostra adequado frente às necessidades do Estado contemporâneo. Segundo Luís Roberto Barroso, houve uma ascensão institucional do Poder Judiciário, que passou a desempenhar papel político. Por conseqüência, houve uma modificação da relação daquele poder com a sociedade.

A atividade de pacificação no Estado Democrático de Direito ensejou o afastamento do esquema hermenêutico clássico quando da existência de ameaças e agressões a direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. A aplicação mecânica da lei foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade. O Estado liberal entra em crise e cede espaço

ao Estado Social. Como consequência, surge uma ânsia pela justiça material e o incremento dos poderes do juiz. (FURTADO, 2009)

O poder judiciário presta-se cada vez mais a solução dos conflitos coletivos, para agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania. O legislativo, em meio ao contexto de rápidas mudanças sociais, é compelido a utilizar formulas legislativas flexíveis e elásticas, conhecidas como legal Standards, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Há o favorecimento, como sucedâneo, da normatividade de princípios e da juridificação da política.

Emergiu o cenário da “época da decodificação”, com alterações legislativas casuísticas, inflação legislativa e conseqüente desvalorização da multiplicidade de leis. Em outra vertente, o vazio deixado pelos outros poderes é levado ao judiciário, e como este não pode eximir-se de julgar, há o incremento de maior discricionariedade judicial. Outro aspecto importante são as crescentes tutelas de urgência, que tendem a ocupar espaço das tutelas de cognição plena. O magistrado vê-se, portanto, compelido a buscar cada vez mais o juízo de proporcionalidade e ponderação no momento de julgar. (FURTADO, 2009)

O fenômeno de submeter ao judiciário as questões de alto teor político criou uma tensão entre democracia e constitucionalismo. A democracia, entendida como decisões da maioria e o constitucionalismo, entendido como limite ao exercício absoluto da decisão da maioria.

Segundo a vertente procedimental, o judiciário não está habilitado para decisões políticas. Conforme Habermas, caso isso ocorra, criar-se-á uma idéia equivocada de cidadania e uma relação individualista de dependência com o judiciário. A segunda vertente é chamada substancial defende que o judiciário assuma postura ativa na defesa dos direitos fundamentais, pois resguardar a constituição equivale à busca do ideal de justiça e contribui para elevação do debate democrático. Dworkin salienta que as decisões, nesse caso, são orientadas por princípios e não por meros argumentos políticos. (FURTADO, 2009)

O controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado, entrega um forte poder político ao judiciário, que pode extirpar do ordenamento ato legislativo. Os interesses econômicos e sociais materializam-se através de grupos de interesses, os quais têm buscado incessantemente o poder judiciário, através das ações diretas de inconstitucionalidade.

A jurisdição constitucional, assim, aprofunda-se na problemática da Teoria da Constituição e abandona questões centrais como a democracia. Impende recordar que as constituições dirigentes, com suas normas programáticas, buscam traçar procedimentos justos, além da organização e separação dos poderes.

Em se tratando dos países emergentes, é notória a carência de políticas públicas, direcionadas a garantir condições mínimas de existência, fazendo crescer o número de demandas no poder judiciário. (FURTADO, 2009)

Com o intuito de garantir força normativa à constituição em se tratando de prestação universalizada do direito à saúde, juízes e tribunais não se esquivam quando da prestação da tutela específica aos referidos casos. Simultaneamente, surgem inúmeras críticas sobre esses posicionamentos, haja vista decisões extravagantes serem comuns, o que coloca em risco as próprias políticas públicas de saúde. Significa afirmar que o excesso de judicialização pode levar a não realização prática da Constituição Federal.

A racionalização do problema aponta para a necessidade de serem estabelecidos parâmetros que justifiquem e também legitimem a atuação judicial, considerando o direito à saúde, a separação dos poderes, princípios orçamentários e reserva do possível. Seria afirmar que o embate se resume da seguinte forma: o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. (BARROSO, 2008)

A doutrina brasileira da efetividade tem base póspositivista e leva em consideração a colisão de normas que exigirão do julgador o espírito de ponderação para decidir sobre o mínimo existencial e os direitos fundamentais. No caso da judicialização da saúde, estariam em confronto direitos fundamentais e outros princípios constitucionais (direito à saúde versus a separação dos poderes).

