



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO VASQUES LESSA

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE FACE A OMISSÃO DOS ENTES ESTATAIS**

Salvador
2016

LEONARDO VASQUES LESSA

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE FACE A OMISSÃO DOS ENTES ESTATAIS**

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

Orientador: Prof. Geovane De Mori
Peixoto

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO VASQUES LESSA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE FACE A OMISSÃO DOS ENTES ESTATAIS

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

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

A

meus pais Mário e Fernanda, por permitem todo o meu desenvolvimento pessoal e profissional, com todo o amor que só eles sabem dar.

Aos meus amigos por aguentarem todo o meu estresse na faculdade, principalmente nessa reta final

Ao meu orientador Geovane Peixoto e ao professor Paulo Oliveira por conseguirem prestar a assistência necessária para o deslinde desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, venho agradecer a meus pais que proporcionaram toda a minha vida acadêmica da melhor maneira possível, auxiliando tanto no aspecto financeiro, quanto emocional. Agradeço também por compreenderem meu estresse no decorrer da faculdade, diante às duras exigências feitas pela instituição para quando, completada a graduação, os alunos serem os melhores profissionais no mercado de trabalho.

Agradeço a Faculdade Baiana de Direito por permitir que eu conhecesse amigos que levarei para a vida toda, bem como por propiciar que devo enxergar as pessoas por diversas perspectivas, tendo em vista que nunca saberei quais são as reais pretensões de um indivíduo até receber a nota da primeira prova e perceber como são dissonantes os critérios objetivos de cada profissional que labora naquela instituição.

Agradeço a meus amigos que me ajudaram nessa reta final da faculdade, auxiliando nas demandas que fossem perquiridas por mim, bem como a aqueles amigos que estão sempre comigo, a exemplo de Eduardo e Ângelo, que me ajudaram no decorrer de toda a vida de graduando, não só nas demandas institucionais, mas naquelas que envolvem minha vida pessoal.

Por fim, agradeço a meu orientador Geovane Peixoto por disponibilizar de seu conhecimento no grupo de pesquisa sobre direitos fundamentais, que veio a servir como mola propulsora para eu escolher meu tema, bem como por conceder seu arcabouço literário para eu dar andamento ao presente trabalho. E ao professor Paulo Oliveira, por sentar comigo ajudando a corrigir a presente monografia, amparando minha insegurança quanto sua concretude e fundamentação.

“Sucesso é a combinação de fracassos, erros, começos errados; confusão, e da determinação de continuar tentando mesmo assim.”.

Nick Gleason

RESUMO

O presente trabalho procura demonstrar a atividade exercida pelo poder judiciário ante as omissões concernentes à área de saúde, que permeiam o poder legislativo ou o poder executivo, sejam elas por falta de previsão legal ou por falta de aplicação e/ou efetivação das políticas públicas. Ademais, visa apresentar como essa atuação do poder judiciário afeta os outros poderes, bem como, quais seriam os efeitos de suas decisões no plano concreto, haja vista os impactos socioeconômicos que uma sentença pode carrear, face a um orçamento supostamente escasso. Outrossim, é vislumbrado quais seriam os limites na atuação desse poder, além dos critérios utilizados pelo mesmo quando vai conferir certo direito. Da mesma maneira, traz em destaque a imprescindibilidade do direito à saúde, ante a sua natureza constitucional, bem como a natureza dos direitos fundamentais, demonstrando qual será o meio adequado caso exista uma colisão entre direitos, tendo em vista que haveria um limite de cada direito face a outro de mesma natureza. É apresentado ainda, como os particulares podem participar na prestação dos serviços públicos, a fim de garantir uma melhor qualidade na prestação, diante um fornecimento ruim pelo ente estatal. Entretanto, mostrando também, como o Estado irá atuar na prestação dos serviços, seja de modo direto ou indireto. Por fim, a presente obra faz uma análise de duas situações concretas, uma no âmbito do Estado da Bahia e a outra em um julgamento de dois Recursos Extraordinários com Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal e, em ambos, constatando a efetivação do direito à saúde.

Palavras-Chave: ativismo judicial; políticas públicas; direito à saúde; omissões estatais; orçamento; dignidade humana

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Acre
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
AI	Agravo de Instrumento
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APL	Apelação Cível
art.	artigo
BA	Bahia
CF	Constituição Federal
DATASUS	Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RCL	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
RJ	Rio de Janeiro
séc.	século
SIOPS	Sistema de Informação sobre Orçamento Público
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TC	Tribunal Constitucional
TJ	Tribunal de Justiça
US. FDA	<i>United State Food and Drug Administration</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 GESTÃO ORÇAMENTÁRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO JURISDICIONAL	13
2.1 CARACTERÍSTICAS DAS RECEITAS, DESPESAS E ORÇAMENTO PÚBLICO	15
2.1.1 Como se dá as prestações dos serviços públicos do Estado?	15
2.1.2 Aspectos Intrínsecos do Orçamento	16
2.1.3 Meios de Controle para a Execução do Orçamento	18
2.2 CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS	19
2.2.1 Participação do setor privado na consecução de Políticas Públicas	22
2.2.1.1 Histórico	22
2.2.1.2 Meios de Participação do Estado na Prestação dos Serviços Públicos	23
2.2.1.3 O Estado Regulador-Garantidor na Prestação dos Serviços Públicos no Estado Brasileiro	24
2.2.2 O Princípio da Eficiência para o Aperfeiçoamento Estatal	26
2.3 CONTROLE DO JUDICIÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO ÀS GARANTIAS SOCIAIS	27
2.4 ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DO ORÇAMENTO NO ESTADO DA BAHIA	31
2.4.1 Análise Concreta dos Valores Disponibilizados no Exercício Financeiro de 2015	31
2.4.2 Posicionamento do Tribunal de Justiça da Bahia acerca da Proteção do Direito Fundamental à Saúde	34
3 ATIVISMO JUDICIAL – O PROTAGONISTA DO JUDICIÁRIO NO SÉC. XXI	37
3.1 PODER – DEVER DO MAGISTRADO	39
3.2 LIMITES QUANTO À AÇÃO/OMISSÃO DO MAGISTRADO	41
3.3 OBSERVÂNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ART. 6º E 196	44
3.4 CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO	49
3.5 SUPLEMENTAÇÃO DA LEI – CRIAÇÃO DE NORMA PELO JUDICIÁRIO	53
3.6 O ATIVISMO JUDICIAL INTERFERE NA SEPARAÇÃO DOS PODERES?	55

4 CRITÉRIOS PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO À SAÚDE	60
4.1 ACESSO À JUSTIÇA E PAPEL DO JUDICIÁRIO	60
4.2 ANÁLISE DOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EM REPERCUSSÃO GERAL N°S 566.471 E 657.718: PARÂMETROS PARA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	64
4.3 MÍNIMO EXISTENCIAL <i>VERSUS</i> RESERVA DO POSSÍVEL	72
4.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO BALIZADOR NA CONCESSÃO DO DIREITO À SAÚDE.	77
5 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura demonstrar a imprescindibilidade do direito à saúde no ordenamento pátrio, ante a sua previsão constitucional, bem como sua evolução até os dias atuais, no intuito de que não haja um retrocesso na concessão de sua pretensão face aos argumentos apresentados pela Administração Pública para sua concessão.

Do mesmo modo, apresentar o papel do judiciário na concessão dos direitos fundamentais sociais, tendo a sua natureza prestacional e como sua atuação pode interferir na esfera dos outros poderes estatais, averiguando se existe ou não uma interferência na separação dos poderes.

Ademais, é intenção do referido trabalho mostrar quais os elementos que o magistrado deverá se ater ao conceder determinada pretensão, sejam eles o orçamento público, políticas públicas, omissão ou negligência estatal, bem como a falta de um dispositivo normativo que lecione sobre a matéria perquirida.

Além disto, aferir como se dá o controle do magistrado diante às políticas públicas, e se seria um poder-dever sua atuação, bem como, qual seria seu limite de atuação face a ação ou omissão estatal.

Outrossim, averiguar como se dá a participação de entes privados na prestação de serviços públicos e, como será a interferência do Estado quando ocorrerem essas prestações por particulares, mostrando o aspecto histórico, para compreender a transição do Estado Liberal, perante a uma Constituição social, para um Estado Regulador-Garantidor.

Nesse intuito será abordado casos concretos no âmbito do Estado da Bahia, a fim de verificar a aplicação de verbas pelo Administrador Público no exercício financeiro do ano de 2015, bem como, qual seria a posição do Tribunal de Justiça do mesmo estado na concessão de pretensões quanto ao direito à saúde.

Do mesmo modo, será apresentado um julgamento que está em tramitação no Supremo Tribunal Federal, quanto a estipulação de parâmetros para concessão de medicamentos de alto custo e para concessão de medicamentos que não atendem

as formalidades da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. E, diante disso, fazer uma análise de quais parâmetros poderão ser mais adequados com base no objeto do presente trabalho.

Com efeito, expor o papel que o judiciário vem desempenhando até os dias atuais e os efeitos que suas decisões propiciam no plano social, além do acesso à justiça que se tornou mais rápido e eficaz.

Ao final, busca-se apresentar qual seria a natureza dos direitos fundamentais no ordenamento e se existiria um limine neles, em sua essência. Além disso, quais serão os critérios adotados caso exista uma colisão de direitos em determinado caso concreto, como estabelecer qual direito iria se sobrepôr ao outro, tendo em vista que possuiriam a mesma natureza.

