

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA SUA DIMENSÃO PRESTACIONAL: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE DIANTE DA OMISSÃO DO ESTADO

Luciana Karla de Lima França¹

Edinaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais possibilitou a sua reivindicação. Objetiva-se evidenciar a problemática da eficácia do direito à saúde na dimensão prestacional, visto que os serviços ofertados pelo Estado ou estão funcionando de forma precária, ou, em muitas realidades sociais, sequer existem. Atualmente, presencia-se no Brasil um dos mais elevados índices de corrupção, tendo sido o Judiciário um meio para garantir a efetivação do direito à saúde, razão pela qual será abordada, de forma qualitativa e explicativa, através da dialética, a atuação deste poder, tanto em relação à garantia desse direito, como em referência ao fomento de políticas públicas mais eficientes.

Palavras-chave: Direito à saúde. Omissão do Estado. Poder Judiciário.

THE EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL RIGHTS IN ITS DELIVERY DIMENSION: THE JUDICIARY'S ACT IN GUARANTEEING THE RIGHT TO HEALTH IN FACE OF THE STATE'S OMISSION

ABSTRACT

The constitutionalization of social fundamental rights has enabled their claim. The goal is to highlight the problem of the effectiveness of the right to health in its delivery dimension, since the services provided for by the Administration are either working in a precarious way or, as in many social backgrounds, they do not exist at all. Nowadays, we experience one of highest levels of corruption in Brasil, the Judiciary has been a means to guarantee an effective right to health, which is why we will approach the actions of such power in a qualitative and explanatory way, via dialectic, both regarding the guarantee of that right, and in reference to the promotion of more efficient public policies.

Keywords: Right to health. State's omission. Judiciary Power.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: luckalifran@yahoo.com.br

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Coordenador e professor da Pós-Graduação em Direito e Professor da Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Email: beniciodesa@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é evidenciar a problemática da eficácia do direito à saúde na sua dimensão prestacional, que tem sido motivo de grandes debates, principalmente, quanto à atuação do Judiciário para garantir a sua efetivação de forma igualitária, já que, atualmente, o Estado brasileiro tem falhado no fornecimento dos serviços essenciais, haja vista dependerem de fatores econômicos e políticos, que nem sempre estão favoráveis.

Historicamente, evoluiu-se de um Estado, onde somente existia a proteção dos direitos individuais e coletivos, para um Estado Social e Democrático de Direito, fundamentado na soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, exigindo uma atuação positiva para a real garantia dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Apresentada a problemática da pesquisa, o segundo capítulo vai abordar a importância do respeito às normas e princípios constitucionais por parte do Estado, para que seja garantido, efetivamente, o direito à saúde, principalmente, no atual cenário em que o país busca conter problemas relacionados a desvios e má utilização de verbas públicas.

Enfatizou-se, ainda, no referido capítulo, o importante papel da atual Constituição Federal na organização do Estado, quando estabeleceu a divisão dos poderes de forma independente e harmônica, de modo a garantir o respeito e a obediência às suas normas, bem como por ter normatizado os princípios da Administração Pública em seu art. 37 e seguintes.

O terceiro capítulo abordará o direito à saúde como direito fundamental essencial à vida humana, capaz de garantir a dignidade necessária ao indivíduo, sendo, portanto, direito de todos e dever do Estado oferecê-lo, através de políticas públicas sociais e econômicas, garantindo ao cidadão uma vida com dignidade.

Ainda no terceiro capítulo, citou-se um caso de repercussão local, no qual o Poder Judiciário concedeu a aplicabilidade imediata da norma de direito social ao caso concreto, o que confirmou o entendimento jurisprudencial no sentido de considerar o aspecto fundamental do direito à saúde.

O quarto capítulo enfocará a aplicação das verbas destinadas ao Sistema Único de Saúde e a importância de um planejamento eficiente capaz de estabelecer diretrizes políticas ou programas de atuação do Estado mais eficientes, no sentido de utilizar, do melhor modo possível, os recursos disponíveis.

Em última análise, o quinto capítulo vai evidenciar a judicialização como fenômeno de concretização do direito à saúde, conforme os artigos 196 a 200 da Constituição Federal de

1988, analisando que, por ser o Judiciário o guardião das normas constitucionais, em meio à falta de cumprimento tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo, não poderá o referido poder se eximir de garantir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais no caso concreto, o que motiva o Estado a se reorganizar, dentro da sua estrutura, para ofertar os serviços de saúde eficientemente e com qualidade.

Para tanto, a abordagem metodológica partiu da propositura de uma pesquisa de natureza qualitativa com caráter explicativo, delineando o fenômeno da judicialização como forma de garantir ao cidadão o direito à prestação de serviços essenciais, como a saúde, por parte do Estado.

Utilizou-se o método de abordagem dialético, fundado na argumentação e contra-argumentação dos fatos, dentro de um contexto social, referente a assuntos que não podem ser demonstrados, buscando compreender o significado atribuído ao problema social. As transformações sociais ocorridas, ao longo do tempo, têm provocado modificações no entendimento do Poder Judiciário, que, notoriamente, tem primado pela efetivação de direitos fundamentais sociais, no caso concreto, buscando garantir a dignidade da pessoa humana.

O método de procedimento escolhido foi o funcionalista, o qual permitiu interpretar as relações e o ajustamento entre os diversos componentes de uma cultura ou sociedade organizada, visto que pressupõe que a sociedade é formada por partes que desenvolvem funções essenciais à vida social e que são mais bem entendidas pela função que desempenham no todo. Para isso, as técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e a jurisprudencial, revelando a eficácia do direito à saúde na sua dimensão prestacional, no entendimento desenvolvido pela doutrina e jurisprudência no direito brasileiro.

No contexto jurídico, o presente trabalho traz como centro o papel do Judiciário tanto na efetivação dos direitos fundamentais sociais, quanto no fomento de políticas públicas efetivas, uma vez que se verifica em quase todos os estados brasileiros uma situação precária na saúde pública o que demonstra que as políticas públicas desenvolvidas atualmente para tal fim não atendem a real necessidade do cidadão brasileiro.

