



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BERENICE UMBELINO GATTI

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FRENTE À
LEGITIMIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS**

**Assis/SP
2016**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BERENICE UMBELINO GATTI

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FRENTE À
LEGITIMIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de DIREITO do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando: Berenice Umbelino Gatti
Orientador: Eduardo Augusto Vella Gonçalves**

**Assis/SP
2016**

A EFICÁCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FRENTE À LEGITIMIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS

BERENICE UMBELINO GATTI

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Direito, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____ Eduardo Augusto Vella Gonçalves _____

Aprovado em: _____

Examinador: _____

Assis/SP
2016

RESUMO

A proposta deste trabalho é a abordagem de um tema que gradativamente vem apresentando sinais iminentes que concorrem para a desorganização administrativa do Estado, com risco de fadar-se ao descumprimento e descontinuidade da atenção às políticas de saúde pública, no conflito existente entre a harmonização dos direitos subjetivos e os constitucionalmente impostos, os quais, relativamente, vêm sendo confundidos, levando, por vezes, à prática de decisões extravagantes e candentes, comprometendo a Administração à sucumbência de tratamentos carregados de critérios considerados como irrazoáveis, representando a desfuncionalidade do papel jurisdicional do Estado.

Palavras-chave: Efetividade da norma constitucional – Legitimidade subjetiva – Judicialização excessiva da Saúde.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
1.1. A EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL	7
1.2. O PODER JUDICIÁRIO	8
1.3. O DIREITO SUBJETIVO.....	10
2. O DIREITO À SAÚDE	13
2.1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	14
2.1.1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	14
2.1.2. O DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	15
2.2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	18
2.3. O ACESSO À SAÚDE	21
2.3.1. O ACESSO À SAÚDE NO BRASIL	22
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	24
3.1. O EXCESSO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EFEITOS	26
4. CONCLUSÃO	31
5. REFERÊNCIAS.....	34

1. INTRODUÇÃO

A partir de 1988, na sua edição, a Constituição brasileira alcançou o patamar de conjunto de normas concretas em sua aplicabilidade e eficácia, trazendo na sua conjuntura princípios e garantias que ensejam segurança jurídica para os direitos sociais, políticos e individuais e assevera a amplitude do acesso à tutela específica destes.

Contudo, também traz ao longo dos anos a reação ascendente, por vezes excessiva, da intervenção do Poder Judiciário sobre a Administração Pública, especialmente no direito à saúde, utilizando-se da premissa de salvaguarda dos direitos subjetivos como forma urgente de prestação jurisdicional.

Há que se observar que se inicia um embate desproporcional de forças, em grande parte tornando-se inócua a preponderância do interesse público sobre o particular, impingindo decisões problemáticas e comprometedoras para a Administração Pública, a qual começa a demonstrar plenos sinais de que se desestabiliza, conseqüentemente progredindo para a desfuncionalidade de suas políticas públicas.

A conseqüência previsível é o risco de tornar-se a Constituição Federal dissociável de sua efetividade, pois que não seriam congruentes suas normas e seus objetivos. A desestabilização da Administração Pública por meio da interferência excessiva da judicialização compromete o funcionamento motor do Estado, inviabilizando a realização das funções que são pontualmente exigidas pela própria norma constitucional.

Esse estudo pretende, sem entrar no mérito de questionamento das responsabilidades do Poder Judiciário e da Administração Pública, trazer delimitações e estratégias que se tornariam eficientes para o equilíbrio desses conflitos. De um lado, a necessidade inequívoca de que os direitos de cidadania sejam respeitados e mantidos, e de outro que a Administração Pública tenha autonomia e condições para a promoção desses direitos sociais. E, ainda, para que não se confunda a finalidade e a necessidade dos direitos subjetivos frente ao interesse social, sem que se incorra em risco a universalização e integralização do acesso à saúde, explicitamente determinada na Carta Magna.

1.1. A EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como um divisor de águas histórico para o Brasil, pois dissociou a situação de Estado autoritário, intolerante e, por vezes, ditatorial para um conceito notadamente abrangente e concreto do Estado Democrático de Direito. Pôde-se vislumbrar uma conquista política, social e individual como jamais antes e uma preocupação sonora de que os direitos incorporados e fundamentais pudessem ser amplamente requisitados e vigorados.

Notadamente verifica-se a capacidade mais atuante do Poder Judiciário e seus enfrentamentos diante da verdadeira incorporação de seu papel como mediador superior dos direitos expressos na Constituição. Nesse mesmo ciclo, acompanham-se a organização do Estado e a delimitação das funções dos Poderes, assim como, também, o poder limitado das Forças Armadas no contexto político do País. É uma situação de intenso processo de elaboração de estratégias e mecanismos facilitadores da interpretação constitucional no seu todo, nas suas garantias de preservação de suas liberdades fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A partir disso, nasce o movimento para que as normas constitucionais elevem-se do nível de ordenamento jurídico estático para o meio dinâmico que as torne aplicáveis direta e imediatamente para a manutenção dos seus mandamentos, provendo inteiramente a tutela a qual se destina, nos casos em que haja violação vertente de suas regras, utilizando-se de meios jurídicos favoráveis: a *ação* e a *jurisdição*.

Desta forma, observa-se a ascensão do Poder Judiciário, no momento em que, a partir de sua atuação, determina que os direitos e garantias contidas na Constituição são normas e, como tal, por força de sua origem, devem ser cumpridas. O Direito Constitucional adquire papel de relevância essencial dentro de todo o contexto jurídico nacional, pois passa a funcionar como referência indiscutível para a interpretação jurídica em todos os campos filosóficos dentro da doutrina social, moral e política. É o senso da argumentação jurídica e das postulações de direitos para todos os ramos do Direito.

O Direito Constitucional assevera o efeito da constitucionalização do Direito, haja vista que todas as regras da Constituição Federal são conduzidas à existência imediata e efetiva para o mundo jurídico, incumbindo-se como parâmetro de validade para todas e quaisquer normas infraconstitucionais.

Contudo, não se pode alienar da constatação fática da amplitude conceitual das normas constitucionais, ensejando à necessidade de uma interpretação jurídica precisa, razoável, proporcional e efetiva do seu conteúdo sobre os fatos concretos. Pois que é conceito indiscutível a sua supremacia e, portanto, deve ser cumprida. Não se admite que o intérprete se utilize de seu comando volitivo sobre o conhecimento técnico da norma. O resultado de sua interpretação não pode desviar-se da estrutura basilar da Constituição, pautada sobre a dignidade da pessoa humana e sua relação com as liberdades e garantias fundamentais.

Não raro, a Constituição abriga dentro de si normas, direitos e valores que se chocam entre si, até mesmo colidindo-se frontalmente. Daí a importância do equilíbrio entre o Direito e a Moral. É nesse momento que o intérprete toma-se de fundamental responsabilidade para a equalização dos conflitos, com vistas à promoção de que seja alcançado o bem comum, público, excluindo-se formas de interpretação subjetivas, majorando a individualidade sobre a coletividade, garantindo-se, assim, a segurança jurídica a que se destina.