Da mesma maneira, demonstrar como estaria caracterizado o mínimo existencial adotado pelo Estado, buscando sempre um máximo existencial de cada indivíduo e da coletividade, face ao dinamismo social.

2 GESTÃO ORÇAMENTÁRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO JURISDICIONAL

A luz das normas constitucionais é constatada que todos os cidadãos possuem direito individual à saúde, bem como, deverá ser fornecido a fim de atender as demandas coletivas, isto verificado a partir do artigo 196 da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

Além desse dispositivo que segue, dá-se enfoque ainda no seu art. 198, §2º, que estipula um dispêndio mínimo a ser realizado por cada ente da federação.

Ademais, este mesmo diploma constitucional regulamenta que deverá ser estipulado por legislação complementar com diretrizes específicas acerca dos recursos destinados a esse ramo social, saúde, tais como serão destinadas as verbas obrigatórias provenientes dos tributos a esse setor, além de estabelecer os critérios para rateio de recursos e transferências sejam elas obrigatórias ou voluntárias para a área discutida.

Antes de adentrar a legislação complementar abordada supra, vale salientar que a Saúde, está incluída dentro da Seguridade Social, sendo sustentada por toda a sociedade, em decorrência do princípio da solidariedade, visto que se fosse bancada somente por quem utilizasse do serviço não seria possível suportar as demandas da população.

Isto que seria percebido, diante à complexidade de algumas contingências em face de outras, que gerariam um maior gasto financeiro e de energia por parte dos profissionais dessa área.

Com efeito o problema do custeio no direito à saúde no Brasil é ampla e minuciosamente regulado na Constituição, inclusive com regras transitórias caso exista omissão legislativa (SCAFF, 2011, p. 90).

Diante de tal configuração é disposto pela Lei Complementar nº 141/2012 em seus artigos 5ª a 8ª prevê os respectivos critérios de rateio destinados aos entes da federação, tanto na área estadual, quanto na área distrital e municipal, dispondo percentuais que deverão ser cumpridos de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária anual, visto que na área estadual equivale a 12% da arrecadação dos impostos.

Compreende-se, assim, que se o gestor público não atender as expectativas perquiridas por essas leis supracitadas, poderá ter suas contas de determinado exercício financeiro rejeitadas pelo respectivo tribunal de contas, este, órgão de controle do legislativo, que ensejará assim que seja responsabilizado de acordo com a Lei Complementar nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Assim, face ao que fora exposto até o momento, passemos a estudar como objeto desse capítulo a problemática, concernente, se o magistrado teria conhecimento e/ou balizadores técnicos que permitam sua ação, seu ativismo no intuito de resguardar esse direito fundamental à saúde, em face a ingerência e/ou omissão do gestor público, seja por negligência administrativa dos recursos ou pela escassez dos mesmos, que seriam resguardados no intuito de proteger uma coletividade em comparação a determinados casos específicos que careceriam de um alto custo para o estado.

A falta de critérios técnicos é verificada, tendo em vista a concessão de tratamentos de saúde e fornecimento de medicamentos por juízes, sem nos perguntarmos ao certo, se estes detêm conhecimento que existe um orçamento totalmente programado e vinculado e, a partir do momento que são concedidas medidas ao qual o Estado deverá cumprir toda dotação financeira prevista para aquela área é afetada.

Nesta senda é imprescindível o conhecimento de determinados conceitos que serão vistos a seguir a fim de verificar se há aptidão técnica para a concessão de sentenças diante às demandas de saúde.

2.1 CARACTERÍSTICAS DAS RECEITAS, DESPESAS E ORÇAMENTO PÚBLICO

A partir do que já fora abordado, necessário destacar as características do orçamento público em sentido geral, bem como o que está ao seu redor, permeando sua formulação, bem como sua concretização pelo Gestor Público no plano social, além de demonstrar a vinculação constitucional e o meio que o Administrador tem para cumprir as demandas necessárias, já que poderá ser responsabilizado como será explicitado.

2.1.1 Como se dá as prestações dos serviços públicos do Estado?

Primeiramente é mister salientar que a saúde é um serviço público, este, que não é exercido exclusivamente pelo Estado, mas tem que ser prestado de forma obrigatória pelo mesmo.

A prestação pelo Estado se dá por meio de despesas públicas, que estão relacionadas à um orçamento vinculado a esta área, ou seja, é de obrigação da Administração Pública respeitar os recursos financeiros previstos na dotação orçamentária, sempre observando o prévio empenho da respectiva verba, no intuito de atender o interesse público. Ademais, tal dispêndio ocorre através de decisão política, em face dos aspectos socioeconômicos, religiosos e culturais de determinada localidade (HARADA, 2013, p. 22).

Na mesma linha, é utilizado o critério político na decisão de gastar como dispõe em seu aspecto político e aspecto técnico Aliomar Balleiro (2012, p.88).

(...) o político delibera o que deve ser objeto da despesa pública, isto é, que necessidades humanas de caráter coletivo devem ser satisfeitas pelo processo do serviço público. Assentada a deliberação nesse ponto preliminar, cumpre investigar o aspecto técnico: como obter o máximo de eficiência e de conveniência social com o mínimo de sacrifício pecuniário correspondente.

Além disso, o gestor público deverá atender as diretrizes previstas no orçamento público ao qual é competente para atuar, conforme preceitua o artigo 167, inciso II, da Constituição Federal, sem ultrapassar o que fora conferido pela Lei para

execução das despesas públicas, visto que é uma vedação constitucional, como se vê a seguir: “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”

E, caso seja necessário pelo executivo de despesas adicionais, tendo em vista a má gestão pública, ou diante de fato que o gestor público não pode controlar como, decisões judiciais, deverá ser feita solicitação, com autorização do legislativo no intuito de conseguir atender à previsão orçamentária.

Aqui surge a Lei de Responsabilidade fiscal, servindo como um freio na atuação dos três poderes, a fim de que não excedam os limites legais para cumprirem o que acharem mais conveniente.

Conveniente, ainda, afirmar nesse estudo que as despesas são provenientes das receitas públicas, estas que podem provir do próprio ente federativo ou através das transferências voluntárias de outros entes, como previstos entre os artigos 157 a 161 da Carta Magna.

Entretanto, pode o ente que realiza a transferência colocar impedimentos para realização da mesma, como condicionando o pagamento de créditos para a entrega de seus recursos, não se harmonizando com o princípio federativo (HARADA, 2013, p. 59).

Como já fora supracitado, as despesas precisam serem vinculadas ao orçamento, este nada mais é que um instrumento do Estado para orientar sua atuação sobre a economia, deixando de ser um mero documento de caráter contábil e administrativo. Este que ainda reflete o interesse da sociedade e ação governamental, representando a materialidade da vontade do povo, representando o aspecto político do orçamento (HARADA, 2013, p.67).

2.1.2 Aspectos Intrínsecos do Orçamento

O orçamento deve ser enxergado em seu aspecto econômico, sendo recurso de otimização dos recursos financeiros do Estado, pois faz-se a estimativa das

necessidades da coletividade em comparação de quanto efetivamente entra nas contas do Tesouro (HARADA, 2013, p.73).

Contudo, deverá ser visto em sua amplitude técnica, pois aqui será dirimido itens de natureza metódica e racional de receitas e despesas, com apresentação gráfica e contábil do documento orçamentário, visando atender as regras orçamentárias (BALEIRO, 2012, p.526).

Isto serve como contrapeso ao aspecto político do orçamento, visto que não é viável atender todas as demandas em todos os meandros da sociedade, visto que existem prioridades e situações emergenciais, que carecem de maior atenção.

Além disto, até mesmo os setores mais carentes precisam de um limite, pois até com boa parte da destinação das verbas, ele ainda continuará insuficiente, diante de sua amplitude, fazendo ainda com que outros setores sejam prejudicados, em uma possível má confecção do instrumento orçamentário.

Com efeito, o orçamento tenta ser empregado no intuito de combater fases de depressão e de desemprego, promovendo investimentos e conter os crescimentos inflacionários. Assim, o orçamento não é tão somente político, mas também tende a envolver toda a economia nacional, inclusive com a participação do setor privado (BALEIRO, 2012, p. 538).

Outrossim, o orçamento tem natureza jurídica de lei, sendo de iniciativa do poder executivo, não precisando de quórum qualificado para sua aprovação, configurando-se como lei ordinária, estando vinculada as receitas e despesas referentes a determinado exercício financeiro ao qual foi aprovada, como prevê o art. 165 da CF.

Destaca-se, ainda, que com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, houve uma mudança concomitante no orçamento, como leciona Osvaldo Cunha Junior:

Logo, o orçamento programa representa a evolução do conceito de orçamento à luz do Estado Social. A sua compreensão permite concluir que eventual insuficiência de recursos não pode constituir elemento de estagnação na concessão de direitos fundamentais, mas vetor de conduta das formas de expressão do poder estatal para a prospecção futura de recursos (2013, p. 230).

Percebe-se, que o orçamento deverá ser programado tanto pelo executivo quanto legislativo, no intuito de conseguir atender as demandas sociais.

2.1.3 Meios de Controle para a Execução do Orçamento

Destaca-se que o orçamento deverá ser cumprido, haja vista que o gestor público será responsabilizado caso não haja sua consecução. Vale destacar assim mais uma característica para atender esse fim.

Destarte, o empenho é a garantia de que existe um crédito para a liquidação de determinado compromisso assumido pelo Estado, representa, assim, o primeiro estágio da despesa orçamentário. Ademais, esse empenho será registrado a partir da contratação do serviço, verificado tal conceito no Portal da Transparência do Governo Federal.