Não caberá a esta pesquisa o esgotamento do tema ora trabalhado, mas, puramente, uma reflexão sobre as possibilidades da efetivação, de forma concreta, dos preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, que tem como principais fundamentos a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como forma de proteção a vida.

2 NORMAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A IMPORTÂNCIA DO RESPEITO À ORDEM JURÍDICA POR PARTE DO ESTADO

A República Federativa do Brasil vive um momento ímpar na sua história em virtude da banalidade com que vêm sendo tratados os crimes de corrupção nos últimos tempos. A perda de parâmetros e o abandono aos princípios têm ocasionado uma maior flexibilização no cumprimento dos preceitos constitucionais, abalando demasiadamente a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito. Tanto os legisladores como os executores das leis brasileiras estão deixando a desejar, uma vez que legislam ou atuam em benefício próprio, enquanto grande parte da população torna-se vítima de políticas públicas incorretas e ineficazes, resultado da má utilização das verbas públicas.

O direito fundamental social à saúde é um dos direitos constitucionais afetados pela ineficiência da aplicação de verbas públicas no atual cenário de corrupção, visto que os investimentos existem, mas são insuficientes em relação às demandas sociais, ocasionando uma deficiência no atendimento à saúde na maioria dos estados brasileiros. Desse modo, tem-se uma significativa redução do número de médicos, uma estrutura precária dos postos de atendimento à população, além da falta de medicamentos mínimos e essenciais ao atendimento básico.

O desenvolvimento racional de um poder político plenamente responsável e que não deve ser exercido com arbitrariedade tem sido o grande desafio³. Nesse sentido, é de fundamental importância apontar a necessidade do respeito do Estado às normas e aos princípios constitucionais, principalmente, em um momento em que o país busca conter problemas relacionados a desvios e má utilização de verbas públicas.

A noção de Estado independente está ligada à relação indissociável e indispensável dos elementos povo, território e governo soberano. Trata-se de um ente personalizado, organizado - político e administrativamente - na forma da Constituição, formado pelos entes federados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos dotados de autonomia política, classificados como pessoas jurídicas de direito público, apresentando-se como sujeito capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica⁴.

³ CARVALHO, André Ricardo *et al.*; In: KIM, Richard Pae; BARROS, Sergio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto, (coordenadores). **Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos**: questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 83.

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017, p. 15.

A Constituição Federal de 1988 opera um papel importantíssimo na inclinação do Estado à ordem jurídica, na medida em que estabelece os termos essenciais do relacionamento das autoridades entre si e entre os cidadãos. A divisão do exercício do poder entre órgãos independentes e harmônicos e que se controlam mutuamente, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, impede que o poder estatal se concentre nas mãos de uma única pessoa ou organização, implicando no respeito à Constituição e aos direitos individuais e sociais por parte do ente federado⁵.

Codificaram-se as principais normas de Direito Administrativo com o intuito de limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e formas de responsabilizar os integrantes do quadro da administração pública, para garantir a prática dos atos com transparência e probidade administrativa, destinados a combater a corrupção⁶.

A constitucionalização dos princípios e normas da Administração Pública fez surgir uma verdadeira Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, o que levou a um aumento do controle da constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, cuja finalidade é manter a integridade e efetividade, especialmente, dos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade, razoabilidade, publicidade e eficiência, elencados no art. 37 da atual Constituição brasileira.

A grande questão suscitada é a falta de efetividade e aplicabilidade das normas de direitos sociais, já que a sua formalização no plano constitucional não veio atrelada às garantias para a sua real efetividade, por serem normas programáticas que traçam uma direção a ser perseguida pelo Estado. Se toda norma jurídica vigente é potencialmente aplicável, teoricamente, estria apta a gerar efeitos⁷, contudo a sua real efetivação fica a critério do poder discricionário do administrador público e, principalmente, limitada a recursos públicos disponíveis⁸, que nem sempre são utilizados de forma a priorizar políticas públicas eficientes e capazes de sanarem as questões mais necessárias e urgentes.

O respeito aos princípios e normas constitucionais, diante de uma sociedade moderna e globalizada, que exige maior proteção aos seus cidadãos⁹, é, sem dúvida, de extrema relevância

⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017, p. 17.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 248.

⁸ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 50-51.

⁹ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in) suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set. 2016, p. 289. ISSN 2238-

para o desenvolvimento eficaz da máquina administrativa. O direito à saúde, especificamente, recebeu generosa consagração na Constituição Federal vigente em seu art. 196, o qual foi delimitado expressamente como direito fundamental social, art. 6º, passando a ser realizado por meio de um sistema único de atendimento à população denominado Sistema Único de Saúde (SUS), conforme art. 198 da CF/88.

Os direitos sociais exigem do Estado prestações materiais para execução e implementação de políticas sociais que se realizam através de leis e atos administrativos, assim como da criação real de instalação de serviços públicos que possam permitir o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos¹⁰.

Dúvida não há no sentido de que os direitos fundamentais sociais têm galgado um longo caminho até os dias atuais. Corroborando tal pensamento, percebe-se que, pela primeira vez, tais direitos foram tratados com a devida relevância na Constituição Federal de 1988, que os acolheu no catálogo dos direitos fundamentais em capítulo próprio, assumindo, portanto, a condição de autênticos direitos fundamentais, sendo a sua concretização condição de existência e legitimidade de um Estado Democrático e Social de Direito¹¹.

O direito à saúde possui íntima relação com a preservação da dignidade da pessoa humana devendo, desse modo, o Estado agir valorativamente, opondo-se às limitações, como escassez de recursos e separação dos poderes, garantindo a isonomia necessária no intuito de não haver diferenciação injustificada no atendimento à cidadania¹².

É importante ressaltar que, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, proclamado formalmente pela Constituição Federal de 1988, que tem por fundamentos a soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, não deve deixar de atuar prioritariamente em questões destinadas aos fins e valores dimensionados pela ordem constitucional, como a garantia do direito fundamental à saúde, o qual faz parte do núcleo mínimo e configurador da dignidade da pessoa humana¹³.

5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66664/64688>>. Acesso em: 22 Nov. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66664>.

¹⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 27.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 63-67.

¹² VALLE, Vanice Regina Lirio de. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de SOUTO, Marcus Juruena Villela. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 73.

¹³ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 66.