Portanto, digno realçar o avanço jurídico que a Constituição de 1988 introduziu ao cenário nacional. As contribuições para que se manifestassem as pretensões sociais, políticas e individuais são perfeitamente identificadas a partir da imposição objetiva, direta e imediata dos direitos e garantias aos quais se coadunam as necessidades essenciais para a manutenção da segurança jurídica concreta. Torna-se imperativo, destarte, uma interpretação precisa da abrangência de seus valores, normas e princípios, não se distanciando do objeto principal de sua existência.

1.2. O PODER JUDICIÁRIO

Nos últimos anos, o Poder Judiciário vem experimentando uma ascensão relevante dentro do cenário nacional. Assim como o Poder Executivo e o Poder Legislativo, tem o dever de garantir os direitos e garantias fundamentais e constitucionais. A Constituição Federal demarca ações para cada um dos Poderes com a prerrogativa da integração comum com atuações que visam, ao final, a determinação e cumprimento de suas normas com a máxima efetividade sob o aspecto da proteção à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

O papel do Poder Judiciário é intervir sempre que um direito garantido, seja constitucional ou infraconstitucional, tenha sido violado, utilizando-se de uma interpretação técnica, porém combinada à moral, a fim de que seja resguardada a segurança jurídica delineada na Constituição.

A sua atuação deve conduzir-se de maneira que se mantenham respeitadas as ações legislativas e administrativas sobre as matérias as quais já existam atividades concretas efetuadas e regularmente aplicadas. Na ausência de lei ou ação administrativa e sendo suscitada a necessidade de regulação sobre um fato concreto, deve o Judiciário debruçar-se, sempre à luz da interpretação da Constituição. No entanto, ainda que existam leis regulamentadoras pertinentes e ações administrativas sobre determinado fato, em sendo identificado seu descumprimento, também o Judiciário deve investir-se de sua força judicial, através de seus juízes e tribunais, a fim de que os direitos ali desvirtuados sejam assegurados e que se mantenha a função ordenadora do regramento constitucional.

A Constituição Federal de 1988 inaugura e consagra a ideia da instalação de um cenário político de Estado Democrático e Constitucional de Direito. O conceito de constitucional reside na imposição da norma como *dever ser cumprida*, delimitando, inclusive, o poder do Estado contra excessos. Democrático na forma em que esse poder deve ser originado pelo povo, onde o governo é proveniente da vontade da maioria popular. A partir disso, indispensável negar que possam nascer conflitos desses conceitos. Por vezes, deverá ser a soberania popular restringida em função de matérias ou formas contidas na norma constitucional. E, ainda, determinados conceitos da lei deverão ser ponderados e relativizados para que não se perca o sentido de sua existência. Porque a Constituição Federal pauta-se no princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais e mínimos para a condição de existência individual e coletiva.

Daí nasce a força impulsionadora que promoveu ao Judiciário uma ação mais peremptória. A própria Constituição oferece respaldo para a manutenção da segurança jurídica, sendo o padrão de juízo na resolução de conflitos gerados a partir da subjetividade de direitos, respeitado o princípio da supremacia da integridade coletiva sobre a individual. Aos tribunais e juízes cabe a reserva de estabelecer justiça dentro de uma interpretação lógica, ponderada e razoável, sem exceder ou suprimir os limites contidos na lei.

Incumbe-se ao Judiciário, desta forma, uma atuação com sobriedade, congruente com o texto constitucional e, ainda, a quaisquer normas infraconstitucionais, matérias legislativas e administrativas já instaladas, com o escopo de que haja estreita integração dentro da organização do Estado, a fim de que seja garantida sua ordem social e política.

1.3. O DIREITO SUBJETIVO

A denominação “direito subjetivo” vem de meados do século XIX e nasceu da necessidade de regular as relações de direito privado. A própria palavra “direito” demanda algumas conotações, todas confluentes, desde como critério de correlação entre conduta e bons costumes ou como sendo um conjunto de normas que regulam uma sociedade ou como uma forma de expressão de um poder reservado ao indivíduo.

Washington de Barros Cordeiro conceitua “*direito objetivo é o conjunto das regras jurídicas; direito subjetivo é o meio de satisfazer interesses humanos. O segundo deriva do primeiro.*” (Curso de Direito Civil: Parte Geral, 36ª ed São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 04). Esse pensamento deriva da correspondência que se faz ao direito objetivo como *norma agendi* e o direito subjetivo como *facultas agendi*, ou, em outras palavras, o primeiro relaciona-se à positivação de uma norma, e o segundo, à potencialidade e faculdade que o indivíduo, detentor de determinado direito, tem de usá-lo ou não a fim de proteger o bem jurídico garantido pela norma expressa.

Maria Helena Diniz já restringe esse conceito ao definir a faculdade humana como qualidade própria do homem e não direito, o que independe de norma para que tenha existência. Desta forma, fazer uso ou não dessa faculdade traduzir-se-ia como ação lícita ou ilícita, dependendo ser permitido ou proibido por meio das normas jurídicas.

Os direitos objetivos remetem à condição de generalidade, pois tratam de descrever normas que atendem a todos, com o fim de determinar ordem e segurança nas relações sociais e a garantia de proteção ao direito que tutelam aos que se acorrem do seu conteúdo, desde que obedecidas. Os direitos subjetivos decorrem do comportamento intersubjetivo e sua relação com as situações jurídicas intersubjetivas, ou seja, se não houver a pretensão e o movimento no sentido de que um bem protegido e almejado

(objeto jurídico) pelo detentor do direito de persegui-lo (sujeito), não há como materializar-se o meio ou forma de que seja alcançada a finalidade subjetiva (relação jurídica).

O direito subjetivo traz em sua essência o sentido de que pretensão e obrigação não se desentranham, antes, são provenientes de uma mesma fonte, que seja o ordenamento jurídico, e assim permanecem. A lei cria para um sujeito uma capacidade frente à imposição a outro de um dever. Esse dever subjetivo vem contido em limites também expostos na mesma norma que o originou.

Quanto à natureza dos direitos subjetivos, três são as teorias, trazidas pelos juristas Jellinek, Windscheid e Ihering, que tentaram explicá-la, porém nenhuma delas conseguiu esgotar totalmente todas as discussões que tratam de definir os direitos subjetivos e sua fonte.

A Windscheid atribui-se a Teoria da Vontade, na qual o direito subjetivo nada mais seria do que “o poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica”, ou, em outras palavras, haveria direito subjetivo quando o seu titular se encontrasse autorizado pela ordem jurídica a agir em determinado sentido. Encontrou diversas críticas que contrariam esta teoria na defesa de que o sujeito pode adquirir direitos independentemente de sua vontade, pois existe a possibilidade de que não sejam exercidos por mero desconhecimento de seu titular ou pela incapacidade de exigí-los, como, por exemplo, no caso de titular menor de idade, incapaz ou ausente. Para Maria Helena Diniz, a vontade de materializar o direito só se aplica para o seu exercício.

A Teoria do Interesse de Ihering, para quem o direito subjetivo seria o interesse tutelado pela norma jurídica, constitui-se de dois elementos: o material (interesse) e o formal (efetivação do interesse por meio da ação, referindo-se à proteção judicial). Entretanto, encontra críticas no sentido de que, para alguns, o interesse não pode ser confundido como elemento do direito por ser o objetivo do direito. Desta forma, interesse e direito são institutos diferentes, pois que, um bem que se tem interesse em adquirir hoje pode não tê-lo mais amanhã, porém ainda continuará sua existência como direito subjetivo. Ainda, existem direitos subjetivos que não se tornam impedidos de serem alcançados, independente do interesse exposto pelo titular.