Com efeito, o gestor responsável pelos gastos públicos ficará sujeito à fiscalização, seja pelo controle interno, seja pelo controle externo.

O interno é disposto pelo art.70 da Constituição, ao traduzir que cada poder terá seus mecanismos para esse tipo de controle, no intuito de garantir o cumprimento de metas, comprovar a legalidade e resultado dos atos, concernente à sua eficácia e eficiência no plano concreto e também, apoiar o controle externo em sua missão (OLIVEIRA, 2011, p.457).

Visto isso, esse controle poderá ser ainda prévio, concomitante e subsequente em relação aos atos de legalidade praticados, segundo art. 77 da Lei 4.320/64. E com isso, permite maior verificação de como está a gestão dos gastos do orçamento nos casos concretos.

Em contraponto, o controle externo é realizado pelo legislativo, com auxílio do tribunal de contas, estes responsáveis por verificar as contas dos entes, seja união, estados, municípios e Distrito Federal, mas também da administração direta e indireta, primando pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, estampados no artigo 37 *caput* da Constituição Federal (OLIVEIRA, 2011, p. 583).

Com isso, o Tribunal de Contas, apesar de auxiliar o legislativo, possui atribuições própria, que não podem ser delegadas ao legislativo, sendo de competência exclusiva desse órgão.

2.2 CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS

Concernente ao tema da judicialização das políticas públicas é notado os constantes debates no meio jurídico, de como e quando deverá haver uma intervenção, diante de suas necessidades e riscos. Sua importância perpassa os direitos e garantias constitucionais frente a um orçamento público, visto que não existirá direitos, sejam eles individuais ou coletivos se não houver recursos para proporcioná-los (SILVA, 2016, p. 6).

Face a necessidade de atenção das demandas sociais, devem ser observados alguns fundamentos pelo gestor público no momento de realizar e aplicar o orçamento, a fim de atingir uma gama maior de pessoas, sem um retrocesso, garantindo um mínimo existencial.

Diante das metas democráticas definidas, a discricionariedade do Administrador Público deve ser fundada na concretização dos preceitos fundamentais, realizado através de políticas públicas com que todos possam receber os benefícios estatais (LUSTOZA, 2015, p. 195).

Com isso, as políticas públicas seriam os instrumentos utilizados pelo Estado para realização de todas as tarefas, organizando toda a burocracia, distribuindo os benefícios a quem for de direito e recolhendo os impostos. Por esse entendimento então, qualquer um, que atue como protagonista do Estado sob um parâmetro de legalidade, no intuito de atingir um fim, um resultado que perpassa o interesse público, este que não englobaria somente o interesse do Estado, mas de toda a sociedade, inclusive dos particulares, estaria amparado pela legitimidade (SILVA, 2016, p. 8-9). Vislumbra-se que é submetido ao controle jurisdicional, visto que há legalidade a partir do momento que determinado ato é emanado.

Ademais, as políticas públicas essenciais são àquelas configuradas a garantir o mínimo existencial, este mínimo existencial é um consenso observado na filosofia moral, além da zona de certeza positiva, quando extraída do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, sua concretização não poder estar vinculada aos desígnios no processo político (FONTE, 2015, p.343).

Tocante ao estudo, salienta-se que deve ser perquirido o atendimento de saúde a todos, de maneira indistinta, não necessariamente tendo sua prestação realizada pelo Estado.

Com isso, os recursos públicos serão sempre escassos diante dos avanços que ocorrem na medicina e na ciência. Todavia, deverão ser utilizados para ampliar as prestações sociais que implementem direitos sociais, caracterizando a maximização da reserva do possível (SCAFF, 2011, p. 99).

Assim, o particular pode exercer independente de concessão, tendo em vista que, apesar de possuir o dever na prestação, o Estado não tem a titularidade exclusiva, podendo ser exercido por particulares, em face de sua importância na sociedade (MELLO, 2012, p.703).

Tendo em vista a inércia do Estado para a criação de meios de efetivação dos direitos sociais, a fim de aplicar políticas públicas, o gestor, muita das vezes não escolhe o meio mais adequado para concretização do direito. Tal fato decorre de diversas normas constitucionais, serem abstratas, ensejando uma atuação desse com discricionariedade para a aplicação dessas políticas, gerando uma omissão inconstitucional resultante do não cumprimento de uma conduta do poder público (LUSTOZA, 2015, p. 198).

O judiciário, quando toca um tema político, não o decide com base em argumentos políticos, mas, o magistrado, ao decidir quanto a constitucionalidade, validade e/ou eficácia de determinado tema político está apenas atendendo o teor que lastreia a Constituição (PASSOS, 2014, p.49).

Com efeito, verifica-se a atuação do judiciário na concretização desses direitos sociais não efetivados, dispondo assim de determinado percentual do orçamento que já fora vinculado a outra finalidade.

Ademais, já fora decidido pelo STF, da imprescindibilidade do direito a saúde, em voto da relatoria do Ministro Celso de Melo, dispondo:

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. **O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.** [...] (RE 393175 AgR – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO).

A Administração Pública justifica sua omissão na aplicação e efetivação de tais políticas, sobre o pretexto de não possuir recursos suficientes nos cofres públicos. Entretanto, a mera alegação não é necessária para a Administração Pública se eximir de conferir um direito do cidadão, tendo que comprovar expressamente a carência financeira. Ademais, o Judiciário poderá determinar que na próxima proposta orçamentária seja disposto os recursos que faltam naquele setor, que estaria com uma suposta escassez, bem como, pode determinar que a verba seja aplicada para o adimplemento de uma obrigação perquirida (GRINOVER, 2013, p. 138).

Assim, percebe-se que o Estado não pode cercear um direito fundamental, com a alegação de não conseguir, por falta de um montante financeiro, tendo em vista que o planejamento deveria ter sido feito anteriormente.

Deste modo, vislumbra-se que diante da omissão na gestão das políticas públicas, seja na sua administração, seja na aplicação de valores em determinados setores, pode acarretar em uma omissão constitucional.

Outrossim, para não cair nesse problema supra, mister realizar um planejamento orçamentário, com sua respectiva competência técnica, até mesmo para não ir de encontro com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

2.2.1 Participação do setor privado na consecução de Políticas Públicas

Com a omissão do Gestor estatal na consecução dos contingentes populacionais na persecução de seus direitos, veio o setor privado para conferir uma melhor prestação na efetivação dos serviços públicos, como será visto a seguir.

2.2.1.1 Histórico

Foi na transição do Estado Liberal para o Estado Social que o Juiz passou a deixar de ser meramente o “boca da lei”, ou seja, mero reproduzidor do que estava *ipsis literis* na lei. A partir do momento que assume o compromisso com esse novo Estado Social, há uma alteração na finalidade de sua persecução, a partir do momento que busca atender a supremacia da constituição, interpretando-a em sua essência. (GRINOVER, 2013, p.126).

Tais alterações ocorreram diante, principalmente, a Revolução Industrial ocorrida no início do século XX, bem como, quando, em 1891 nos Estados Unidos da América foi introduzido o sistema do *judicial review*, a partir do controle de constitucionalidade realizado pelo Juiz Marshall no famoso caso *Marbury versus Madison*, no qual foi afirmado a supremacia da Constituição, a ser constatada perante a lei (GRINOVER, 2013, p. 126).

Reafirma-se assim que, o Estado Liberal do ponto de vista orçamentário pressupunha um sistema restrito à manutenção econômico-financeira do poder de polícia da administração e da prestação de reduzido número de serviços públicos,

pois objetivava a irrestrita proteção da liberdade individual, não se preocupando com as questões sociais (CANELA JUNIOR, 2013, p. 227).

Entretanto essa política neoliberal não obteve tanto êxito, uma vez que há uma busca atualmente no fortalecimento da Administração Pública, buscando a eficiência a partir de sua gerência.

Assim assevera Helton Kramer Lustoza (2015, p. 210):

Diante da inefetividade das normas programáticas que determinavam prestações sociais em grande período histórico, o que denunciava uma postura omissiva do Estado, passou a desenvolver uma nova hermenêutica sobre o papel do judiciário.

Vale destacar que o Estado brasileiro se caracteriza por uma constituição social, sendo ela prestacional em sua essência, pois antes, a política adotada era liberal como já dito. Mas, tendo em vista a necessidade de atendimento e amparo do povo foi necessária essa alteração.

Entretanto, o Estado não conseguiu prestar os serviços de modo satisfatório a fim de atender uma gama de solicitações, tornando o serviço, seja em qualquer área insuficiente.

Com isso, aparece a transição do Estado Liberal para o Estado Social, alterando sua finalidade, antes era limitador do poder e garantidor da liberdade individual e agora passa a atuar diretamente na economia, estabelecendo funções específicas aos poderes públicos (CANELA JUNIOR, 2013, p.229).

2.2.1.2 Meios de Participação do Estado na Prestação dos Serviços Públicos

O Estado poderá vir a intervir na economia, através do meio direto como indireto. Na intervenção direta ocorre quando o próprio Estado assume o papel de agente produtivo, ele que atua no setor econômico, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista, ficando sujeito ao regime jurídico de direito privado, no intuito de haver uma paridade de armas com outras pessoas. Para a conferência dessa modalidade de intervenção é necessária como requisitos a segurança

nacional ou relevante interesse coletivo, conforme disposto em lei (SANTOS; DRAGO, 2016, p.17).

Já a intervenção indireta ocorre pelo poder regulador do Estado, através de sua atribuição normativa, fazendo intervenções por meio de seu poder de polícia, fiscalizando, incentivando, planejando e sancionando quando necessário, a fim de permitir a livre iniciativa e livre concorrência (SANTOS; DRAGO, 2016, p.17).