A aplicação das verbas orçamentárias, sobretudo, deve respeitar os mandamentos constitucionais, observando os princípios básicos da administração pública, principalmente o princípio da eficiência. O desvio de finalidade ilícito das verbas orçamentárias tem acarretado perdas imensuráveis, dentre outros, ao fornecimento eficaz dos serviços de saúde pública do país.

O princípio da eficiência foi incluído, através da EC nº. 19/1998, no caput do artigo 37 da atual Constituição Federal. A “administração burocrática” foi substituída pela “administração gerencial”, propondo maior aproximação da administração de empresas privadas, que se mostravam mais produtivas e céleres, assegurando, desse modo, que os serviços públicos pudessem ser oferecidos de forma adequada às necessidades da sociedade, uma vez que são por ela custeados. Assim, aproveitar-se-iam, ao máximo, os recursos disponíveis. Portanto, a escolha da atuação mais eficiente deve ser a regra. Nesse sentido, tanto o Poder Judiciário, se provocado, quanto a própria administração pública tem competência para verificar a eficiência de atuações administrativas¹⁴.

A grande questão está exatamente no aproveitamento dos recursos disponíveis, pois não é sempre que se dá de forma satisfatória de modo a garantir uma atuação positiva do Estado, a fim de que possa assegurar a todos direitos sociais de natureza prestacional¹⁵. Ainda no mesmo pensamento, a falta de transparência no processo de execução orçamentária é uma das causas que levam à dificuldade na aferição de compatibilidade entre o orçamento planejado e a respectiva concretização e fiscalização. Grupos sociais, como políticos e burocratas, priorizam interesses próprios em processos eleitorais, além de abrirem portas para a corrupção¹⁶.

Destaca-se, ainda, que a atual Constituição Federal, em seu art. 37, já traz os mecanismos de controle da constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, baseados nos princípios constitucionais, de forma que não há que se falar em descumprimento do princípio da separação dos poderes quando da sua atuação como fiscal da lei, pois o Poder Judiciário, sendo o guardião da Constituição Federal, tem como finalidade precípua a manutenção da integridade das normas e princípios constitucionalizados.

O Estado, na intenção de garantir os interesses coletivos, deve desenvolver um conjunto de atividades concretas e imediatas, determinadas pela Administração Pública, exercidas,

¹⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 255-256.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 268.

¹⁶ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 70.

precipualemente, através dos órgãos do Poder Executivo¹⁷. A busca pela implementação e pelo aperfeiçoamento das normas sociais, que representam os direitos sociais de natureza prestacional, é dever inafastável do Estado, visto que estão diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, fundamentais em sua essência.

3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não há que se falar em democracia se não houver garantia de direitos sociais. A construção de um regime socialmente mais justo somente é possível com a plena vigência dos direitos civis e políticos¹⁸. As normas de direitos sociais não são meras recomendações ou preceitos morais, mas, sobretudo, direito diretamente aplicável¹⁹, que não deve estar subordinado a fatores econômicos que, muitas vezes, impedem a sua concretização por ausência de recursos públicos disponíveis.

Assim como os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais foram incluídos no Título II da Constituição Federal de 1988, referente aos direitos e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais, contidos em dispositivos constitucionais, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, e, portanto, em razão de seu caráter, todos os direitos garantidos constitucionalmente são considerados fundamentais²⁰, incluindo-se também, nesse contexto, os direitos fundamentais prestacionais.

O art. 6º da Constituição Federal vigente diz, expressamente, que os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados são direitos fundamentais sociais²¹. Eles, por sua vez, ao contrário dos direitos individuais, que são dirigidos em face de uma conduta omissiva por parte do Estado²², requerem uma ação positiva do legislador para que sejam, de fato, garantidos

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 76.

¹⁸ LYRA, Rubens Pinto (Org.). **Estado e Cidadania**: de Maquiavel à democracia Participativa. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2006, p. 234.

¹⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 27.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil [texto (tipo reduzido)]**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro, com as alterações pelas Emendas Constitucionais n.º 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo n.º 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 10.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 280.

concretamente através da implementação de políticas públicas, resultando em enormes custos financeiros para o Estado.

O Estado, por sua vez, através de leis, atos normativos e da concreta instalação de serviços públicos busca definir, implementar e executar “políticas sociais” a fim de possibilitar o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente garantidos²³. É importante ressaltar, que, para garantir uma vida digna, não basta o reconhecimento da existência dos direitos fundamentais sociais, que são protegidos, constitucionalmente, em favor do cidadão, mas, que, necessariamente, a norma legislada seja, verdadeiramente, concretizada por meio de políticas públicas efetivas praticadas pelo Estado.

Entretanto, grandes questões pairam sobre a eficácia²⁴ dos direitos sociais na sua dimensão prestacional, visto que dependem de um esforço maior a ser desempenhado pelo Estado para sua realização efetiva. Nesse sentido, o fato de os direitos sociais estarem condicionados às prestações positivas, coloca-os em uma posição de inferioridade no que se refere a sua concretização, pois se encontram relacionadas às tarefas de melhorias, distribuição e redistribuição dos recursos existentes. Além disso, a criação de bens essenciais não disponíveis para aqueles dos quais necessitam²⁵, faz com que apenas o reconhecimento de tais direitos, como instrumentos de tutela aos menos favorecidos, não sejam suficientes para a garantia do efetivo exercício das liberdades, além daquelas contidas no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

A aplicação imediata das normas de direitos sociais ainda é muito contida, em especial ao direito à saúde, visto que depende de fatores econômicos e políticos, os quais nem sempre estão favoráveis. Um direito reconhecido e protegido constitucionalmente de forma teórica não garante sua aplicabilidade imediata. Ademais, não se pode deixar que a discussão em torno da

²³ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 27.

²⁴ José Afonso da Silva apresentou uma classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, que traz certamente uma boa contribuição ao tema. Distingue, assim, em três categorias: 1) *normas de eficácia plena e aplicabilidade, imediata e integral*; 2) *normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral*; e 3) *normas de eficácia limitada*, subdividida em: a) *declaratórias de princípios institutivos ou organizativos*; e b) *declaratórias de princípios programáticos*. Na primeira classificação incluem-se todas as normas que produzem todos os seus efeitos essenciais e todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, desde a entrada em vigor da constituição (*normas de aplicabilidade direta, imediata e integral*). A segunda categoria também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem todos os efeitos queridos, prevendo, contudo, meios ou conceitos que autorizam manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias (*normas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*). Enquanto que as normas do terceiro grupo, ao contrário, são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu uma normatividade bastante para isso, sobre a matéria, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado (*normas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral*).