Jellinek defendeu a Teoria Mista, proveniente da confluência das duas teorias precedentes, ou seja, a de que o direito subjetivo é o produto do poder da vontade ao mesmo tempo em que é protegido pelo ordenamento jurídico. É considerada teoria

inócua, pois, sendo apenas uma soma de duas teorias já amplamente criticadas, adquire caráter de não prevalência.

Há, ainda, teorias negadoras ou negativistas dos direitos subjetivos que foram defendidas por Kelsen e Duguit, apesar de que apresentam argumentos que diferem entre si. Para Kelsen, o direito é essencialmente objetivo, onde o Estado é o próprio Direito e o Direito é o Estado, não devendo ocorrer dualismo entre eles. Segundo sua teoria, o direito subjetivo é meramente um reflexo do dever jurídico de obediência imposto a quem se denomina titular do direito. A doutrina de Duguit não reconhece os direitos subjetivos como parte do Direito e que somente o direito objetivo tem o poder de determinar o comportamento dos membros de uma sociedade. Apresenta um conceito menos radical que a teoria de Kelsen no sentido de reconhecer a existência de uma regra social que precede à jurídica, pois, em seu entendimento, o homem social tem um dever a cumprir e em consequência, deve ter o poder de cumprimento desse dever, não criando para ninguém um poder individual contra os outros membros do grupo social ao qual faz parte.

As teorias negativistas não foram suficientes para subsistirem em virtude da impossibilidade de existência de um regramento normativo onde o sujeito não tenha a capacidade de produzir direitos, sejam estes por ação volitiva ou por seu interesse ou porque já lhes são inerentes, independente de seu conhecimento ou busca.

Por fim, pode ser conceituado o direito subjetivo como a permissão para o exercício de uma faculdade, pois ter faculdade não significa ter direito subjetivo. As faculdades humanas existem independentemente das normas jurídicas, haja vista que estas têm a função de ordenar as faculdades humanas, exteriorizando autorização ou proibição de certas condutas.

2. O DIREITO À SAÚDE

Etimologicamente, “saúde” deriva da raiz *salus*. No latim, era utilizada para designar aqueles que possuíam o atributo de íntegro, inteiro e intacto. Alain Rey, um linguista francês, defende que *salus* provém do termo grego *holos* para definir o sentido de totalidade. Do vocábulo saúde, originaram-se os termos sanidade, sanitário e sanatório, designações do radical “são”, que se comporta como sinônimo para puro, imaculado, correto e verdadeiro. Na sua origem, o termo saúde é expressão de qualidade dos seres intactos, vinculado ao sentido de totalidade e inteireza e, para alguns, também denota firmeza, força e solidez.

A definição léxica para saúde, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é o estado do que é são; robustez, vigor. Também pode ser definida como o estado de normalidade de funcionamento do corpo humano.

A OMS (Organização Mundial da Saúde), conforme consta no preâmbulo da Constituição da Assembleia Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Sanitária Internacional realizada em 1946, define saúde como “*estado de completo bem estar físico, mental e social, e não somente ausência de enfermidade ou invalidez*” e, ainda, expressa no mesmo documento que “*gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica*”. Em sentido literal, significa que saúde é ter o ser humano completo atendimento de todas as suas necessidades, o que, de certo modo, traduz em uma realidade utópica.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trata a saúde como direito fundamental próprio de todo cidadão, garantido pelo Estado “*mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” (art. 196). E, ainda, na mesma linha de conceito, define saúde como assistência à saúde, contido no art. 198 em seus incisos II e III, onde declara “*atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*”, “*com participação da comunidade*”.

Dentro de uma análise contextual sintática, o conceito de saúde constante da OMS e na Constituição Federal Brasileira remete à ideia de *igualdade e justiça* no sentido de acesso à saúde e de utilização da saúde, quantos aos seus serviços e ações disponíveis. É indiscutível a interpretação textual em ambos os textos que a saúde é direito em caráter de equidade para toda e qualquer pessoa e que seu acesso deve ser mediado com justiça e imparcialidade.

2.1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1.1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A saúde pública entra no cenário brasileiro com a vinda da Corte Portuguesa no século XIX, com a criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Estado do Rio de Janeiro, onde se ensaiava a luta por políticas sanitárias de erradicação de algumas doenças, como a lepra e a peste. A partir da instalação deste serviço, dá-se início a criação das primeiras escolas de medicina na Bahia e no Rio de Janeiro.

A partir de 1870 e até meados de 1930, o governo faz uso de medidas impositivas como meio de tornar mais efetiva a ação sanitária de prevenção. Em 1904, acontece a chamada Revolta da Vacina, onde o povo se manifesta contrariamente à medida tomada pelo poder público de tornar obrigatória a vacinação antivariólica, estabelecendo multas aos que se recusavam a tomá-la e instituindo-a como requisito para matrícula em escolas, empregos públicos, casamentos e outros atos da vida civil. Contudo, também neste período consegue-se sucesso na erradicação da febre amarela na cidade do Rio de Janeiro.

Porém, a saúde pública nesse período só conseguia alcance em sua universalidade nas ações preventivas. As curativas eram destinadas aos serviços privados e à caridade. Então, a partir da década de 30 inicia-se o processo de estruturação da universalização do atendimento à saúde, em seus aspectos de prevenção e de cura das doenças. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, e, a partir deste, criam-se os Institutos de Previdência com o fim de prestar atendimento curativo. Destaca-se a criação do Instituto Oswaldo Cruz, que se instala como referência nacional nos programas de controle, combate e erradicação de endemias e epidemias. Ainda, a

partir desta década, tem-se a criação do INCA, Instituto Nacional do Câncer, especializado no tratamento de doenças degenerativas. Entretanto, estes serviços beneficiavam, apenas, aos trabalhadores e a categoria profissional que prestavam contribuição aos seus respectivos institutos.

Durante o regime militar, estes denominados Institutos de Previdência foram unificados com a criação do INPS, Instituto Nacional de Previdência Social, que criou o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Por sua característica de ser restrito apenas aos trabalhadores urbanos que tivessem registro em carteira e por ser voltado para ações curativas, este sistema começou a experimentar dificuldades para solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como erradicação de doenças endêmicas e epidêmicas. A priorização pelo atendimento curativo demandou assistência de custos muito altos, traduzido pelo crescente aumento da necessidade de tratamentos intra-hospitalares. Disso, houve uma diminuição do crescimento econômico do país, gerando um consequente aumento da arrecadação do sistema previdenciário. Concorrendo paralelamente a esses efeitos no campo econômico e financeiro, o sistema se determina incapaz de atender à universalidade coletiva no campo da saúde, pois que não se estendia aos que não incorporassem os requisitos necessários para serem beneficiários do seu atendimento, ou seja, o vínculo empregatício com registro em carteira e a contribuição previdenciária.

Ao mesmo tempo, o país testemunhava os desvios de verba previdenciária para a assistência a outros setores e para a realização de obras públicas patrocinadas pelo governo federal, além do não repasse pela União dos recursos para o sistema previdenciário, alocados a partir do financiamento tripartite.