Ao tecer considerações sobre a relação entre constitucionalismo, democracia e papel do poder judiciário, Luís Roberto Barroso salienta:

Constitucionalismo significa limitação do poder e supremacia da lei, ao passo que democracia traduz-se em soberania popular e governo da maioria. São conceitos estritamente relacionados à idéia de Estado de Direito, que por sua vez gravita em torno da dignidade da pessoa humana e centralidade dos direitos fundamentais (liberdade, igualdade e mínimo existencial).

...

O princípio democrático estabelece a atuação do legislativo na formulação das leis e o executivo na aplicação de políticas públicas que concretizem direitos. Nesse sentido, o questionamento mais freqüente é se o judiciário é parte legítima para interferir sobre a deliberação dos órgãos que representam as maiorias políticas. “A resposta será afirmativa sempre que o judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente.

Desse modo, se um direito fundamental é violado, ao ser acionado o judiciário, este decidirá com amparo na ponderação e dentro dos limites fáticos e jurídicos. Se o legislador já houver feito escolhas válidas e ponderadas, o judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.

Em suma, segundo Luís Roberto Barroso, “onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o judiciário agir. Havendo leis e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir”.

A chamada virada jurisprudencial tem invadido, por vezes excessivamente, a deliberação de outros poderes, o que acabou por gerar críticas ao tema. Se a constituição federal estabeleceu que o direito à saúde dar-se-ia por meio de políticas sociais e econômicas, ficou claro que o legislador não preferiu que aquele direito fosse efetivado através de decisões judiciais.

As críticas que surgem quando da judicialização correspondem à legitimidade democrática do poder judiciário em tratar de matéria política. Em outra linha, intervenção judicial em recursos públicos poderia gerar uma desorganização da administração pública. Nesses casos de excesso, haveria abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida. (BARROSO, 2008)

6 NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO DO SUS

Os princípios assumiram posição de estrela guia na Nova Hermenêutica Constitucional, sendo a discussão sobre a jurisdição dos princípios constitucionais superada. Segundo Paulo Bonavides, “a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.” (FURTADO, 2009)

A distinção entre regra e princípio ocorre por três critérios: conteúdo, estrutura normativa e particularidades de aplicação. A chamada colisão de princípios decorre da natureza dialética da constituição, que representa uma sociedade múltipla e em constante transformação.

Assim, o esquema da interpretação principiológica é aberto, dialógico e pragmático, a fim de que atenda aos anseios da sociedade pós-industrial, plural, influenciada pela tecnologia de informação. A constante busca de resultados eficientes pelo judiciário desemboca na

criatividade judicial, ou seja, dependerá a ordem jurídica amparada nos princípios de uma interpretação construtiva.

A teoria dos princípios, cujos expoentes principais são Dworkin e Alexy, define a normatividade dos princípios, assim como faz a distinção qualitativa entre estes e as regras. Enquanto os primeiros são valorados se houver colisão, a incompatibilidade das regras segue o mandamento do tudo ou nada. No caso da judicialização da saúde, estariam em confronto direitos fundamentais e outros princípios constitucionais (direito à saúde versus a separação dos poderes). (BARROSO, 2008)

O princípio da eficiência, consagrado pela doutrina do Direito Administrativo, exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Trata-se do dever da “boa administração” da doutrina italiana, já consagrado pela reforma administrativa federal do Dec.- Lei 200/67, ao submeter toda atividade do executivo ao controle de resultados (ar 13 e 25, V), fortalecer o sistema de mérito (art. 25, VIII), sujeitar a administração indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomendar a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100). (MEIRELLES, 2001)

Faceta do princípio da “boa administração” do Direito Italiano, segundo as lições de Guido Falzone, significa desenvolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças a escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”. Tal dever, como assinala Falzone, “não se impõe apenas como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico”. (MELLO, 2008)

Contudo, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta, em posição isolada, a ausência de autonomia no princípio da eficiência, visto que o princípio não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria daquele que é o dever da administração por excelência.

Ao tecer considerações sobre o embate entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade, Maria Sylvia Zanella de Pietro afirma que:

A eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

Introduzido expressamente na Carta Magna através da Emenda Constitucional 19/98 (EC 19/98), o princípio da eficiência foi denominado “qualidade do serviço prestado” no seu projeto de emenda. Está inserido no movimento de Reforma do Estado brasileiro, reflexo do descontentamento da sociedade diante da deficiente prestação de diversos serviços públicos. (CARVALHO FILHO, 2009)

A partir de então foram idealizados institutos como contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais e tantas outras inovações com que se depara o administrador a todo momento.