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 280.

programaticidade ou aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais venha encobrir o fato de existir na Constituição Federal direitos fundamentais sociais que precisam ser garantidos através da atuação prestacional do Estado. Assim como o cidadão, o Estado, igualmente, tem o dever de obediência às normas constitucionais, e, portanto, a omissão ou ação insuficiente em relação a elas não pode obstaculizar a efetivação dos direitos fundamentais sociais²⁶.

Ora, até que ponto a negação do direito à saúde estaria tolhendo direitos primordiais como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana? A saúde é um direito fundamental referenciado constitucionalmente à vida humana, sendo, portanto, impossível pensar em uma vida digna sem saúde. A garantia do direito à saúde implica em isonomia quanto ao exercício da dignidade. Apresenta-se como um verdadeiro direito fundamental que, realizado por intermédio de condutas prestacionais do Estado, assegura a proteção da dignidade do ser humano²⁷.

O cidadão, diante da falência dos órgãos garantidores, tem buscado o Poder Judiciário para ver garantido o que, de fato, deveria sê-lo oferecido em cumprimento aos mandamentos constitucionais. Nesse sentido, a falta de garantia ao direito à saúde tem resultado inúmeras demandas judiciais. Os gastos com esse crescente movimento de judicialização tem onerado ainda mais os cofres públicos, visto que o Judiciário tem primado pela garantia integral da saúde, o que tem levado a um prevailecimento do direito individual sobre o coletivo, já que o Estado não garante o necessário.

Em posicionamento distinto, tem-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, quando reflete interesse geral, mesmo reconhecendo a prevalência dos direitos fundamentais nos casos concretos, esquivava-se de atuar como legislador positivo, em virtude do princípio da separação dos poderes, deixando a cargo do Poder Executivo a competência para formular políticas públicas destinadas a concretizar o direito social inadimplido²⁸.

Assim, pode-se citar, como exemplo, um caso de repercussão local em que o juiz de direito da Comarca de Currais Novos/RN deferiu favoravelmente a tutela de urgência, expedindo mandado de intimação pessoal para a Governadora do Estado do Rio Grande do Norte, determinando o prazo para indicação do dia, local e nome da equipe médica responsável para a realização de procedimento cirúrgico, ressaltando que, em caso de descumprimento,

²⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 95.

²⁷ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 45-46.

²⁸ BONIFÁCIO, Artur Cortez *et al*; In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.) **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

verbas públicas seriam bloqueadas para a devida realização do procedimento em rede privada, além da suspensão de todas as propagandas pagas pelo Estado do Rio Grande do Norte/RN até que houvesse a efetiva garantia do direito à saúde nos demais casos referidos no processo sentenciado. Tal decisão reflete a prevalência do direito fundamental à saúde, mas, somente nos casos referidos no processo sentenciado²⁹.

Verifica-se que, em cumprimento ao princípio da separação dos poderes, no Brasil, o que ocorre é uma completa denegação por parte do Estado no sentido de prover os meios necessários pelos quais o direito à saúde é disponibilizado à sociedade, sendo obrigado, em muitos casos, que o Poder Judiciário se posicione energicamente para garantir a efetivação de tais direitos sociais.

Diante das omissões legislativas e ausência de políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário a fiscalização dos demais poderes para que a eficácia imediata das normas de direitos sociais, concedidas pela ordem constitucional não seja descaracterizada. Por tal motivo, o Poder Constituinte, ao outorgar tais competências ao Poder Legislativo, objetivou obrigar o seu exercício, e não o reservar³⁰.

Conforme visto, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 disciplina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, buscando, mediante políticas sociais e econômicas, o alcance à redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação³¹. Assim, é dever inafastável do Estado garantir a sua efetivação, seja por meio da implementação de políticas públicas em cumprimento às normas constitucionais, ou através da fiscalização realizada pelo Poder Judiciário.

O fato de não se desejar transferir as decisões relativas à realização dos direitos fundamentais sociais dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário impõe condições para que se reconheçam os direitos fundamentais sociais como definitivos³². Ora, os

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Processo nº 0101509-70.2013.8.20.0103. Procedimento Ordinário. Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos. Requerente: Maria Eliete Dantas de Araújo. Requerido: Governo do Estado do Rio Grande do Norte. Juiz: Marcos Vinícius Pereira Júnior, Currais Novos, 30 de julho de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=D1748C6B2CA464A6065BB1C9DCECFBF6.appsWeb3?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=103&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0101509-70.2013&foroNumeroUnificado=0103&dePesquisaNuUnificado=0101509-70.2013.8.20.0103&dePesquisa=>>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84.

³¹ SILVA, Marilene Cardoso da. **Acesso ao Sistema Único de Saúde: uma análise sobre a judicialização dos leitos de UTI no Rio Grande do Norte no ano de 2013**. Natal, 2014, p. 38-41. Trabalho não publicado.

³² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111.

três Poderes, em conjunto, devem ser eficientes, ou seja, devem produzir o efeito desejado, para que, por meio da administração pública, seja assegurado ao povo a eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional³³, especificamente o direito fundamental social à saúde.

Considerando que as normas de direitos sociais existem em sua maioria, o problema parece ser a formulação, implementação e manutenção de políticas públicas equivalentes e direcionadas à garantia efetiva do direito à saúde, assim como a composição dos gastos dos orçamentos da União, Estados e Municípios destinados para o mesmo fim.

Nesse sentido, tem-se um problema ainda maior, a falta de execução dos orçamentos públicos dos recursos financeiros por parte dos agentes do Poder Executivo, nos três níveis federativos, revistos pela lei orçamentária para realização de determinados serviços públicos essenciais a população (MORAIS *et al.*, 2000, p. 32-34)³⁴.