No intuito de solucionar os problemas provenientes da atividade administrativa, em determinado período adotou-se uma política neoliberal de desestatização, a fim de deixar mais eficiente a aplicação das políticas públicas, tendo em vista que seria possível a maior especificidade na prestação do serviço público (PEREIRA, 1998, P.115).

2.2.1.3 O Estado Regulador-Garantidor na Prestação dos Serviços Públicos no Estado Brasileiro

Face aos problemas proporcionados pelo Estado liberal em confronto com uma Constituição social, surge um Estado Regulador-Garantidor responsável por uma desburocratização do aparato estatal a fim de conferir a prestação dos serviços aos particulares, mas, estes estarão sendo observados pelo Estado, que fiscalizará e aplicará sanções a fim de garantir a eficiência na prestação dos serviços públicos, aplicando as devidas sanções quando necessárias.

A breve contextualização econômica foi necessária para compreender como o Estado pode melhorar suas dificuldades com o orçamento, bem como desburocratizar alguns serviços que são prestados a fim de que uma parcela maior de indivíduos possam ser amparados por direitos fundamentais.

Assim assiste Paulo Augusto de Oliveira (2015, p.304):

[...] assiste-se à desgovernamentalização da atividade regulatória, caracterizada pela separação de funções entre as tarefas de orientação política da economia, que continuam a pertencer ao Governo e ao Parlamento, e as tarefas de regulação propriamente ditas que são remetidas para autoridades tendencialmente independentes do Governo.

Com efeito, haveria uma maior autonomia dos responsáveis pela concretização de determinados setores econômicos.

Tem assim como base o art. 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”, bem como o art. 174 do mesmo diploma: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”.

Neste caminho, poderá ser passado para os privados a concessão de prestação de serviços a fim de tornar mais célere e com maior eficiência, tendo em vista que esse privado deve dispor de capital para investir e assumir os riscos da atividade, bem como deverá tornar-se universal a prestação do serviço a fim de que todos possam recebe-lo.

Outrossim, deverá haver um planejamento, para que, se demonstre a viabilidade de crescimento no atendimento das demandas e aperfeiçoamento do serviço com o tempo.

Este modelo de colaboração público-privado cumpre a função de aproveitar e canalizar os recursos e as capacidades privadas na realização de atribuições públicas, possibilitando atingir a inovação e eficiência, quanto a gestão dos serviços públicos (OLIVEIRA, 2015, p. 306). Ademais, permite a partilha das responsabilidades, não ficando tão somente o Estado encarregado.

Isto facilitaria, por exemplo, problemas na saúde, pois, apesar de possuir atendimento do SUS em diversos hospitais particulares, há uma cota de atendimentos que inviabiliza o atendimento de diversos cidadãos diariamente.

Nessa senda, deveria haver uma modicidade tarifária inerente à prestação de serviço de saúde, visto que os particulares estão desempenhando essa atividade econômica que, se uma pessoa não dispor de um bom plano de saúde não conseguirá um atendimento adequado, já que os valores são exorbitantes para uma grande parcela da população, diante das várias realidades socioeconômicas existentes no país, que impedem o acesso a saúde.

Com isso, é imprescindível que sejam adotados valores mais acessíveis à população no atendimento e nos mais diversos tratamentos para que esse direito fundamental universal consiga ser concretizado.

Portanto, o princípio da eficiência já é trazido no ordenamento constitucional e a Constituição Federal de 1988 está comprometida com a concretização dos direitos prestacionais. Tocante a esse ponto existe um comprometimento em controlar os atos administrativos a partir de metas e resultados estipulados e almejados pelo poder público (LUSTOZA, 2015, p. 201).

Com efeito, é constatado que o Estado está com a ambição e necessidade de ampliar seus resultados, aperfeiçoando o controle que exerce sobre os meios para atingir esse fim.

Esse aperfeiçoamento pode ser trazido em destaque com a redução da burocratização, esta, característica inerente ao Estado brasileiro, que carece de mais liberdade nos procedimentos no intuito de diminuir a lentidão estatal.

2.2.2 O Princípio da Eficiência para o Aperfeiçoamento Estatal

Quanto a esse ponto, eficiência e eficácia não devem se confundir, visto que a eficiência é o meio utilizado pelo Estado para alcançar o bem comum, com o menor dispêndio financeiro que puder, enquanto a eficácia estaria atrelada aos resultados provenientes desta conduta (GABARDO, 2002, p. 143).

Com isso, para que possa haver essa efetividade a Constituição Federal preceitua em seu art. 74, II, que: “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;”.

Compreende-se que o Estado visa seu aperfeiçoamento e expansão de resultados, por meio desse dispositivo, a fim de atender o maior número de pessoas pelas políticas públicas.

Deve, nesse momento, aparecer a figura das agências reguladoras, responsáveis por impor diretrizes, normas técnicas, fiscalização e até mesmo sanções em determinada áreas.

Essas ainda sofrem muita influência política, partidária econômica, não agindo muitas vezes com imparcialidade e de acordo com o planejamento a fim de atender demandas singulares. E, por conseguinte, o direito de muitos termina por quedar em desespero.

As agências que vão ter função precípua em atuar nessa fiscalização dos particulares para que não haja uma usurpação, em decorrência de estipulação de valores exorbitantes para planos de saúde por exemplo, para aqueles que não dispõem condições de contratar, havendo uma seletividade nessa contratação.

2.3 CONTROLE DO JUDICIÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO ÀS GARANTIAS SOCIAIS

A partir da Constituição Federal de 1988 foram conferidas novas atribuições ao poder judiciário, dentre elas exercer o controle de constitucionalidade das leis, atos e atos de todos os órgãos do Estado, fazendo controle das políticas públicas na sua implementação, adequação ou até mesmo correção de acordo com os ditames constitucionais (WATANABE, 2013, p. 216).

Percebe-se assim, quanto ao estudo da saúde, o Estado não poderá deixar de fornecer tal prestação para a população, diante do princípio da universalidade. Este leciona que, todos devem ser amparados sem nenhuma distinção, salvo quando para resguardar a igualdade material, a fim de perpetrar o princípio da isonomia, ou seja, tratar os desiguais, na medida de suas desigualdades, no intuito de atingir a igualdade material.

Outrossim, o planejamento público deve se adequar as necessidades sociais, onde deverá ser observado a capacidade financeira de cada ente federativo (LUSTOZA, 2015, p. 207).

Nessa mesma linha de pensamento, o gestor público irá destinar recursos públicos de acordo com a imprescindibilidade daquele recurso em cada realidade no plano concreto, tendo uma discricionariedade para tanto.

Ademais, buscará garantir o mínimo existencial, a partir do momento que confere prestações positivas, ou seja, de natureza assistencial e/ou prestações negativas, através, por exemplo, de imunidades fiscais. Nesse sentido, o Estado retirará embasamento constitucional a fim de que esses direitos possam ser gozados pela população (SANTOS; DRAGO, 2016, p.15).

Deste modo, surge uma discussão do papel da jurisdição constitucional, em face de um orçamento vinculado, definido pelo executivo e que posteriormente será avaliado pelo poder legislativo, visto que esse mesmo orçamento tenta concretizar e harmonizar decisões políticas (LUSTOZA, 2015, p. 240).

Cabe, portanto, ao poder legislativo resolver e definir quem irá receber as prestações sociais, a partir de uma regulamentação, fazendo as escolhas difíceis quanto a destinação de dinheiro no processo orçamentário, bem como delimitar a reserva do possível para o atendimento das necessidades públicas diante o uso dos recursos públicos (SCAFF, 2011, p. 101).

A partir do exposto, as leis orçamentárias são de iniciativa legislativa do presidente da república como prevê o art. 84, XXIII da Constituição Federal, sem elas o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

Na mesma linha, após de realizada, será encaminhada à comissão mista permanente do Congresso Nacional, constituída por Deputados Federais e Senadores da República, que ficaram incumbidos, de acordo com o art. 166, do mesmo diploma supracitado, analisar e emitir parecer referente a determinada lei e às contas apresentadas anualmente desse chefe do executivo, fazendo assim um controle preventivo de constitucionalidade acerca da lei.

Do mesmo modo, o Judiciário poderá fazer Controle Preventivo de Constitucionalidade de determinada lei, desde que seja proposta por parlamentar mandado de segurança, no intuito de impedir a votação do referido projeto de lei por violar determinada cláusula pétrea da Constituição Federal, como dispõe em seu o art. 60, §4º.

Porém, em regra, o Controle de Constitucionalidade realizado pelo Judiciário será repressivo, ou seja, quando a lei já estiver pronta, no intuito de proteger o princípio da separação dos poderes.

Ademais, quanto ao controle preventivo exercido pelo legislativo no âmbito estadual e municipal não haverá uma comissão mista, tendo em vista que não possuem um sistema bicameral, mas, sua comissão que analisa as propostas orçamentárias e as contas, serão também permanentes.

Retomando, os parlamentares poderão emendar a lei orçamentária, passando antes por essa comissão para, em sessão conjunta do Congresso posteriormente, deliberarem acerca, visto que deverá estar em consonância com a realidade social e plano plurianual, indicando a fonte de custeio e a despesa específica quando necessário e, posteriormente irá para sanção presidencial.