2.1.2. O DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o direito à saúde toma outra conotação. Elevado à condição de direito subjetivo público, não se restringe mais apenas aos trabalhadores incluídos no mercado de trabalho formal. Investe-se de uma abrangência universal, em que toda e qualquer pessoa é detentora do direito e o Estado é o seu prestador, além da prerrogativa de que o próprio sujeito deve se responsabilizar em

cuidar de sua própria saúde e contribuir para a saúde de toda a coletividade. O Estado é o principal garantidor da saúde individual e coletiva.

A partir da extração teleológica do conceito de saúde no texto constitucional, e esse entendimento é de extrema importância para que se tenha percepção exata do papel atribuído aos interessados no processo de efetivação do acesso e utilização da saúde, depreende-se que se trata de um trabalho co-participativo entre os atores para o uso razoável, adequado e proporcional da saúde, em que o Estado deve atender a sua obrigação garantindo o acesso universal e igual para todos através da formulação e implantação de políticas públicas sociais e econômicas com fins de reduzir os agravos à saúde, concorrer para a erradicação de endemias e controlar epidemias.

Os aspectos sociais dizem respeito aos fatores considerados determinantes e condicionantes à saúde, identificados, dentre outros, como a moradia, o lazer, a educação, o trabalho, o saneamento, a moradia e a renda e, a partir da identificação desses fatores, o Estado deve criar medidas que sejam compatíveis com a elevação da qualidade de vida da população. Desta forma, falar em saúde atualmente, do ponto de vista contextual, significa desprender-se do seu conceito meramente biológico e agregar fatos sociais, econômicos e ambientais como incidentes necessários para o binômio *homem e corpo*.

A respeito disso, Giovanni Berlinguer descrevendo sobre o sistema de saúde da Inglaterra, relata que são as *“condições de trabalho, de ambiente e de higiene, que eliminam ou reduzem a eficácia da extensão e da profundidade das atividades sanitárias”* (Medicina e Política, 3ª ed. Ed. Hucitec, 1978). Importante observar que esta colocação adequa-se a qualquer sistema de saúde, pois que é notório ser a desigualdade social e econômica diretamente proporcional ao acometimento ou não de doenças, inclusive sobre sua condição de agravamento, mesmo que oferecidas pelo sistema ações eficazes nas formas preventiva e curativa.

A despeito disto, correto afirmar que se não houver concomitantemente a criação de políticas que visem reduzir as desigualdades sociais, como também a erradicação da pobreza e conseqüente melhora da qualidade de vida da população, não há como garantir o direito à saúde.

O art. 196 da Constituição Federal expressa que a garantia de direito à saúde pelo Estado está intrinsecamente atrelada à sua capacidade de formular e executar estratégias

efetivas para a redução do risco de doenças e de outros agravos e que também ofereçam acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde para a sua promoção, prevenção e recuperação.

Contudo, evidente notar o caráter amplo na elocução do art. 196, mas que não deve ser abrangido ao se delimitar a atuação do Sistema de Saúde como setor da Administração Pública quando da prestação de serviços que garantam a redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A primeira parte do enunciado deste artigo – execução de políticas sociais e econômicas protetivas da saúde – remete à função programática da norma constitucional, em que o Estado deve prover para a população, utilizando-se da sua condição formadora e mantenedora da Administração Pública, através de planos e programas, todas as condições que sejam essenciais para a satisfação das necessidades, físicas, mentais, sociais, psicológicas, morais dos indivíduos que o compõem. Em um universo possível, o Estado deve providenciar para que todos gozem de uma moradia confortável, um salário digno, atividades de lazer adequadas, uma boa educação, uma alimentação satisfatória e permanente, uma segurança eficiente ao seu patrimônio pessoal e à sua própria pessoa, enfim, e outra infinidade de áreas de prestação de serviços públicos.

Esta parte diz claramente que saúde em seu sentido literal traz abarcada em si um conceito muito amplo de que o bem estar social, profissional, físico, familiar, individual, entre outros, condicionam à plenitude de sua satisfação. Partindo desse ponto, encontramos nos artigos 198 e 200 da Constituição Federal a demarcação explícita do campo de atuação do Sistema de Saúde como setor da Administração Pública, definido como Sistema Único de Saúde, SUS, que tem por conceito *“o conjunto de ações e serviços públicos, organização em rede regionalizada e hierarquizada, de execução das três esferas do governo”* e que tem por funções o dever de controlar e fiscalizar todos os produtos e insumos necessários para a terapêutica e manutenção da saúde, inclusive sobre alimentos; executar ações que intervenham sobre políticas de vigilância sanitária, epidemiológica e do trabalhador, assim como sobre o saneamento básico; promover o desenvolvimento científico e tecnológico e proteção ao meio ambiente.

Este conceito e a delimitação exclusiva das atribuições do Sistema Único de Saúde fornecem entendimento para a segunda parte do enunciado do art. 196 de forma mais objetiva, contida e direta do conceito de saúde no texto constitucional, haja vista tornar-se

preponderante entender que o sistema de saúde é uma das molas propulsoras da máquina administrativa, dentro da esfera da totalidade da Administração Pública que tem por controlador o Estado.

É ingênuo creditar ao Sistema Único de Saúde, apegando-se apenas ao conceito amplo da primeira parte da locução do art. 196, a responsabilidade estatal do direito à saúde. Não há como um fragmento de um todo responder pelo todo. Seria desproporcional e abusivo declarar que a saúde enquanto setor da Administração Pública deva ser o provisionador de todas as necessidades essenciais do indivíduo, como forma de garantir-lhe o bem estar físico, mental, social, individual, profissional, familiar, moral e todas as demais demandas necessárias, com o propósito de justificar o direito à saúde.

Portanto, torna-se preeminente a leitura acurada do art. 196 da Constituição Federal Brasileira e de seus desdobramentos, combinando-a aos artigos 198 e 200 para que se possa extrair um conceito desprovido de uma visão simplista e meramente pontual e que tenderia a condicionar à desfuncionalidade da efetividade constitucional e ao risco de colapso da máquina administrativa.

2.2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Em 1990 a Lei nº 8.080 regulamentou o Sistema Único de Saúde, tendo por base os artigos 196 ao 200 da Constituição Federal do Brasil, trazendo seus objetivos, atribuições e as disposições para a utilização dos seus recursos financeiros.

Trata-se de um setor vinculado à Administração Pública que tem por objetivo a formação e execução de ações, políticas e estratégias voltadas para a promoção, prevenção e recuperação da saúde da população de forma integral e universal, atuando sempre em conformidade com o disposto em lei.

Sem se afastar do caráter soberano da Constituição Federal, traz de forma mais específica e minuciosa o conteúdo dos artigos 198 e 200 e aborda as proporções de atuação em que deve se pautar, determinando que existem limites orçamentários que deverão ser observados, sem que, contudo, comprometa o direito à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Esta proporcionalidade entre sua atuação no acesso integral e igualitário à saúde e adequada utilização dos serviços que necessariamente deverá dispor para a população,

será imposta pela lei. E a lei não poderá se afastar do princípio da dignidade da pessoa humana na determinação dessas proporções.