Diante dessas problemáticas, é inadmissível aceitar profundas desigualdades e situações de pobreza e miséria em um regime democrático de justiça social³⁵, sob a justificativa de falta de recursos públicos, uma vez que eles existem, entretanto, muitas vezes, sua utilização é feita de forma escusa e irresponsável sem que haja sequer fiscalização.

Assim, deve-se buscar, prioritariamente, o aproveitamento das verbas orçamentárias existentes com responsabilidade e honestidade para que possam ser garantidos os serviços prestacionais por parte do Estado Democrático de Direito, necessários a realização de uma vida com dignidade.

4 A APLICAÇÃO DAS VERBAS ORÇAMENTÁRIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A aplicação das verbas orçamentárias é um ponto que tem chamado bastante a atenção dos brasileiros em virtude do cenário de corrupção vivenciado atualmente. Não restam dúvidas de que sempre haverá limitações de recursos. Entretanto, isso não pode servir de justificativa para a ausência de concretização do dever normativo, considerando que recursos públicos também são destinados a áreas que, embora estejam inseridas na esfera da atuação pública, são,

³³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 91.

³⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 32-34.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo. 8. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 138.

indubitavelmente, menos prioritárias e de menor relevância em relação aos direitos fundamentais, valores básicos da sociedade³⁶.

Considerando o art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, têm-se os princípios fundamentais, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Nesse sentido, o Estado, na condição de instrumento concretizador de tais princípios, deve buscar a realização de um Estado Democrático de Direito que visa, principalmente, à realização do bem comum.

Para o cumprimento das suas finalidades, sobretudo a responsabilidade com a coisa pública, faz-se necessária uma correta e eficiente gestão do orçamento público, através de um planejamento que estabeleça diretrizes políticas ou programas de atuação do Estado, conforme a ideia institucionalizada concretamente no Brasil com a Lei n.º 4.320/1964.

A ideia trazida na referida lei foi inovada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que criou novos institutos para o planejamento orçamentário, inclusive com a previsão da lei complementar sobre finanças públicas, art. 163, I, CF/88, posteriormente editada, LC n.º 101/2000, que, por não esgotar toda matéria, restou recepcionada pela Constituição brasileira vigente à Lei n.º 4320/64³⁷.

Em relação ao direito à saúde, a Constituição Federal de 1988, além de declará-lo direito social em seu art. 6º, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas enunciadoras de programas, tarefas, diretrizes e fins a serem concretizados pelo Estado e pela sociedade.

Dessa forma, tem-se o art. 196 da CF, que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doença e outros agravos, além do acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, cuja realização passou a ser executada por um Sistema Único de Saúde (SUS)³⁸. Ademais, de acordo com o art. 198 e de seu parágrafo segundo da mais recente Constituição Federal, houve a fixação de um patamar mínimo de gastos, apontando diretrizes e fontes de financiamentos, bem como competências indeclináveis do SUS³⁹.

³⁶ BONIFÁCIO, Artur Cortez *et al*; In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.) **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 419.

³⁷ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 150-151.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al*; In CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coordenação). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Pulo: Saraiva, 2015, p. 53.

³⁹ VALLE, Vanice Regina Lório do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de SOUTO, Marcos Juruena Villela. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67.

Assim, restou normatizada a possibilidade de intervenção federal nos Estados em caso de não aplicação do mínimo exigido da receita proveniente de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, nas ações e serviços públicos de saúde, art. 34, VII, e da CF/88.

A atual Constituição Federal dispõe sobre os instrumentos para efetivação do planejamento orçamentário, quais sejam, o Plano Plurianual (PPA), estabelecendo as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para um período de quatro anos; as Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO), compreendendo as metas e prioridades da administração pública federal; e, as Leis Orçamentárias Anuais (LOA), contendo o orçamento fiscal relativamente aos Poderes da União⁴⁰. Todas foram resultantes de leis de iniciativa do poder público.

Importante trazer em evidência que nem o legislador nem o administrador poderão dispor dos recursos públicos para aplicação aleatória em virtude da força normativa constitucional, devendo, assim, a administração pública trabalhar com eficiência e moralidade, conforme impõe a Constituição Federal de 1988 no art. 37, cabendo ao Poder Judiciário o controle, de forma que reste garantida a realização de direitos mínimos ao cidadão, não podendo haver escusa de tal responsabilidade⁴¹.

A aplicação das verbas orçamentária no SUS reveste-se do princípio da eficiência, introduzido na literatura do texto constitucional através da Emenda Constitucional n.º 19, de modo que as escolhas traduzidas em políticas públicas possam permitir o máximo de benefício dentre os elementos disponíveis. Lamentavelmente, embora se revele útil, tal princípio está longe de ser suficiente ao desenvolvimento do controle de atuação estatal⁴².

O atual texto constitucional, ao instituir o controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, art. 74 da CF/88, estabeleceu como uma de suas finalidades de controle, inciso II do mesmo artigo, a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados referentes à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, assim como da aplicação de recursos públicos por entidades do direito privado⁴³.

⁴⁰ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 153-154.

⁴¹ BONIFÁCIO, Artur Cortez *et al*; In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.) **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 420-421.

⁴² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de SOUTO, Marcos Juruena Villela. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 87.

⁴³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 89.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, ainda, que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único em conformidade com três diretrizes, quais sejam: descentralização, sob direção única em cada esfera governamental; assistência integral; e, participação da comunidade, de tal sorte que todas as ações e recursos públicos na área da saúde, por designação constitucional direta, integram o Sistema Único de Saúde com participação necessária de todos os entes da federação, de acordo com o art. 198, I, CF/88, tendo sido tal diretriz de descentralização regulamentada pela Lei n.º 8.080/90, sendo esta, por sua vez, pelo Decreto n.º 7.508/11⁴⁴.

Com o intuito de regulamentar o texto constitucional referente ao Sistema Único de Saúde, foi editada a Lei n.º 8.080/1990, denominada Lei Orgânica da Saúde (LOS) cuja composição trouxe os dispositivos para a organização e funcionamento dos serviços, objetivando a proteção e recuperação da saúde, bem como a definição de princípios e diretrizes que norteiam o SUS⁴⁵.