O legislador estipula junto com o executivo o orçamento público, quanto será destinado a determinada área e, políticas de gestão e planejamento, para aplicação de tais verbas. Nesse tocante, o magistrado deve analisar os recursos que estão disponíveis, arrecadados e, se entender que estão sendo mal empregados por má gestão do administrador, ou que existem mais recursos suficientes, poderá impor uma prestação positiva compulsoriamente (OLIVEIRA, 2013, p. 703).

Todavia, nem todos da população conseguem ser amparados, diante das diversas demandas sociais. Assim, fica a cargo do judiciário, sem provocado e atuar nas demandas individuais a fim de garantir um direito fundamental que não está sendo observado.

Sendo assim, existe um temor que uma possível análise pelo poder judiciário, com concessão de medidas protetivas de direito, possa ir de encontro ao orçamento e, além disso, conferiria amplos poderes ao judiciário por ultrapassar a esfera dos outros poderes.

Mas o que é tentado demonstrar por essa análise supracitada é de que o poder judiciário não está usurpando seu poder, mas, tão somente, está garantindo direitos já previstos na Constituição Federal, que não estão sendo respeitados no plano concreto, ou seja, está protegendo a vontade do Poder Constituinte Originário, que

representou a vontade do povo, no momento da elaboração do diploma máximo do nosso ordenamento jurídico.

Esta linha atribuída a partir do momento que o Constitucionalismo Social legitima os direitos sociais, o Estado Democrático de Direito tem a obrigação de efetivá-los. Isto que se dará a partir de uma nova interpretação hermenêutica. (LOBATO, 2010, p. 188).

Nesta senda, a finalidade última na atividade jurisdicional seria de verificar se foram atingidos os resultados esperados das políticas públicas, com eficiência e razoabilidade na aplicação dos recursos públicos (LUSTOZA, 2015, p. 252).

Compreende-se, no entanto, que deverá ser observado cada caso concreto, pois muitas vezes existe similitude nos pedidos judiciais, mas um medicamento previsto na lista de dispensação dos Estado por exemplo, pode servir para determinada pessoa e não para outra, em face das consequências a posteriori que serão geradas pelo uso de determinada substância.

Outrossim, o judiciário está tentando equacionar uma parceria com o poder executivo, concernente a tratamentos e uso de fármacos, por exemplo, que serão aptos a solucionar casos concretos, respeitando o direito fundamental a saúde (ROCHA, 2013, p. 114).

Destaca-se nesse intuito a diminuição dos gastos com tratamentos desnecessários ou custosos, determinados pelo judiciário, pois, a partir do momento que é feito tal tipo de parceria com o poder público, por essa diminuição, torna-se viável propor um planejamento estratégico para ação para as mais variadas demandas.

Conclui-se que em decorrência da falha do aparato do poder público, tanto no âmbito executivo quanto legislativo, deverá o poder judiciário atuar para que essas demandas na seara econômica possam ser concretizadas, intervindo por exemplo quando perceber que um direito não está sendo resguardado por uma má prestação do serviço público, seja ele desempenhada pelo Estado, seja ela prestada pelo particular.

2.4 ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DO ORÇAMENTO NO ESTADO DA BAHIA

Portanto, passemos a verificar o montante que é angariado e distribuído ao Estado da Bahia no ano de 2015, a fim de observar se o orçamento foi cumprido no prazo estipulado.

Este prazo poderá ser vislumbrado a partir do momento que existem destinações de verbas que devem ser repassadas todos os meses, entretanto, em determinados meses não é percebido tais verbas em um âmbito específico e em outro mês aparece valores de modo destoante, trazendo assim a questão, que os repasses para os setores da saúde, objeto desse estudo, não estão sendo repassados com a frequência adequada para minimizar os problemas do povo, mesmo quando cumpridos os requisitos do orçamento.

Percebe-se isso, pois nos meses que o dinheiro não aparece, ou aparece a menor, muitas pessoas ficam carentes de atendimento, tratamento e/ou medicamento naquele período, o que acarreta a redução de sua expectativa de vida ou até mesmo a morte.

Este ponto é constatado, por exemplo, quando faltam determinadas drogas para certo tratamento, visto que ao final do ano foram empenhados um montante, mas ao decorrer desse mesmo ano sua distribuição não foi uniforme nos mais variados setores da saúde.

Observem, o orçamento foi cumprido em seus percentuais estritamente, todavia, a despesa não foi realizada de maneira mais eficiente para atender as demandas sociais.

2.4.1 Análise Concreta dos Valores Disponibilizados no Exercício Financeiro de 2015

Assim, passemos a ver que, que a área da saúde pode receber frente ao percentual de 12% das receitas líquidas dos impostos do estado, bem como das receitas

referentes aos repasses constitucionais e legais e as deduções do que são repassados aos municípios.

Deste modo, no ano de 2015, o Estado da Bahia teve a previsão de receita atualizada para aplicar nos serviços de saúde de R\$ 24.359.980.870,00 (Vinte e quatro bilhões, trezentos e cinquenta e nove milhões, novecentos e oitenta mil oitocentos e setenta reais), dos quais foram efetivamente realizadas até o 6º bimestre desse ano R\$ 24.171.361.725,24 (Vinte e quatro bilhões, cento e setenta e um milhões, trezentos e sessenta e um mil, setecentos e vinte e cinco reais e vinte e quatro centavos), como apresenta o Sistema de Informações sobre Orçamento Público (SIOPS).

Com efeito, o estado deverá observar o percentual mínimo imposto por determinação normativa, podendo aplicar mais do que previsto, desde que não afete no orçamento.

Outrossim, caso seja visualizado no caso concreto que foi aplicado mais que o mínimo, poderá o gestor realocar aquela verba que estaria vinculada a uma despesa, para outro setor, tendo em vista que o mínimo já estaria sendo vislumbrado ali.

Além disso, recebe auxílio de verbas provenientes do SUS. No que toca a essa perspectiva o art.17 da Lei Complementar informa que as ações e serviços de saúde vão ter que se ater ao art. 35 da Lei nº 8.080/90, esta última que rege o Sistema único de Saúde.

Neste intuito, terá que ser verificados cada caso concreto para dispor o valor a ser repassado, com base na necessidade de saúde da população, as dimensões epidemiológicas, demográfica, socioeconômica, espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde. Além disso, será verificado também, se aquele local condicional relevante processo imigratório.

Constata-se que no exercício de 2015 as despesas realizadas foram previamente empenhadas, entretanto não atendendo aos valores imputados nesse prévio empenho, não atendendo assim, ao que seria minimamente necessário para aquele setor designado.

Ademais, ao longo no ano analisado, percebe-se que em determinados bimestres o valor aplicado são dispares com outros bimestres, chegando a variar por volta de R\$ 200.000,00 (Duzentos mil reais).

Nesse mesmo caminho, existem despesas que não possuem uma dotação, ao qual ficam a critério da discricionariedade do gestor público, indo de encontro a vinculação estipulada em um orçamento, tendo como exemplo gastos com assistência à saúde que não são amparadas pelo princípio do acesso universal.

Outrossim, vale trazer em questão que o Administrador Público pode ter discricionariedade em seus atos, porém, essa discricionariedade tem que ser vinculada a lei, ou seja, permitida por lei, ou afirmando que em certas situações ficará a escolha do gestor por meio discricionário.

Igualmente, essa discricionariedade na consecução do ato administrativo deverá ser essencialmente motivada, com seu respectivo fundamento, sendo pressuposto de validade do ato.

Deste modo, o motivo é o pressuposto de fato que vem para autorizar ou exigir a prática de determinado ato, sendo antecedente e externo a este. Assim, sendo invocado um motivo para determinada situação, sendo ele inválido, o ato perecerá juntamente (MELLO, 2012, p. 401).

Com isso, poderá o Administrador Público realocar verbas, não utilizando para empenho o total da dotação orçamentária para aquele setor, desde que obedeça ao mínimo estipulado por lei.

Em consulta ao sítio eletrônico do DATASUS (Departamento de Informática do SUS), verifica-se que ao final do exercício no ano-base de 2015 foi destinado o percentual de 57,5% para assistência ambulatorial e hospitalar e 2,86% para suporte profilático e terapêutico, bem como 0,02% para vigilância sanitária e 0,7% para vigilância epidemiológica.

É observado que não fora atendido então toda a dotação orçamentaria prevista para o ano anterior, visto que não houve o respectivo empenho para essas demandas da área de saúde.

Em contraponto no mesmo ano-base foi aplicado o percentual de 302,75% em despesa total de saúde por habitante, verificando assim, que pode haver um remanejamento da dotação financeira a fim de atender as necessidades presentes na realidade da sociedade.

Porém, tal remanejamento deixa determinados esferas em déficit, fazendo com que não avancem juntamente com as novas perspectivas tecnológicas, científicas e médicas que ocorrem no mundo.

2.4.2 Posicionamento do Tribunal de Justiça da Bahia acerca da Proteção do Direito Fundamental à Saúde

A partir de agora vale trazer em foco o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia acerca da matéria, fazendo uma análise comparativa com a perspectiva da Administração Pública do Estado.

Ao verificar a jurisprudência do colendo tribunal, percebe-se em todas as Câmaras Cíveis, os recursos interpostos, sejam eles pelos municípios ou pelo próprio estado da Bahia, são improvidos em sua grande maioria, em face de argumentos similares, senão, vejamos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. RECUSA. SAÚDE E DIGNIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PODER PÚBLICO. GARANTIA. NECESSIDADE. I – É direito de todos e dever dos entes federativos promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde. II – Existindo a solicitação médica para o fornecimento de medicamentos à paciente hipossuficiente econômica, portadora de Mal de Parkinson, impositiva é a sua realização, às expensas dos entes federativos demandados, resguardando o direito constitucional à saúde e à vida daquela. (TJ-BA – APL: 0 0003655-15.2013.8.05.0032 BA).