A Lei nº 8.080/90, especificamente em seu art. 6º, e o art. 200 da Constituição Federal demarcam a competência do Sistema Único de Saúde, para a utilização de seus recursos em políticas setoriais determinadas nos respectivos artigos e define a responsabilidade de cada ente federativo dentro da matéria saúde e seu financiamento. De forma geral, ficam incumbidos os Estados e a União na execução de medidas sanitárias de modo supletivo na incapacidade dos Municípios de suprirem com a prestação do serviço. Aos Municípios, compete planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde. Estabelece uma relação de subsidiariedade entre os três entes na organização dos serviços, planejamento das ações e financiamento do sistema.

Fica claro, na leitura da Lei infraconstitucional, o sentido objetivo da norma constitucional quando da conceituação de saúde, pois que existe o necessário reconhecimento de que se trataria de absurdo a ideia de *direito à saúde* vincular-se à responsabilização do sistema de saúde pelo atendimento integral de todas as necessidades humanas.

Não se tem a pretensão de desvirtuar o conceito de saúde, mas há o interesse de que haja a compreensão da existência de fatores que determinam e condicionam o estado de saúde de um indivíduo ou de uma coletividade, que são os mais variados possíveis e que estão sob a competência de outras áreas ou setores da Administração Pública. Disto, dever-se-ia ser fácil a compreensão de que o fundo orçamentário da saúde destina-se às ações que são elencadas discriminadamente nos artigos 200 da Constituição Federal e 6º da lei nº 8.080/90.

Infelizmente, criou-se para a saúde uma correspondência estreita com assistência social, por muitas vezes distante do racional e razoável, inferindo ao Sistema Único de Saúde o ônus de prover ações que não lhe sejam competentes. Não é surpreendente identificar que grande parte dessa situação foi gerada a partir de decisões judiciais que se assomam no sistema judiciário ao longo dos últimos anos. É importante ressaltar o reconhecimento de que são tangíveis os direitos subjetivos e coletivos a partir da Constituição de 1988. Igualmente, trouxe em seu bojo condições de relevância para a atuação do Poder Judiciário na manutenção e salvaguarda dos direitos sociais, políticos, coletivos, individuais, e todos os demais, para a população.

O Sistema Único de Saúde tem o dever de garantir assistência integral e a integralidade desse serviço exige que as ações de saúde sejam organizadas e que estejam em consonância com as necessidades de cada indivíduo em todos os níveis de complexidade do sistema.

Por vezes, a fim de que sejam garantidas as diretrizes propostas pela Lei nº 8.080/90, torna-se necessário que a assistência integral ao indivíduo seja completada por meio do atendimento cooperado das ações de serviços de saúde distintos de sua origem. A ideia de complexidade técnica do sistema remete à necessidade de colaboração entre os todos os entes da federação, haja vista que o Sistema de Saúde opera com a interdependência entre cada ente.

Para tal, em se tratando de organização dos serviços de saúde de todos os estados da federação, torna-se necessário que sejam elaborados planos de saúde e suas respectivas formas de gestão.

Os chamados planos de saúde devem ser planejados de forma a conjugar os recursos financeiros, tecnológicos, humanos, assistenciais e materiais da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios em redes regionalizadas de serviços, conforme constante nos termos da Lei nº 8.080/90. Deverão ser delimitadas responsabilidades técnicas, administrativas e jurídicas para a execução da integralidade do acesso à saúde, respeitados os interesses da população, e levadas à discussão, aprovação e acompanhamento das ações propostas e executadas pelo representante do Sistema Único de Saúde na comunidade, a saber, os Conselhos de Saúde.

Por fim, supera-se a regulamentação do Sistema Único de Saúde pela responsabilidade que cada ente traz para si de organização ética, eficiente, necessária e imparcial de suas ações no plano de saúde pública, desconsiderando para a sua elaboração e execução, os apelos emocionais e imediatistas individuais ou decorrentes da vontade de dirigentes da saúde. Espera-se comportamento eficiente e subordinado às especificações normativas a fim de que não seja necessário submeter-se a possíveis excessos de decisões judiciais que concorrem para o colapso do sistema administrativo.

2.3. O ACESSO À SAÚDE

Definir acesso à saúde e quantificar a medida da integralidade de assistência à saúde são temas de discussão que ao longo dos anos vêm tomando um espaço cada vez maior no cenário político e social de uma população.

Há concordância generalizada de que o acesso à saúde compreende uma dimensão muito maior do que o acesso físico ao sistema de saúde. Existe um crescente interesse em tornar o indivíduo capaz de reconhecer suas próprias necessidades e identificar dentro do ambiente em que vive as situações que se relacionam diretamente com a manutenção do seu bem estar e, desta forma, promover por si só ou através de ações dentro de uma coletividade, meios de estar em saúde em seu conceito amplo.

Recentemente, a Escola Paulista de Medicina – Unifesp – buscou demonstrar a complexidade do tema através da descrição do acesso à saúde em dimensões correlacionadas a determinados indicadores: disponibilidade do serviço de saúde; capacidade de pagamento pelo serviço, identificada pelo financiamento do sistema de saúde; informação acerca dos serviços de saúde disponibilizados e a utilização adequada destes serviços; aceitabilidade pelos indivíduos e coletividade da natureza dos serviços de saúde disponibilizados.

O posicionamento majoritário a respeito de todas as discussões em torno do acesso à saúde é o de que se faz necessário desmembrá-lo do conceito limitado de que saúde está vinculada apenas à ausência de doença. Este conceito restringe o campo de atuação da saúde e desvirtua o objetivo principal da assistência a ser promovida, em se tratando de integralidade e universalidade a que se deve alcançar. A respeito disso, tem havido tendência a correlacionar o sentido de justiça social ao atendimento das necessidades curativas e imediatas do indivíduo, pois existe uma clara confusão relacionada à definição de saúde e os fatores que interferem diretamente para a sua determinação.

A justiça social no sentido de cobertura universal de saúde corresponde à possibilidade do cumprimento da prestação com qualidade ao acesso e ao uso oportuno das ações de saúde. Entretanto, atingir integralidade nesta prestação implica na administração organizada de determinados indicadores, dentre os quais, o que apresenta maior impacto, o financiamento para o atendimento dos serviços de saúde.

Conclui-se que o acesso à saúde equivale ao uso racional dos recursos do sistema; da leitura que o indivíduo deve ter a respeito das ações disponibilizadas para a prevenção, promoção e recuperação da saúde individual e coletiva; a responsabilidade do Estado na oferta dos serviços de saúde de forma a equacionar a demanda sob políticas organizadas.

2.3.1. O ACESSO À SAÚDE NO BRASIL

No Brasil, o Sistema Único de Saúde tem sua origem em 1990 trazendo a proposta do acesso em sua universalidade, com integralidade e equidade, a partir do conceito de *saúde* na Constituição Federal.

O grande nó crítico que oferece resistência para a efetividade da cobertura de saúde no contexto em que é proposto tanto na Constituição Federal quanto na Lei nº 8.080/90 e, acertadamente para qualquer cenário político internacional, chama-se “desigualdade social”. É tema de amplas e insistentes discussões e tem sido o estaque para o avanço nas políticas públicas relacionadas à saúde.