Importante destacar que, no mesmo ano em que se estabeleceu a organização e funcionamento do SUS, a Lei n.º 8.142/1990 normatizou a forma de financiamento, através de transferências intergovernamentais, de modo regular e automático para cada esfera governamental, as quais se destinariam à cobertura da assistência ambulatorial e hospitalar, além do investimento na rede de serviços, fixando em seu art. 4º, I a VI os pré-requisitos para ocorrência dos referidos repasses, determinando aos entes federativos a criação de fundos próprios e específicos para a saúde, sendo eles, a instituição de conselhos, os planos de saúde com diretrizes e metas definidas, a edição de relatórios de gestão para prestação de contas e controle externo e a contrapartida de recursos para efetivação das atividades.

No ano de 2012, a Lei Complementar n.º 141/12 regulamentou o parágrafo 3º do art. 198 da CF/88, com as devidas alterações pela Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, cuja disposição refere-se aos percentuais a serem aplicados pelo entes federativos, anualmente, nos seguintes termos: União - o valor empenhado no exercício financeiro anterior acrescido da variação do PIB; Estados - o importe relativo a 12% do valor de arrecadação dos impostos; Distrito Federal - a variação entre 12 e 15%; e, Municípios - o percentual de 15%, além dos critérios de rateio dos recursos destinados à saúde e às normas fiscalizadoras⁴⁶.

⁴⁴ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 116-117.

⁴⁵ SILVA, Marilene Cardoso da. **Acesso ao Sistema Único de Saúde: uma análise sobre a judicialização dos leitos de UTI no Rio Grande do Norte no ano de 2013**. Natal, 2014, p. 27. Trabalho não publicado.

⁴⁶ BRASIL. **Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em 04 dez. 2017.

A composição dos gastos, assim como a não aplicação dos orçamentos públicos, por parte dos agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos, dos recursos previstos pela lei orçamentária, parece ser um problema relevante que tem, sem sombra de dúvidas, contribuído para redução da eficácia social do direito fundamental à saúde⁴⁷.

Nesse contexto, as relações entre administração e administrado revelam-se conflitantes em relação ao sentido da lei e do interesse público, abalando a estabilidade das instituições democráticas, ficando a cargo do Poder Judiciário a preservação da ordem jurídica quando a conduta do administrador é acusada de ferir o direito⁴⁸.

O poder público deve ser exercido em conformidade com suas leis reguladoras, de modo que todos os órgãos do Estado e as manifestações possíveis de sua atividade estejam submetidas a uma ordem jurídica superior, a supremacia constitucional, cabendo, desse modo, ao Poder Judiciário a responsabilidade por velar pelo respeito dos demais poderes à ordem jurídica, anulando atos administrativos ilegais, bem como negando efeito às leis inconstitucionais⁴⁹.

A grande questão é que a interseção entre a insuficiência estatal e a violação dos direitos fundamentais - falta de efetividade do texto constitucional - tem resultado em uma demasiada multiplicação de decisões judiciais, as quais buscam corrigir comportamentos patológicos do poder público⁵⁰. Como os recursos disponíveis são limitados, tais decisões, fornecedoras de prestações sociais, acabam por refletir na concretização de outros direitos de mesma natureza e importância⁵¹.

Tal fato tem acarretado um descompasso nas finanças públicas, visto que em virtude da justiciabilidade do direito à saúde, muitas decisões judiciais proferidas têm assegurado, ao caso concreto, o direito à saúde como uma prerrogativa constitucional inalienável e indisponível, diretamente relacionado ao direito à vida, ressaltando o dever do Estado à formulação de políticas públicas, a fim de que esteja a todos garantido o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar⁵².

⁴⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 33.

⁴⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito pública**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 41-43

⁵⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de SOUTO, Marcos Juruena Villela. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 87.

⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 378.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al.*; In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coordenação). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A democracia é um importante ponto de contato entre o direito e as políticas públicas⁵³. Garantir ao cidadão uma vida digna deve ser o fim maior do Estado. No entanto, é flagrante a contradição que existe entre a pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais e o notório fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais em favor da maioria da população brasileira⁵⁴.

A Constituição Federal de 1988, quando institucionalizou o direito fundamental à saúde, possibilitou ao cidadão reivindicar a sua efetivação judicialmente, através da constitucionalização dos princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitindo o alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, dando margem à plena incidência do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário⁵⁵.

Incontestável é a verificação de que a judicialização advém de um processo evolutivo de consciência social que, gradativamente, vem atribuindo, ao longo dos anos, uma conotação valorativa aos direitos fundamentais e a seus desdobramentos. Antes da Constituição de 1988, não se vislumbrava, no Brasil, a possibilidade de requerer a prestação de serviços estatais, como a saúde, tampouco, sua reivindicação por intermédio do Judiciário para cobrar do Poder Executivo o seu cumprimento⁵⁶.

A estrutura organizacional do Estado, diante das demandas geradas pelas inúmeras contradições socioeconômicas, não tem condições de oferecer soluções rápidas e eficazes, além de se vê impossibilitada de formular políticas públicas segundo as regras formais balizadoras do funcionamento da administração pública. Nesse sentido, ainda se mostra incapaz de expressar a “razão histórica” da própria sociedade, uma vez que as suas decisões não expressam a vontade coletiva em torno de um projeto comum⁵⁷.

O Estado, insuficiente no alcance das suas prerrogativas constitucionais e sem qualificação para de oferecer saúde de forma universal e equânime, tem contribuído, sobremaneira, para o fortalecimento do processo de judicialização. No contexto atual da ordem

⁵³ VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de SOUTO, Marcus Juruena Villela. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 36.

⁵⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 26.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 52.

⁵⁶ COSTA, Maria Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: UNIFESP, 2006, p. 23.

⁵⁷ FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

constitucional, um Estado garantidor de um mínimo existencial deve figurar tanto como articulador das forças sociais, de funções de planejamento e incentivo de um conjunto de outras atividades, como também, não deixar de lado a sua atuação como agente coordenador⁵⁸ e fiscalizador das suas próprias ações.

A Constituição cidadã, em seu art. 5º, XXXV, coloca sob a responsabilidade do Poder Judiciário a função fiscalizadora, de modo que, necessariamente, deve intervir sempre que houver violação aos direitos garantidos por ela, sendo, portanto, obrigação inafastável e irrenunciável a efetivação do pedido de prestação judicial sempre que requerido pela sociedade.