Ante ao que fora demonstrado, fica claro a proteção do direito constitucional à saúde e vida do paciente, tendo o Estado a incumbência de fornece-la de maneira mais adequada possível.

Sabe-se na pretérita decisão que existem balizadores econômicos de cada ente a serem enfrentados, porém o gestor público na máxima de suas funções e atribuições deve prever tais circunstâncias da realidade social, a partir de pesquisas e

demandas que ocorrem anualmente, sendo possível estabelecer de pronto estabelecer e fixar diretrizes básicas.

Na mesma linha de pensamento e, com acréscimo de argumentos é visto em seguinte decisão que:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - CANABIDIOL - DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE - NECESSIDADE DA PACIENTE DEMONSTRADA - PRAZO SUFICIENTE PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO - ASTREINTES FIXADAS COM RAZOABILIDADE - DESNECESSIDADE DE OFERECIMENTO DE CAUÇÃO PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR – DECISÃO MANTIDA. **1. A saúde é direito de todos e dever do Estado**, que deverá assegurar a sua fruição igualitária por meio da instituição de ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, com o consequente fornecimento dos medicamentos necessários para tanto. 2. Admite-se excepcionalmente o deferimento de medida antecipatória satisfativa na hipótese em que se pretende a garantia do direito à saúde e/ou da vida, sendo desnecessário o oferecimento de caução. 3. A astreinte não se configura excessiva quando o destinatário não descumpra a ordem judicial que a fixou, além de não ter sido arbitrada em valor desproporcional e/ou irrazoável. **4. O direito fundamental à saúde, até mesmo por possuir uma conexão íntima e direta com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), deve prevalecer sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública** em dispor de um prazo maior para se adequar às decisões judiciais que visam efetivar tal direito. 5. Recurso improvido. (TJ-BA – AI: 0009374-69.2016.8.05.0000 BA).

Fica em destaque que o direito à saúde é preferível aos interesses da Fazenda Pública, seja ela em qual esfera for. Tal percepção ocorre no Estado brasileiro de maneira evidente, onde há uma desigualdade socioeconômica perceptível a qualquer pessoa.

Ademais, não pode ser utilizado pelos entes federativos o argumento de o medicamento ou serviço estar na lista de dispensação do Serviço Único de Saúde, que ele vai se tornar eficiente para os mais variados casos particulares.

Deste modo, fica a discussão do que seria mais importante no Estado, o equilíbrio econômico a fim de atender as demandas coletivas com menos complexidade ou o uso de verbas em certas demandas para atender interesse individuais específicos.

Tal discussão não é de titularidade do judiciário, visto que tal poder é o responsável pela proteção das garantias constitucionais, incluída a saúde entre elas. Outrossim, não é responsável pela elaboração de políticas públicas, mesmo que interfira de algum modo por meio de suas decisões.

Vale destacar também que o ativismo judicial não deve se confundir com a judicialização do direito, tendo em vista que esta dá possibilidade de qualquer cidadão obter uma medida judicial diante de uma lesão ou ameaça a um direito, que não podem ficar à mercê da ineficiência do poder público ou por suas deliberações autoritárias (LUSTOZA, 2015, p. 213).

Salienta-se que o Executivo e legislativo devem procurar mecanismos para atender ao máximo de 100% em todos os setores relacionados à área aqui estudada, podendo maximizar esses resultados, a partir de critérios balizadores, através de uma normatização pelo poder legislativo.

Uma solução encontrada também, seria a tributação como meio mais eficaz para a realização de políticas públicas, sendo regulada pelo poder executivo, visto que esse que realiza o planejamento. E, caberia ao judiciário trazer os “efeitos de segunda ordem” por suas decisões, uma vez que atuaria quando não atendido as políticas públicas e/ou as garantias da constituição federal, bem como gera efeitos no âmbito dos precedentes judiciais. (TIMM, 2010, p. 59)

Do mesmo modo que a carta magna deu importância ao regime democrático, ela assegurou a prestação e implementação de direitos fundamentais, no intuito de comprometer o poder público (LUSTOZA, 2015, p. 211).

Outra solução será esperar a decisão dos Recursos Extraordinários n.ºs. 566.471 e 657.718, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que, posteriormente quando o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vistas, resolveu estipular requisitos, critérios objetivos para concessão de determinadas demandas, no intuito de desafogar o orçamento, diante da judicialização da saúde. Tal discussão será vista no último capítulo, ao qual será realizada uma análise com enfoque ao que fora dirimido nesse trabalho de graduação.

3 ATIVISMO JUDICIAL – O PROTAGONISTA DO JUDICIÁRIO NO SÉC. XXI

Como exposto no capítulo anterior, o poder judiciário vem ganhando força diante as necessidades da população, concernente aos direitos prestacionais. Isto, que acarreta a garantia de direitos, mas afeta o orçamento público.

O povo tem esse anseio em buscar a prestação a saúde, visto que a preocupação com o direito à vida é algo inerente ao ser humano, no intuito de sempre preservar a sua existência, sua sobrevivência (BIANCHI, 2012, p. 81).

Deste modo, será visualizado os meios utilizados como critérios para conferir uma tutela jurisdicional a alguém, ou melhor, se há realmente critérios, bem como a discussão no âmbito do STF referente a estipulação de requisitos objetivos para a prestação de benefícios na área da saúde.

Neste capítulo é de grande valia destacar que, os poderes que compõem o governo não estão de acordo com a realidade social e política, tendo em vista que foram concebidos do século XVIII, no qual imaginava-se um Estado Mínimo, ou seja, não existia tanta intervenção estatal nas relações da sociedade (DALLARI, 2010, p.1).

Ainda nesse caminho, é imprescindível para que determinados direitos sejam assegurados aos cidadãos, que, a função jurisdicional que esteve por muito tempo atrelada tão somente à ideia de reprodução e interpretação do texto de lei, seja concebida de outro modo, a partir de critérios hermenêuticos do pensamento normativo ou sistemático (SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 404).

Em contrapartida, com as alterações no âmbito da sociedade as normas não podem permanecer estanques, não se defende uma insegurança jurídica, mas atualização em conformidade com a vontade popular.

Foi no XIV Congresso da Conferência Europeia das Cortes Constitucionais que foi reconhecida que há uma clara teoria de jurisdição constitucional nos Estados Unidos da América hoje que se preocupa com o ativismo judicial, na medida que trabalha com os conceitos de: (*legal gap*) e (*legal omission*), sendo um vazio legal e omissão legal respectivamente, a fim de demarcar as possibilidades de atuação do Estado Juiz no âmbito da criação/ interpretação da lei. Deste modo, o meio mais adequado

para a interpretação da norma, caso já tenha esgotado a via normativa, seria o uso da analogia a fim de adequar-se ao caso concreto (LEAL, 2011, p. 2).

Nessa mesma linha de pensamento histórico, o termo ativismo judicial foi muito utilizado para criticar a atuação dos magistrados que interferem nas questões sociais com critérios subjetivos, aos quais foram conferidas pelos poderes legitimados pelo voto popular. Ademais, nunca possuiu um significado só, pois pode designar a atividade do judiciário em casos duvidosos ou claramente políticos, bem como em decisões judiciais e no processo em si (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 470).

Frisa-se que a vontade de determinado legislador antigo poderá permanecer petrificada, dificultando a vontade do órgão julgador na aplicação da norma a partir do momento que incide no suporte fático previsto, decorrente de uma desatualização normativa.

Neste intuito, não pode conferir uma visão destoante do que realmente é esse ativismo na concepção do ordenamento brasileiro, que haveria uma concepção pré-estabelecida, a qual configuraria que o ativismo judicial não proporcionaria a separação dos poderes, trazendo, portanto, a união de tarefas em somente um órgão (BRANCO, 2013, p.393).

Ainda nessa mesma linha, o ativismo judicial poderia ainda ser compreendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, a esse poder, fazer atuar, resolver litígios, tanto de natureza subjetiva, conflito de interesses, quanto objetiva, conflito de normas (RAMOS, 2010, p.129).

Oportuno mencionar que o ativismo judicial não abarca somente a interferência em outros poderes, mas também, hipóteses de manifesta distorção de sentido do dispositivo constitucional aplicado, bem como cerceamento da atividade de outro poder estatal (BIANCHI, 2012, p. 122).

Nesse caminho, é perceptível que o Poder Legislativo é o que mais sofre por essa interferência ativista, na interpretação de uma norma criada por exemplo, tendo em vista que ocorre uma interferência direta.

3.1 PODER – DEVER DO MAGISTRADO

Nos últimos anos no Brasil, desde a Constituição de 1988, ocorreu uma instigante ascensão institucional do Poder Judiciário, no qual a magistratura deixou tão somente de ser um âmbito técnico, passando a dividir o espaço com o legislativo e executivo. Tal modificação, quedou em suscitar questões concernentes à extensão dos seus poderes (BARROSO, 2010, p.384).

A atuação do magistrado no âmbito social está ligada à uma provocação, tendo em vista que tal esfera de poder não pode interagir por mera liberalidade, por ato volitivo, visto que para assegurar a independência do judiciário deverá ser resguardada a imparcialidade.

Mister salientar que essa independência à Magistratura e a Advocacia foram conferidas pela Resolução 1994/41 da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, p. 2: *“Estudiar, por su actualidad y por su importancia, y con miras a formular propuestas, algunas cuestiones de principio con el fin de proteger y afianzar la independencia del poder judicial y de la abogacía”*.