O momento atual a que se tem testemunhado no país é expectante. Saúde não se produz pela simples manifestação de ausência de doenças, mas determina-se pelos atributos essenciais que condicionam sua existência. E estes atributos, denominados determinantes e condicionantes, são de responsabilidade do Estado. Embora também não se possa excluir a responsabilidade acessória subjetiva do indivíduo, mas, ainda assim, até mesmo a informação desta necessidade do cuidado individual e coletivo é domínio indelegável do Estado.

O Sistema de Saúde adotado em território brasileiro atravessa interferências que influenciam significativamente o acesso à saúde. Lembrando que a definição de acesso defendida neste trabalho é a que se sobrepõe ao seu aspecto meramente físico.

Não cabe aqui a discussão sobre a moral e ética a respeito das ações legislativas e executivas do país, mormente de algumas decisões emanadas pelo sistema judiciário. Pretende-se expor a visão objetiva da ineficiência do Estado no estabelecimento de suas políticas sociais e econômicas públicas, a partir da má distribuição orçamentária, do uso inadequado do financiamento pelos mecanismos gestores e da falta de continuidade da avaliação fiscal competente.

Estes fatores sócio organizacionais geram incompatibilidade para a determinação do acesso aos cuidados de saúde no Brasil, pois é prerrogativa do Estado a função garantidora dos direitos essenciais para o estabelecimento do bem estar necessário ao indivíduo, no limite da sua função social, a saber, o interesse coletivo sobre o subjetivo.

Experimentando fazer uma projeção a médio e longo prazo da situação política e social do Brasil, não se afasta a possibilidade da deterioração da máquina administrativa, facilitando o prejuízo no atendimento às prestações de serviços essenciais para a população. A relação demanda e oferta especialmente aos serviços de saúde encontra-se sobremaneira estrangulada e tendente ao colapso.

Por fim, o país tem sofrido sérias dificuldades para executar o compromisso de cobertura integral às ações sanitárias indispensáveis, a julgar pelos fatores decorrentes da desorganização social e econômica movida pela insuficiência política interna e sua relação com os demais entes participantes diretos e indiretos da Administração Pública. O reflexo disto pode ser parcialmente dispensado para a atuação do Poder Judiciário que, por vezes, vem determinando medidas que atendem à expectativa subjetiva em detrimento ao coletivo.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A função do Poder Judiciário pertencente a um Estado democrático e constitucional é o de concentrar-se na interpretação da Constituição e demais leis infraconstitucionais, retirando delas o dever do Estado na garantia de direitos e promover o devido respeito ao regramento jurídico.

Em termos, significa que caberá aos juízes e tribunais a responsabilidade em interpretar a norma jurídica quando a discussão recair sobre princípios silentes ou indeterminados, como também será necessário um juízo de ponderação entre normas ou princípios que se contraponham, sempre se utilizando de fundamentação lógica, razoável e proporcional de suas decisões.

Incontestável o desempenho do poder jurisdicional como guardião de direitos e fiscalizador das funções administrativas na execução das normas que já estão devidamente relacionadas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, trazendo para si a legitimidade de atuar no senso de justiça quanto a decisões dos poderes públicos ou a omissões destes na formação do juízo de certo e errado quanto à utilização dos fundamentos éticos, sociais e morais preconizados em lei, dentro, lógico, do mínimo existencial possível para a coletividade.

Entretanto, deve o Poder Judiciário atuar dentro de uma total parcimônia e respeito ao conjunto de disposições legislativas e executivas já ordenadas pelos seus respectivos órgãos competentes. A função administrativa deve estar contida dentro do universo que é determinado em lei e se há o descumprimento desta cabe ao Poder Judiciário intervir, porém de forma justa, poupada de excessos e que não venha a comprometer o objeto principal de uma norma, a qual seria o interesse social e seu atendimento.

É imperioso em face de uma necessidade da atividade judicial, porque princípios e normas podem colidir-se frontalmente, que se faça uma visão ampliada e ponderada do juízo de decisão. Quanto ao direito “saúde”, opera-se, sempre, a preponderância do princípio da dignidade humana associado à igualdade e à proporcionalidade.

A Constituição Federal é absoluta de que a saúde é um direito garantido pelo Estado *a partir da elaboração e execução de políticas públicas e econômicas do Estado e sua fiscalização e financiamento, e não a partir de decisões judiciais*. Não parece estar

distante de entendimento claro e conciso o enunciado constitucional do art. 196 de que se trata de uma norma programática positivada. O Plano de Saúde Público é um componente do Estado, portanto, não deve sofrer integralmente a responsabilidade de gerir em todo seu cabimento a função garantidora do Estado.

A respeito disso, cita-se acórdão proferido pelo TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des. Antônio Lindberg Montenegro: “(...) *As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. (...)*”.

Não cabe ao Poder Judiciário a decisão de gerir gastos públicos, pois é competência do Poder Executivo as decisões a respeito da distribuição, financiamento e controle das atividades públicas executadas no enfrentamento das necessidades sociais e econômicas, que são fatores condicionantes para a garantia do direito público à saúde, de sua coletividade. Ao âmbito da decisão judicial cabe a garantia de que haja a efetividade da execução destas políticas que já estejam plenamente dispostas nas normas constitucionais e infraconstitucionais em virtude da legitimidade de sua prerrogativa de proteção aos direitos individuais e coletivos.

Não se pode afastar, ainda, a legitimidade constitucional da condição de democracia do Estado brasileiro. É o governo do povo que, através do voto popular, nomeia seus representantes da atividade executiva e legislativa do Estado. E aos poderes legislativo e executivo, cabe a qualidade de gestão do Estado. Mormente os recursos para a realização dos serviços essenciais à manutenção dos princípios, normas, direitos e regras da população. Isto implica demanda de cobrança de impostos ao povo e ao Poder Judiciário não compete a legislação nem a administração dessas cobranças.

Neste sentido, José Gomes Canotilho dispõe: “*Os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos públicos a cumprir determinado programa de ação.*” (Direito Constitucional, 2001, p.946). E, ainda, no mesmo sentido, Fabiano Holz Bezerra comenta: “*De outra parte, é discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazer opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos, não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual status, como educação e saúde. Além disso, o que*

definiria a prioridade do atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa.” (Comentário sobre a decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, Revista de direito social 18:110, 2005).

Ao Estado, sem dúvida, pertence o ônus da decisão sobre a distribuição dos recursos de forma equilibrada e integral para o atendimento das necessidades da demanda social a fim de que seja alcançada a efetividade dos direitos fundamentais garantidos sejam estes direitos individuais ou coletivos. Objeta-se quanto a isto o binômio inversamente proporcional que teve sua origem a partir da incorporação crescente de direitos fundamentais criando para o Estado falta de recursos suficientes para administrá-los: *o fenômeno do mínimo existencial x o princípio da reserva do possível.*

Sobre isto, Ricardo Lobo Torres faz a seguinte apreciação: *“A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: (...) d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: ‘não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.’ e) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental.”* (O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson Miranda Coutinho (Org), 2004, p. 455-6).

3.1. O EXCESSO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EFEITOS

Existe uma tendência timidamente progressiva ao reconhecimento dos efeitos dos excessos das decisões judiciais sobre a saúde, especialmente sobre a *“medicalização judicial”*, pois como se já não fossem perniciosas o suficiente sobre a capacidade funcional da Administração Pública, concorrendo para a sua completa desorganização e

colapso, dão ferramentas suficientes para que se questione a atuação judicial como detentora de poder de decisão sobre o tratamento médico de determinado indivíduo.