Por outro lado, existe, de fato, uma priorização na aplicação dos gastos públicos para serviços não essenciais à sociedade como um todo. Nesse sentido, percebe-se que os gastos legais em determinados municípios são concentrados muito mais em outras áreas do que em toda a área da saúde pública⁵⁹. Reforçando a falta de priorização, os inúmeros crimes de corrupção também têm contribuído para agravar o cenário brasileiro de descompasso entre as normas constitucionalmente garantidas e sua real efetivação.

O ativismo judicial tem enfrentado grandes resistências nas questões relacionadas à saúde pública do país, onerando em demasia os gastos do Estado, visto que a grande maioria de suas decisões exigem uma ação imediata, sem que haja tempo suficiente para uma programação por parte do Poder Executivo.

Essa reação à competência dos órgãos judiciários, no que se refere à decisão sobre a alocação e aplicabilidade dos recursos públicos destinados à saúde, não se fundamenta, visto que, o que está em jogo é a preservação do bem maior da vida humana. Portanto, a denegação de um serviço tão essencial acabaria por se equiparar a uma verdadeira pena de morte para alguém que teria cometido o crime de não poder obter, por seus próprios recursos, o devido atendimento, pena esta que é vedada pela mesma Constituição, garantidora do direito fundamental à saúde⁶⁰.

Ademais, a falta de cumprimento aos mandamentos constitucionais ligada aos direitos sociais, tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo, é suscetível de desencadear uma inconstitucionalidade por omissão, o que, por si só, já justificaria a intervenção do Judiciário, visando à realização da sua função precípua de guardião das normas constitucionais.

⁵⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de SOUTO, Marcus Juruena Villela. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 72.

⁵⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 34.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 322.

A inconstitucionalidade por omissão é verificada quando não há o cumprimento dos atos legislativos ou executivos capazes de tornar as normas constitucionais, que postulam lei ou ulterior providência administrativa, plenamente aplicáveis, efetivando na prática os direitos e situações previstos na Constituição brasileira vigente⁶¹.

Nesse sentido, todas as vezes em que o Estado se omitir na tomada de medidas necessárias para a concretização de direitos garantidos, nos casos em que a própria Constituição reconhece ao reclamante o direito de exigir o seu posicionamento, haverá a inconstitucionalidade por omissão, e, portanto, caberá a atuação do Poder Judiciário como forma de garantia da supremacia constitucional⁶².

O Poder Judiciário, com sua atuação, tem provocado o aperfeiçoamento na área da saúde. Após o fenômeno da judicialização, o sistema público vem apresentando crescente aprimoramento na gestão e eficácia, com o surgimento de vários programas voltados à população mais carente. Como exemplo, se tem a Farmácia Popular, que objetiva estender o acesso da população a medicamentos destinados ao tratamento de doenças, como hipertensão e diabetes, que possuem maior incidência⁶³.

A natureza político-social das normas definidoras dos direitos fundamentais impõe a necessidade de métodos de interpretação específicos das normas constitucionais e ordinárias, e não mais uma aplicação lógica e dedutiva, além de não criativa de fortalecimento apenas da segurança jurídica. Entretanto, isso de fato não existe, pois a grande maioria dos operadores tem se esquivado de assumir o papel de “arquiteto social”, por temerem uma responsabilização por um possível descompasso financeiro nos orçamentos públicos⁶⁴.

O ponto primordial a ser considerado é que tais decisões se justificam por garantirem um direito fundamental social, cuja necessidade é uma concretude legislativa, por sua dimensão prestacional. Sem dúvidas, trata-se de um direito garantido constitucionalmente de plena aplicabilidade e que, por isso, merece ser apreciado pelo Poder Judiciário nos casos em que o Estado seja omissor em suas atribuições primordiais.

Observa-se que o Estado justifica a ausência de vinculatividade dos instrumentos de planejamento orçamentários sob a alegação de que inexistem verbas suficientes para o

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo. 8. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 162.

⁶² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222.

⁶³ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 211-213.

⁶⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 48-49.

cumprimento das normas constitucionais referentes à saúde. Assim, em contrapartida, o Judiciário já se posicionou, enunciando que indisponibilidade de recursos não pode ser evocada quando postulada a proteção de um mínimo existencial⁶⁵.

Ora, o direito fundamental à saúde está diretamente relacionado à vida humana e sua dignidade não pode, sob nenhum prisma ser quantificado. Por isso, o Estado, em todos os seus órgãos, funções e atividades, está vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, logo não se trata de apenas um dever de abstenção, mas também de imposição de condutas positivas que tendem à efetivação e proteção da dignidade dos indivíduos⁶⁶.

Portanto, cabe ao Estado agir de forma eficiente, de modo que os recursos existentes sejam utilizados da melhor forma possível, por meio da aplicabilidade dos orçamentos de forma responsável e transparente, oferecendo ao cidadão políticas públicas capazes de disponibilizar a todos, de forma universal e igualitária, os serviços de saúde pública.

A sociedade contemporânea tem observado mais de perto o cumprimento das normas fundamentais garantidoras de direitos, sejam elas individuais ou sociais. À medida em que o Poder Executivo cria suas próprias políticas públicas e os programas necessários para a concretização dos ordenamentos legais, cria-se o dilema firmado em torno da não alocação suficiente de recursos nos orçamentos públicos, seja da União, dos Estados ou dos Municípios, gerando baixo nível de qualidade de prestação dos serviços, assim como da falta de execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais⁶⁷.

O Judiciário brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer até que se alcance a eficácia do direito social à saúde na sua dimensão prestacional. Nesse sentido, é importante ressaltar que este poder não pretende assumir o papel do Executivo, nem interferir na sua esfera, mas assumir o papel relevante da interpretação dos fatos e fundamentos do direito no caso concreto, sem deixar de reconhecer os direitos subjetivos públicos individuais e coletivos, através da provocação ao Executivo para que possa apresentar uma política pública eficaz na seara da saúde⁶⁸.

⁶⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de SOUTO, Marcus Juruena Villela. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 146.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89-95.

⁶⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 55.