O duplo aspecto do princípio da eficiência compreende o modo de atuação do agente público; e modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública. O núcleo do princípio, por sua vez, integra os conceitos de produtividade, economicidade e redução do desperdício do dinheiro público através de presteza, perfeição e rendimento funcional.

José dos Santos Carvalho Filho ressaltou a importância de distinguir eficiência, eficácia e efetividade. De acordo com esse administrativista brasileiro, a eficiência é modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa, sendo que a idéia diz respeito à conduta dos agentes; eficácia diz respeito aos meios e instrumentos utilizados pelos agentes, compreendendo um conceito eminentemente instrumental; e efetividade, por sua vez, está voltada para os resultados obtidos. O desejável, ainda segundo o referido autor, é que tais qualificações caminhem simultaneamente, apesar de serem conceitos independentes.

A crítica mais contundente relaciona-se ao fato de que a imprecisão do termo dificulta analisar se uma atividade administrativa é eficiente ou não. De que adianta a inserção no texto constitucional se não houver uma efetiva vontade da Administração em melhorar a gestão da coisa pública?

Como forma de definir parâmetros objetivos para interpretação, a eficiência deve ser observada em relação aos usuários e aos serviços administrativos internos, deve envolver a introdução de moderna tecnologia na oferta dos serviços; aplicação das diretrizes da chamada administração gerencial (*public management*). Exemplo mais bem sucedido dessa tentativa de objetivar o princípio da eficiência na administração brasileira deu-se através da Emenda

Constitucional 45/04 (EC 45/04) que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88. (CARVALHO FILHO, 2009)

A chamada Reforma do Judiciário visou criar instrumentos que conferissem celeridade processual e rompessem com o histórico de déficit na prestação jurisdicional brasileira. A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da introdução do inciso I-A ao art. 92 da Constituição Federal representou a configuração de órgão destinado ao melhoramento da administração judiciária.

Esse órgão ocupa-se em: elaborar um planejamento estratégico de ações; buscar economicidade no gerenciamento dos recursos judiciários; promover a modernização da estrutura física por meio de investimentos em tecnologia de informação e desenvolver uma padronização ou uniformização dos serviços nos diversos tribunais brasileiros. Outros aspectos de extrema relevância compreendem fiscalização dos servidores e aplicação de sanções em casos de irregularidades, promovendo assim uma política de responsabilização administrativa.

A gestão do SUS, portanto, deve buscar o controle da observância do princípio da eficiência. Trata-se de tema complexo, que por um lado considera as diretrizes e prioridades dos administradores, bem como recursos disponíveis; por outro lado, não se pode admitir que haja desrespeito ao princípio.

Não se pode conceber administração da saúde pública eficiente sem responsabilização nas esferas administrativa, legislativa e judicial. Observa ainda José dos Santos Carvalho Filho, ao citar Vladimir da Rocha França, que “o poder judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência.”

Finalmente, importa reconhecer que a técnica é hoje inseparável da administração e se impõe como fator vinculante, sem admitir discricionariedades ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, funcionalidade e o rendimento dependem de normas e métodos científicos de comprovada eficiência. (MEIRELLES, 2001)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais representaram a conquista da limitação do Poder do Estado frente aos cidadãos, os quais passaram a ser sujeitos ativos na legitimação dos regimes políticos. Inseridos no contexto do movimento constitucionalista, os direitos humanos são

positivados no texto normativo, cujo eixo gravita em torno no princípio da dignidade da pessoa humana.

A fim de permitir a concretização da diretriz mor do ordenamento jurídico, faz-se necessário o respeito ao direito à saúde, na medida em que este representa consequência imediata da garantia do direito à vida. Para atingir essas finalidades, a Lei Maior de 1988 previu expressamente a saúde como direito de todos e dever do Estado, o que promoveria os serviços através do Sistema Único de Saúde.

Apesar do farto disciplinamento em matéria de saúde, seja no corpo constitucional, seja na legislação ordinária, a patente falta de efetividade dessas normas resultaram no chamado fenômeno da judicialização da saúde pública. A população que não consegue medicamentos ou realizar procedimentos clínicos recorre cada vez mais à seara judiciária, reclamando a violação desse direito social.