Deste modo, a magistratura deverá ser exercida com independência, sem influência de disputas político-partidárias, ou de grupos sociais, atuando assim com sua convicção, bem como equidade, a fim de pensar na sociedade como um todo para atingir a Justiça (DALLARI, 2010, p.48).

Nessa mesma linha, a magistratura sofreu e ainda sofre com obstáculos, que impedem ou alteram sua configuração, ao qual influem nas decisões juízes, seja por vantagem financeira, repressão psicológica/física ou até mesmo por convicção pessoal.

Deste modo, ainda leciona Dalmo de Abreu Dallari:

Assim, pois, há um vínculo estreito entre dominação e repressão com o uso das regras legais, e o desejo de impedir que a magistratura contribua para a mudança social no sentido de implantação da justiça. Quando se associam a afirmação de neutralidade do direito e a exigência de que a magistratura seja escrava da lei e politicamente neutra, fica mais fácil a anulação da magistratura como defensora do direito e da justiça. Em sentido oposto, o reconhecimento do caráter político da magistratura, bem como as restrições, diretas ou indiretas, que são feitas à sua independência, tornará mais fácil a superação de tais restrições. (2010, p.60).

Nessa esteira, é imprescindível o combate à corrupção que aflige o sistema a fim de permitir a ação do magistrado sem interferência de terceiros para atingir seu juízo de valor, exercendo o poder – dever que lhe fora conferido.

Tocante às ideias trazidas até o momento, vale frisar que o Poder Judiciário, representado por seus juízes e tribunais, mesmo que não seja um poder no qual foram escolhidos pelo povo, visto à vitaliciedade do cargo e aperfeiçoamento técnico do mesmo, esses são dotados de representatividade, pois vão atuar em prol da sociedade (BARROSO, 2010, p. 385).

Com efeito, questiona-se qual seria o limite dessa legitimidade, referente a representatividade do judiciário, visto que os representantes desse poder não foram colocados nos cargos diretamente pelo povo. Assim, não poderiam atuar fora da esfera da legalidade imposta pelo legislador.

Entretanto, o Julgador não poderia ficar adstrito tão somente às previsões normativas, uma vez que com o passar das gerações as normas continuam estanques enquanto a sociedade evolui.

No mesmo deslinde, é perceptível na evolução da sociedade onde o poder executivo, seguido do legislativo foram os mais alterados, até mesmo pelo fato da população exigir mudanças constantes, alternâncias de políticas públicas a fim de atender anseios populares (DALLARI, 2010, p.81).

O judiciário nesse cenário permaneceu com determinados ritos específicos, e um formalismo que talvez deixe menos célere o procedimento. No tocante a esse ponto, percebe-se na contemporaneidade uma mudança de mentalidade do judiciário, com a atuação mais forte dos magistrados para alcançar a justiça, não ficando os mesmos adstritos a mera legalidade, que por muitas vezes não proporciona o que seria justo para determinado indivíduo ou coletividade.

Outrossim, essa legalidade é um facilitador na manipulação de condutas e até mesmo como forma de burlar a lei, se esta for aplicada taxativamente. Assim, é necessária a atuação do órgão julgador com base em todos os preceitos fundamentais, observando o caso concreto e a realidade social, a fim de diagnosticar qual o melhor caminho a ser traçado, até pelo fato do nascimento de

determinados precedentes que poderão vir a surgir diante de determinados assuntos.

E, com o Código de Processo Civil de 2015, uma decisão poderá influenciar em diversos casos concretos, o que impacta no orçamento ora vinculado àquela matéria.

3.2 LIMITES QUANTO À AÇÃO/OMISSÃO DO MAGISTRADO

Como já fora explicitado o magistrado fica atrelado ao que está disposto nas normas, nos diplomas legais para sua atuação. E ficaria a pergunta: qual o limite de exercício do poder dos órgãos jurisdicionais?

Isto, ainda pelo fato do juiz em si possuir uma convicção política, mesmo que não partidária, mas será orientado por um seguimento no momento de proferir a *ratio decidendi*, ou como melhor dito, a razão de decidir, a fundamentação, pois como qualquer pessoa, o juiz é um cidadão e sua decisão irá afetar a vida de outros.

Com isso, as decisões dos juízes em geral tendem e devem serem políticas em alguma medida, visto que, normalmente, suas decisões serão aceitas por um grupo e rejeitadas por outros. Com efeito, deverão proferir uma decisão não para atender certo grupo, mas sim, vislumbrando a moralidade política (DWORKIN, 2000, p. 3).

É perceptível que, o juiz recebe através da Constituição a legitimação para atuar em prol da sociedade e, suas decisões irão afetar no patrimônio, na convivência e toda uma gama de direitos fundamentais. Ademais, neste caminho ainda, ele só estará amparado com essa legitimação, enquanto atender as demandas com eficácia e justiça, exercendo seu dever constitucional (DALLARI, 2010, p.91)

Todavia, vale frisar, que não é conferido ao Poder Judiciário a missão definir, discricionariamente, o nível de eficácia de uma dada norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Isto deve ser posto a partir de uma análise interpretativa da norma-matriz no seu aspecto histórico, teleológico e sistemático e, se atingir a finalidade constitucional ora expressa no texto da norma, não poderá a

Corte, mesmo sendo ela uma Corte Constitucional alterar o significado do dispositivo no intuito de conferir um direito fundamental (RAMOS, 2010, p. 266).

Nessa esteira, ainda é percebido que certa norma poderá ser revista judicialmente de maneira “interpretativa” ou “não-interpretativa”. Na primeira há vinculação da interpretação pelo judiciário com a decisão do legislador ao dispor determinada norma, enquanto a segunda é quando há incumbência pelo próprio judiciário de procurar outra fonte, que não a lei para dirimir certa questão, tais como moralidade popular e princípios (DWORKIN, 2000, p. 44).

Quanto ao modelo não-interpretativo, extrai-se que assume uma posição mais ativista, na qual o Julgador procura interpretar além dos limites impostos pelo documento legal, enquanto o modelo interpretativo traz uma posição que prende o julgador à Constituição de maneira estática, como se a sociedade não fosse dinâmica, não sofresse mudanças (DWORKIN, 2000, p. 45-46).

Esta compreensão deverá partir da premissa que há normas estabelecendo diretrizes gerais e específicas, bem como políticas públicas destinadas à setores que cuidam da tutela de direitos prestacionais, no qual o judiciário poderá intervir quando perceber uma ingerência, uma má distribuição dos recursos, ou até mesmo o não cumprimento da proposta legal. Nesta situação, poderá garantir a tutela prestacional, tendo em vista que determinados direitos fundamentais são amparados pela Carta Maior.

Ainda nesse estudo é perceptível que com a Emenda n. 45, de 2004, foi acrescida à Carta Maior, no seu artigo 103-A: “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir da publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei”.

Neste cerne, verifica-se que o Judiciário passa a legislar sobre determinada matéria, tendo em vista que, poderá revogar determinada norma, ou aplicar um novo

texto/entendimento de acordo com a configuração constitucional. Isto, irá de encontro à vontade do legislador ao criar determinado dispositivo legal.

Assim, ao ser editada uma súmula vinculante, será imprescindível e indubitável o cuidado e a repercussão que isso poderá causar no mundo jurídico e no âmbito da sociedade, pois novas condutas serão determinadas diante de tal ocorrência. Deste modo, mister que não veja somente os anseios políticos daquela súmula à ser editada, mas sim, sua necessidade jurídica-social.

Entretanto, em oposição ao que já fora apresentado por outros doutrinadores, para Miriam Henríquez Viñas (2011, p. 245), existem dois tipos de ativismos judiciais, que serão aqui expostos como ativismo judicial forte e moderado, assim dispõe:

El activismo judicial en sentido fuerte y en sentido se produce cuando los tribunales, intencionadamente y destacando la importancia del derecho protegido, fallan a favor de aquél prescindiendo de lo dispuesto por las normas vigentes. Ello, a sua vez, puede concretarse en dos casos: uno, en el que se atribuyan garantías al derecho fundamental no expresamente reconocidas por el Derecho vigente; y otro, en el cual el derecho se le asigne un contenido más amplio que aquél consagrado positivamente. El activismo judicial en sentido moderado se produce cuando los tribunales, intencionadamente y destacando la importancia del derecho protegido, fallan en su favor de forma indirecta, protegiéndolo mediante la expansión del contenido de otros derechos fundamentales relacionados o no.

Deste modo, seria viável a concretização de direitos, independente de barreiras propostas pela Poder Público, tendo em vista a imprescindibilidade de alguns direitos fundamentais. Este, que seria considerado um ativismo judicial forte.

Nessa mesma linha, poderia haver um ativismo judicial tão forte que iria aumentar a proteção do indivíduo ao ponto de chegar a ir de encontro a texto expreso constitucional, a fim de garantir o direito à saúde, este seria o entendimento das cortes (VIÑAS, 2011, p. 247).

Nesse intuito, no ativismo judicial moderado, não estaria indo de encontro à constituição, mas sim, estaria havendo uma interpretação de outros direitos de modo sistemático, a fim de concretizar garantias constitucionais (VIÑAS, 2011, p. 248).

Do mesmo modo que há disparidades quando e quanto deve ser o limite de ação do magistrado, surgem problemas relativos ao orçamento público, visto que à atuação desse impacta no que fora previsto para determinado exercício financeiro.

É percebido que há um planejamento referente às verbas públicas, distribuídas entre os entes e por ato comissivo, normalmente, o juiz extrapola a previsão orçamentária destinada àquela área, a fim de atender demandas particulares.