⁶⁸ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 209-211.

6 CONCLUSÃO

Através do estudo realizado, comprova-se que o direito fundamental à saúde constitui a expressão do mínimo existencial indispensável para a consecução de uma vida com dignidade, sendo um dos fundamentos da Constituição Federal Brasileira de 1988, e que, portanto, deve ser garantido pelo Estado, através de políticas públicas eficientes, capazes de prover a utilização dos recursos existentes da melhor forma possível.

Com igualdade de relevância, evidencia-se que, ao tratar de direitos fundamentais, o Poder Judiciário pode e deve garantir o mínimo existencial quando provocado, sem que, para tanto, se configure invasão à esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, visto que está exercendo uma de suas funções, ou seja, a de julgar os casos concretos, não podendo se eximir de apreciar os casos em que o direito é reivindicado judicialmente.

Além disso, a constitucionalização dos princípios e normas da administração pública abriu espaço para um aumento do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, objetivando garantir o respeito à ordem jurídica. Conclui-se, portanto, necessária a atuação do Judiciário como guardião das normas constitucionais e garantidor da efetivação dos direitos pré-estabelecidos.

Os direitos fundamentais sociais, caracterizados como direitos sociais prestacionais, dependem da disponibilidade de recurso que, no âmbito da sua aplicação, necessita de que o ente político legitimado, a depender da situação econômica, tome a decisão de aplicar os recursos disponíveis para garantir a execução das tarefas que lhes são impostas.

A intenção do legislador, quando da criação do Sistema Único de Saúde(SUS), transpassa o entendimento de saúde como simples ausência de doença e a encara como parte indispensável para uma vida digna, razão pela qual passa a exigir do Estado políticas públicas que atuem não só na saúde, mas em todas as áreas condicionantes para um mínimo existencial. Além disso, as regras de integralidade da atenção e a universalidade do SUS reforçam o entendimento de ser a saúde considerada como direito fundamental.

Ressalte-se, ainda, que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 1º, traz a previsão de aplicabilidade imediata das normas por ela estabelecidas, reforçando a importância da observação às suas normas e princípios constitucionais. O direito à saúde como direito fundamental, indispensável ao mínimo existencial, garante, indubitavelmente, a utilização do fundamento de aplicabilidade imediata, proporcionando ao cidadão o direito incontestável de buscar sua efetivação por meio do Judiciário.

A existência de políticas públicas que não atendem a necessidade da população contribui para o descompasso da situação do poder público, que, em meio a tantas demandas judiciais, depara-se com o agravamento da insuficiência dos serviços públicos de saúde oferecidos ao cidadão.

O que se constata, realmente, é que os percentuais destinados à saúde, com a participação de todos os entes federados, União, Estados e Municípios, são insuficientes para suprir, as demandas judiciais e a garantia à universalidade e integralidade do Sistema Único de Saúde.

Assim, a acomodação dos recursos públicos promovidos através de decisão judicial da comarca de Currais Novos/RN, em processo citado anteriormente, fundamenta a constatação de que os percentuais orçamentários destinados à saúde são insuficientes para atender as demandas sociais.

Com relação à aplicabilidade das normas sociais, ainda que se compartilhe do mesmo pensamento de que se trata de normas de caráter prestacional e, que, portanto, exigem do Estado uma atuação positiva, cita-se, com relevância, o entendimento amparado pela norma contida no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, de que não existe na atual Constituição qualquer norma totalmente desprovida de eficácia, visto serem normas principiológicas que expressam a soberania, cidadania e a dignidade da pessoa humana, razão de toda a ordem constitucional.

Portanto, o direito fundamental à saúde constitui norma de natureza diretamente aplicável, razão pela qual se considera primordial a sua aplicação ao caso concreto, independentemente de atuação legislativa, visto que o Sistema Único de Saúde não supre as necessidades da população brasileira, seja pela falta de políticas públicas eficientes, seja pela má utilização dos recursos existentes, ou ainda pelos desvios das verbas públicas.

Por fim, convém ressaltar a importância do Poder Judiciário como fomentador para a criação de novas políticas públicas destinadas à saúde. Através das inúmeras decisões judiciais, grandes debates acerca de questões sociais relevantes se firmaram e grandes conquistas foram obtidas pelos cidadãos.

Indiscutivelmente, os debates jurídicos, ao examinar temas sociais relevantes, permitem um avanço na democracia. Pretende-se, portanto, contribuir para a continuidade dos debates jurídicos relacionados à importância da atuação jurisdicional, tanto na eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais, como em referência ao fomento de políticas públicas mais eficientes, para garantir ao cidadão brasileiro o mínimo existencial, necessário à realização de uma vida com dignidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BONIFÁCIO, Artur Cortez *et al*; In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.) **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: [texto (tipo reduzido)]: texto constitucional promulgado em 5 de outubro, com as alterações pelas Emendas Constitucionais n°s 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo n° 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n°s 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Processo n° 0101509-70.2013.8.20.0103**. Procedimento Ordinário. Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos. Requerente: Maria Eliete Dantas de Araújo. Requerido: Governo do Estado do Rio Grande do Norte. Juiz: Marcos Vinícius Pereira Júnior, Currais Novos, 30 de julho de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=D1748C6B2CA464A6065BB1C9DCECFBF6.appsWeb3?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=103&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0101509-70.2013&foroNumeroUnificado=0103&dePesquisaNuUnificado=0101509-70.2013.8.20.0103&dePesquisa=>>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde**: a visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 378.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al*; In CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coordenação). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Pulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, André Ricardo *et al.*; In: KIM, Richard Pae; BARROS, Sergio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coordenadores). **Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos**: questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: Verbatim, 2012.

COSTA, Maria Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Editora UNIFESP, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais sociais**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LYRA, Rubens Pinto (Org.). **Estado e Cidadania: de Maquiavel à democracia Participativa**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan *et al.*; In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo. 8. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Marilene Cardoso da. **Acesso ao Sistema Único de Saúde: uma análise sobre a judicialização dos leitos de UTI no Rio Grande do Norte no ano de 2013**. Natal, 69 p. Trabalho não publicado.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de SOUTO, Marcus Juruena Villela. Belo Horizonte: Fórum, 2016.