No presente estudo foi dado destaque ao princípio da eficiência no cenário jurídico brasileiro, introduzido expressamente como princípio da Administração Pública através da Emenda Constitucional nº 19/98 (EC 19/98). Apesar do forte anseio da sociedade em vivenciar uma concreta Reforma da Administração Pública, até agora o princípio que deveria melhorar os serviços públicos de modo geral, inclusive na saúde pública, tem sido tratado pelo poder público como um mero conceito indeterminado.

Nesse sentido, observou-se a relação entre o direito à saúde e o direito à vida como fundamentais no Estado de Direito bem como a organização do Sistema Único de Saúde (SUS) após a Constituição Federal de 1988 (CF/88). Descreveu-se o fenômeno do ativismo do judiciário em razão da omissão do poder executivo na prestação das tutelas essenciais aos cidadãos bem como as consequências nefastas para o ideal democrático de separação e independência dos poderes. Estabeleceram-se critérios objetivos ao princípio da eficiência no intuito de conferir a concretização do direito à saúde, tomando como parâmetro o modelo do Conselho Nacional de Justiça.

Resulta daí a importância do presente trabalho, que pretende apontar meios para resolução das demandas em saúde na esfera administrativa, através de uma gestão eficiente, reduzindo-se, por consequência, o número de ações judiciais na citada matéria. Apesar da posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que não concebe o princípio da eficiência senão no âmago do princípio da legalidade, a doutrina majoritária confirma a autonomia e relevância do primeiro.

Por fim, entende-se que a organização de ações em saúde através de portarias, decretos e resoluções do Ministério da Saúde tem sido insuficientes para concretização do direito

fundamental à vida. Imprescindível, portanto, a criação de um órgão especializado, formado por um corpo técnico, que promova: planejamento estratégico; economicidade na gestão de saúde pública; modernização e investimentos em tecnologia de informação, a guarnecer a estrutura física de hospitais e centros clínicos; padronização da qualidade dos serviços nas diversas regiões do Brasil; fiscalização quanto ao uso dos recursos públicos; e, por fim a responsabilização nos casos de eventuais irregularidades.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 16ª Ed. São Paulo: Método, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Revista da PGE/RN**. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Ano 2008, vol. XIII, Natal/RN, p. 225-258.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/>. Acesso em: 28 de abr de 2011.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.088 de 31 de outubro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de set de 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 de set de 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Encontro do Fórum Nacional de Saúde**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em 18 de abr de 2011.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Legislação do SUS**. Disponível em: <http://www.conass.org.br/arquivos>. Acesso em 20 de out de 2011.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

FURTADO, Emmanuel Teófilo; CAVALCANTE, Carlos Henrique de Aragão. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 7ª Região**. O fenômeno da judicialização da política: tensão entre democracia e constitucionalismo. Ano 2009, vol. XXXII, Fortaleza/CE, p. 25 - 46.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 5ª Ed. São Paulo: Ferreira, 2011.

GÓIS, Vander Lima Silva de. **Desafios na efetivação do direito à saúde fundado no paradigma da dignidade humana**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 21 de out de 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Estatísticas de processos da JFRN**. Disponível em: <http://www.jfrn.jus.br/jfrn>. Acesso em: 18 de abr de 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 28ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. Jurisdição e separação de poderes. Ano 2008, vol. VIII, Fortaleza/CE, p. 433-453.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Legislação**. Disponível em: www.saude.gov. Acesso em 04 de ago de 2011.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Orçamento**. Disponível em www.planejamento.gov.br. Acesso em 02 de ago de 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 24ª ed. Recife: Editora Atlas, 2011.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes et al. **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**. 1ª Ed. São Paulo, IOB Thompson, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, Ana Paula Araújo. Aroucha, Ludmila Barbosa Lins. **Repercussão jurídica do princípio da eficiência no serviço público**. Disponível em: <http://www.tre-rn.gov.br/>. Acesso em: 19 de out de 2011.

TORRENS, Haradja Leite. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. Partição de poderes e direitos fundamentais: reflexos constitucionais da tripartição de funções nos novos caminhos da atividade jurisdicional. Ano 2008, vol. VIII, Fortaleza/CE, p. 215-227.