Além dessa questão muito pontual sobre a decisão de conduta medicamentosa, existe a barreira do acesso. Assim como ocorre em todas as áreas formadoras, inclusive jurídica, não há domínio de certeza e pleno conhecimento sobre tudo e necessário se faz, em grande parte, que se reúnam subsídios suficientes para se determinar os benefícios e consequências que decorrerão através de uma decisão do judiciário, especialmente relacionadas à saúde. Assim como é imperativo critério de ponderação e razoabilidade seguras para a determinação de um direito, seja ele subjetivo ou social.

Impõe-se atualmente a manifestação desordenada e insistente do papel mercadológico que vem inserido por trás das chamadas “inovações tecnológicas” tanto no aspecto curativo como preventivo da saúde. Entenda-se, a inclusão no mercado de drogas medicamentosas e procedimentos diagnósticos com promessas efusivas e muitas vezes condizentes ao papel a que se cumprem, porém, há de se entender que o corpo humano permanece o mesmo. É condição indiscutível, portanto, não se concebendo, nesse momento, a possibilidade de que os órgãos, estruturas internas e externas e as funções do corpo humano sofram *mutação fantástica*. A evolução que vem ocorrendo, em se tratando do aumento de condições que terminem por imputar ao indivíduo sofrimentos orgânicos sérios, limitantes, incapacitantes e letais, é resultado desse incremento evolutivo das sociedades globalizadas. Notadamente, o mercado tecnológico vem se apontando com tentativas persistentes de consertar os efeitos produzidos pela própria interferência humana na natureza.

Porém, esses avanços tecnológicos não têm sido acompanhados, na mesma velocidade de seus incrementos, pela necessidade da avaliação de sua eficácia. Dependem de aval científico comprovado para que possam ser introduzidos no mercado. Porquanto, até mesmo essas pesquisas científicas de controle, avaliação e comprovação de efetividade de qualquer inovação demandam recursos, que também advêm do Estado. A partir disto, tem-se verificado que muitas das decisões judiciais a respeito de condutas medicamentosas e diagnósticas não têm tido o cuidado na observação destas qualificações, que são de competência administrativa.

E estas decisões impõem para a Administração Pública a privação de sua atividade funcional, além do caos financeiro. Porque carregam em si, estas decisões, o caráter do atendimento ao direito subjetivo, no sentido individualista, aos problemas sociais. Quanto

a isto, cabe destacar a seguinte pronúncia do Relator Desembargador Carpena Amorim na decisão referente à Apelação Cível 1994.001.01749, no TJRJ, de 20 de setembro de 1994: *“Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (DP) Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenço”*.

Impor para a Administração Pública atendimento individual fragmentado nas decisões judiciais, em detrimento de outros doentes nas mesmas condições, traduz-se em impedimento ao Estado de aperfeiçoar a prestação de atendimento na promoção de saúde e prevenção de doenças, inclusive, de uma população. *In concreto*, para o cumprimento de determinadas decisões judiciais na saúde, a Administração Pública necessita remanejar recursos, por vezes, determinar deixar de investir em programas que atenderiam ao coletivo, para o atendimento subjetivo.

Trazendo à luz do conhecimento factual do tema, descreve-se a situação que acontece no Município de Assis, Estado de São Paulo, de acordo com o IBGE, dados de 2015.

População estimada 2015	101.597
População 2010	95.144
Área da unidade territorial 2015 (km²)	460,609
Densidade demográfica 2010 (hab./km²)	206,70
Estabelecimentos de Saúde SUS	34

A Secretaria Municipal de Saúde de Assis, assim como acontece nos demais municípios, destina-se à prestação dos serviços de saúde chamados de baixa complexidade, alguns de média complexidade e aos considerados de alta complexidade, deve contar com a assistência da Secretaria Estadual de Saúde.

O Estado de São Paulo dispõe em sua Relação de Medicamentos para o tratamento especializado de patologias complexas, um total de 110 substâncias, compreendendo desde suplemento alimentar específico até doenças degenerativas e incapacitantes. O Município de Assis mantém em sua lista de produtos disponibilizados para sua população, um total de 366 compostos medicamentosos. Todos esses produtos encontram-se validados pela Relação Nacional de Medicamentos, para o tratamento de

uma ampla variedade de doenças, desde as mais comuns. Todas essas substâncias são avaliadas a partir de comprovação de evidências clínicas, pareceres técnicos de entidades especializadas e de comissões também especializadas, avaliadas pelo Ministério da Saúde.

Segue abaixo um quadro ilustrativo da evolução de decisões judiciais impostas à Secretaria Municipal da Saúde de Assis, com ênfase ao número de ações nascidas do próprio Sistema Único de Saúde em relação àquelas decorrentes do sistema privado.

Ano	Nº de Processos	Sentenças	Sentenças
		disponibilizados SUS	não disponibilizados SUS
2013	94	59	35
2014	122	79	43
2015	144	89	55

O teor de alguns dos processos acessados denota visivelmente o caráter de insuficiência de dados que suportassem o objetivo da lide, como a ausência de informações técnicas a respeito do produto solicitado, de parecer técnico comparativo e que denunciasse possibilidade de medidas mais adequadas e dentro dos padrões adotados pelos programas estabelecidos pelas normas vigentes e a disponibilidade do pedido viabilizado via Sistema Único de Saúde.

Pois, não raro, como objetos da ação foram identificadas prescrições de substâncias que estão contidas na Lista de Medicamentos Nacional, Estadual e Municipal.

Por outro lado, também fica constatado que houve um aumento de solicitações justamente de medicamentos abarcados pelo Sistema Único de Saúde, possivelmente pelo efeito negativo dessas decisões pontuais e subjetivas, restringindo o poder público a deslocar recursos de outras finalidades para o cumprimento de decisões judiciais, comprometendo o atendimento adequado e suficiente dos programas terapêuticos e preventivos em franca evolução.

Em termos concretos a respeito do impacto financeiro causado por sentenças sucessivas e onerosas possíveis, demonstra-se:

ANO	DESPESA JUDICIAL EM R\$
2013	1.442.730,86
2014	1.680.987,47
2015	1.822.946,36

Apenas com o intuito de causar impacto no sentido de constatar que o excesso tem efeito direto sobre a organização administrativa, no ano de 2016, no período compreendido entre janeiro a julho, foram apurados 1.265 mandados judiciais contra a Secretaria de Saúde de Assis. Um número que já traz preocupante repercussão para o Sistema Público de Saúde no Município. Paralelamente, foram encontradas necessidades urgentes de manutenção e até substituição de equipamentos imprescindíveis para o regular andamento da cobertura de saúde municipal, tais como Equipamentos de Diagnóstico por Imagens, além do próprio abastecimento de medicamentos da linha terapêutica e alguns de essencialidade para a prevenção de riscos à saúde do indivíduo que já é portador de doenças crônicas.

Este é o diagnóstico da realidade crítica que a saúde no sentido de órgão componente da estrutura administrativa do Estado apresenta. Infelizmente, torna-se o diagnóstico nacional.

4. CONCLUSÃO

A partir de todas as considerações que foram objeto deste trabalho, cumpre demonstrar as arrematações depreendidas a seguir.

A saúde é direito inquestionável e indisponível. Faz parte do complexo indivíduo e sociedade e insere no contexto histórico a definição de que “*estar são*” não determina apenas a condição física do ser humano. É prerrogativa do Estado providenciar a estrutura mínima para sua existência, alicerçada no dever de planejar, executar, prover recursos, a partir do exercício fundamental de organização administrativa de suas políticas públicas. Ter saúde é consequência, não meio. A Constituição Federal determina que é também responsabilidade do indivíduo que promova condições que lhes sejam possíveis para a manutenção da saúde subjetiva e coletiva.

É prerrogativa do Estado que assegure a partir da sua característica gestora todos os fatores que determinam e condicionam ao provimento de saúde por meio do atendimento qualificado, integral e igualitário. Não se concebe a execução de políticas e programas que não possam atender à coletividade em detrimento do individual, se manifestamente impõe ao coletivo o risco de agravo e dano permanente de sua saúde.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 projeta com poder de orgulho e satisfação íntima de cidadania o Direito em si e sua relação com a condição de humanidade. É nela que se forma o Direito e que se transforma o Estado brasileiro. E em seu art. 2º consagra o princípio da Tripartição de Poderes, que sejam o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com o escopo de integração entre si de forma harmoniosa, porém independentes. Como bem afirma José Afonso da Silva, “*cabe assinalar que nem divisão de funções entre órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contra pesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados*” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 2009, p. 110).

A Administração Pública, cerne estrutural do Estado, para o Poder Executivo, em nenhum momento pode ter sua condição de força motriz abalada por intervenções que culminem com sua falência.

O Poder Judiciário também vem amplamente reconhecido de sua importância e vitalidade na Constituição de 1988. Entretanto, com arrimo pautado nesta, também encontra limites, como bem pode ser demonstrado a seguir: *“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’.”* (RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006.). No mesmo sentido: RE 582.825, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, julgamento em 22-3-2012, DJE de 17-4-2012; RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-12-2009, Segunda Turma, DJE de 19-2-2010; RE 595.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-4-2009, Segunda Turma, DJE de 29-5-2009.

Ainda neste propósito, encontra-se: *“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.”* (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.) No mesmo sentido: RE 583.578-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 31-8-2010, Segunda Turma, DJE de 22-10-2010.

O excesso nas decisões judiciais, ainda que no sentido restrito ao direito de saúde, tem conferido condições de ilegitimidade quando enfrenta e acata o direito subjetivo, na sua forma individualista, sobre o direito social e coletivo. Há muito que se proporcionar no objetivo de promover consenso entre as ações dos Poderes da União.

O acesso ao Poder Judiciário precisa ser melhorado, especialmente no sentido da possibilidade de abertura de discussão de ideias e lógicas dentro de um processo judicial em saúde, através da implantação de Câmaras Técnicas, dotadas de participantes com capacidade e formação suficientes para a equação de problemas que envolvam a inteireza do acesso integral e justo e igualitário da saúde. A capacitação norteia a justiça.

A atividade judicial deve promover o regular funcionamento das diretrizes constitucionais, a proteção aos direitos individuais e coletivos e ao chamamento de responsabilidade executiva de suas prioridades. À Administração Pública deve proceder com a lisura, a transparência, o compromisso e o respeito à cidadania. Os direitos constitucionais são públicos, indisponíveis e soberanos. O Estado deve manter-se fiel nas suas garantias.

Seguramente, a preponderância de uma decisão judicial pesada e fragmentada proporrá a descaracterização da Administração Pública, pois recursos públicos são finitos e insuficientes. Um sistema público de saúde fragilizado por intervenção desordenada não subsiste. Propostas de reforma administrativa, legislativa e judiciária, em conjunto, devem ser tomadas e levadas a sério. A Constituição é soberana e sua efetividade deve ser completa.

Por fim, há que se pôr em discussão o significado cognitivo que os direitos constitucionais devem expressar para que se fale em eficácia real à luz da norma como referência intrínseca com a individualidade e a dignidade da pessoa humana. A existência dos direitos subjetivos não deve favorecer a ideia de superioridade em relação aos interesses de uma coletividade. E esta é a essência do texto constitucional. Não se admite que o teor ali disposto confronte-se com a não efetividade do seu objetivo. Pois isto comprometeria sobremaneira a função administrativa do Estado, com riscos de irreversibilidade.

5. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula, **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social, v. 34, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE, Revista de Direito do Estado, v.13, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto**. In: Roberta Freitas Guerra; Fernando Laércio Alves da Silva; Patrícia Aurélia Del Nero. Neoconstitucionalismo em Perspectiva. 1 ed. Viçosa: Editora UFV, 2014.

BRASIL, **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL, Lei nº 8.080/90. **Sistema Único de Saúde**, 1990.

FERNANDES, Álvaro Felipe Câmara da Silva, **O direito fundamental à saúde e a obrigação de fazer do Estado no tratamento paliativo dos pacientes terminais**. Revista Jus Navigandi, fev. 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/46616/o-direito-fundamental-a-saude-e-a-obrigacao-de-fazer-do-estado-no-tratamento-paliativo-dos-pacientes-terminais>>. Acesso em 14 jul. 2016.

LÚCIA, Carmem, **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

MAGALHÃES, Mauro Oliveira, **O conceito de direito subjetivo aplicado ao direito à saúde**. Revista Jus Navigandi, fev. 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/46866/o-conceito-de-direito-subjetivo-aplicado-ao-direito-a-saude>>. Acesso em 14 jul. 2016.

NORONHA, José Carvalho de, **Cobertura universal de saúde: como misturar conceitos, confundir objetivos, abandonar princípios**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 29, n. 5 (S) 847-849, maio 2013. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2013000500003>. Acesso em 14 jul. 2016.

NOVA, Felipe D'Oliveira Vila, **Considerações gerais acerca do direito subjetivo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 513, 2004. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/6004>>. Acesso em 14 jul. 2016.

OMS, **Organização Mundial da Saúde**. 1948.

SÁ JÚNIOR, Luís Salvador de Miranda, **Desconstruindo a definição de saúde**. Jornal do Conselho Federal de Medicina, p. 15-16, jul/ago/set de 2004. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=bibliotecaJornalJulAgoSet2004#>>. Acesso em 14 jul. 2016.

SANCHEZ, Raquel Maia, CICONELLI, Rozana Mesquita, **Conceitos de acesso à saúde**. Rev Panam Salud Publica, 2012, 31 (3): 260-8.

SANTOS, Lenir, **Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde**. Revista Jus Navigandi, 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/7378/saude-conceito-e-atribuicoes-do-sistema-unico-de-saude>>. Acesso em 14 jul. 2016.

SANTOS, Lenir, **Saúde ilegalidades e inconstitucionalidades**. Revista Jus Navigandi, 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/6897/saude-ilegalidades-e-inconstitucionalidades>>. Acesso em 14 jul. 2016.

SANTOS, Thiago Carneiro de Santana, **A Fazenda Pública e a dispensa judicial de medicamentos sob o enfoque probatório**. Revista Jus Navigandi, jan. 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/45607/a-fazenda-publica-e-a-dispensa-judicial-de-medicamentos-sob-o-enfoque-probatorio>>. Acesso em 14 jul. 2016.