Diante disso, incumbe ao judiciário visualizar o caso concreto e angariar dados se aquela parcela da população e/ou aquele indivíduo merecem ter seu direito a vida garantido em face ao orçamento do Estado, sendo necessário fazer uma ponderação de valores, com critério de razoabilidade, a fim de garantir o necessário a população, dentro dos limites legais, sociais e morais.

Vale ainda salientar que compete concorrentemente aos entes federativos a prestação do serviço de saúde, esses que deveram proporcionar o tratamento de qualquer cidadão, como prevê a Constituição Federal de 1988 no seu art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

Como observador o Estado tem um limite em seu orçamento para atender as demandas das mais diversas áreas da sociedade, todavia nem sempre poderá ser conferido determinado direito face a insuficiência de recursos estatais.

3.3 OBSERVÂNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ART. 6º E 196

Além da previsão que deve ser vislumbrado um orçamento para consecução dos pleitos à saúde pelo judiciário, é necessário perceber a materialidade de tal direito no nosso Estado, saber sua importância e como deve ser protegido.

Haja vista, a atuação do juiz poderá ser excedida ou não ante a percepção de um direito fundamental em determinado caso específico, havendo uma colisão de direitos fundamentais ou não. Estes Direitos Fundamentais, que devem ser protegidos ao máximo no ordenamento pelo magistrado.

Como tarefa imposta ao constitucionalismo democrático, está a incumbência de delimitar e tornar efetivo os direitos fundamentais, sendo atribuído aos atores políticos tal função, o que faz com que muitas vezes exista participação do judiciário diante das omissões normativas. (SAMPAIO, 2013, p. 100).

Os direitos fundamentais ganham relevo quando existe uma controvérsia, surgindo um processo judicial. Ademais, em uma sociedade como a nossa, plural, é utópico tentar criar um significado único, interpretativo para os direitos fundamentais, deste modo, a atividade judicante é o problema central da efetividade constitucional, tendo em vista que toda norma possui uma margem de criatividade para sua interpretação e aplicação. Diante disso, surge questionamentos de qual seria o limite dessa função constitutiva exercida pelo aplicador do direito (PASSOS, 2014, p. 113).

Isto é verificado pelo fato dos direitos fundamentais possuírem uma estrutura aberta e flexível no campo de incidência normativa, tanto para assegurar a proteção como o gozo dos direitos pelo cidadão (SAMPAIO, 2013, p.101). Deste modo a atividade legislativa delimita a incidência da norma, no qual constrói conteúdos valorativos a fim de facilitar a interpretação do seu conteúdo.

Em um esforço conceitual, considerar-se-á limitação e restrição a faculdade conferida ao legislador para reduzir o espaço de determinado direito fundamental, enquanto a conformação seria o dever-poder inerente a atividade legislativa para efetivar direitos, adotando as providências jurídico-normativas necessárias no intuito de resguarda-los (SAMPAIO, 2013, p. 104).

A limitação dos direitos fundamentais encontra-se consignada na declaração universal dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas, em seu artigo 29, item n.2, dispondo que: “No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.”.

Deste modo, não há um amparo legal quanto aos direitos fundamentais em uma amplitude exacerbada, a fim de garantir a proteção do maior leque possível de pessoas.

Vale trazer em questão que a conformação com a norma constitucional dirimida, não quer dizer que houve uma efetivação, uma concretização, podendo ser necessária apreciação judicial ou participação popular frente ao poder público, podendo ser os dois concomitantemente a fim de que tal direito posto em xeque seja trazido em sua eficácia imediata. Até mesmo pelo fato de ser considerada uma inconstitucionalidade por omissão.

Esta inconstitucionalidade por omissão seria caracterizada quando a Constituição atribui aos legisladores a incumbência de elaborar atos normativos, contudo fica perceptível no caso concreto é a inércia desses representantes do povo. Deste modo, sua inação por omissão, ou por falta de vontade política, irá configurar como uma inconstitucionalidade por omissão, sendo sua abstenção ilegítima (BARROSO, 2010, p. 224).

Nesta levada, não pode o Estado se eximir de prestar a assistência devida por não ser considerado competente, sendo legítimo impetrar ações tanto no âmbito municipal, estadual e/ou federal a fim de buscar os direitos que são devidos, compelindo ao Estado a fornecer o que for imprescindível para manutenção da vida de seu povo, observando os parâmetros já supracitados.

Tal compreensão é perceptível em decorrência do modelo de Estado adotado pelo constitucionalismo Pátrio desde a Carta Magna de 1934, o Estado Democrático de Direito, salvo período ditatorial.

Já percebido e decido pelo STF, os qual proveu entendimento nesse sentido de responsabilização dos entes da federação, em matéria de Repercussão Geral:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. (RE/855178 - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO).

Este modelo democrático, marcado com a posição de um Estado Intervencionista, caracteriza-se pela busca da igualdade, seja ela social e/ou econômica, indo de encontro aos preceitos liberais. Deste modo é possível garantir prestações estatais a

fim de atingir as demandas sociais, bem como regular os diversos setores da sociedade (RAMOS, 2010, p. 268 e 269).

Deverá ser feito um adendo, concernente ao local de propositura de uma determinada demanda, pois insta observar que existem localidades que por sua economia possuem mais condições de ofertar com maior facilidade o serviço de saúde em detrimento de outro. Tem-se como exemplo as capitais, que habitualmente possuem maior capacidade técnica e orçamentaria, em comparação com uma cidade do interior, as quais os recursos são mais escassos.

Nesse foco, deverá ser analisado a realidade de cada ente federativo, em seu plano concreto a fim de conferir onde se tornará mais viável uma maior busca da efetivação de um direito à saúde.

Conclui-se assim, que teria que haver uma legitimidade/competência a fim de descobrir quem seria o ente competente para assegurar um possível direito. No entanto, deve ser observado a critérios teórico-processual e econômico-social, que seria fixado pelo ente da Federação (ROCHA, 2013, p. 83)

Assim, como exposto por Elival da Silva Ramos (2010, p. 270):

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo imediata fruição dos direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras.

Como disposto no art. 6º da Constituição Federal de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ”

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet corrobora que:

[...] se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não devemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art.1º, inc. III, da CF), foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art.170, *caput*, da CF). (2012, p. 310).

Com efeito, como objeto desse estudo o direito à saúde deverá ser amparado pelo mundo político-jurídico, visto que, com o advento da Constituição de 1988 o leque e ampliação de possibilidades de guarida cresceram, decorrente da livre iniciativa. Este princípio constitucional que conferiu a possibilidade de particulares atuarem mais ativamente na economia, com menos desburocratização estatal.

Neste cerne ainda, entretanto, esses particulares têm que agir com sustentabilidade, respeitando os direitos individuais e sociais das massas, oferecendo as garantias mínimas, tanto para o fornecimento do trabalho quando para a manutenção da saúde dos indivíduos, visto que isso visa a proteção da dignidade da pessoa humana, este que lastreia a Carta Magna.

Percebe-se assim, que a saúde pode ser prestada não tão somente pelo ente público, apesar de ser um serviço público. Deste modo, poderá ser prestado por particular desde que atenda a critérios especificados na lei, estando sujeito a fiscalização.

Porém, na realidade brasileira, nem todos tem esse acesso aos particulares, decorrentes das adversidades socioeconômicas, utilizando os meios precários fornecidos pelos estatais, corroborando para a insuficiência do da prestação do serviço e para o atendimento de um direito fundamental não só no ordenamento pátrio, mas em âmbito universal.

Nesta mesma linha, essas disparidades socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros, em comparação com aquelas vivenciadas efetivamente por grande parte da população é um dos combustíveis para o judiciário, fazendo com que seja ignorado seu poder conformador, que se deve ter ao interpretar- aplicar determinada norma. Isto só demonstraria uma imaturidade institucional, devido à um Estado com pouca experiência democrática (RAMOS, 2010, p. 273).

Desta análise, percebe-se que, o Poder Judiciário poderá atuar, conferindo direitos em face das demandas sociais, porém, deverá se ater aos limites impostos pelo Estado, quanto a sua competência e legitimidade, para não transformar esse Poder como uma torneira de decisões, sem pensar em outros aspectos do Estado que poderão sofrer em decorrência dessa usurpação de competência.

Tal entendimento, pelo fato desse discurso, dos direitos fundamentais, é utilizado desde a teoria de Kelsen como um legitimador funcional de uma postura mais ativa e intervencionista da ampla Justiça Constitucional, em um âmbito que seria estritamente político (TAVARES, 2012, p.63).

Na mesma linha há uma judicialização do direito à saúde, pois, muitas vezes, é verificado que existem políticas públicas para determinada localidade e, de certo não é função do judiciário criar e/ ou alterar essas políticas públicas nesse setor.

Entretanto, é sua função verificar, ser um fiscalizador se as políticas dirimidas pelos órgãos competentes estão sendo concretizadas, atendendo aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário, tendo o cidadão participação ativa nesse processo a fim de demonstrar uma possível omissão do gestor público (MENDES, 2015, p. 667).

Dessa feita, o direito a saúde, direito fundamental do Estado Brasileiro, deverá ser resguardado pelo Judiciário quando houver uma ofensa direta ou indiretamente por outros poderes que não estão permitindo sua disponibilização.

3.4 CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO

Ante ao que fora trazido, direitos estão deixando de ser protegidos por uma não oferta e/ou não disponibilização do poder público, face à uma conduta negligente ou até mesmo o contingenciamento do orçamento público.

Do mesmo modo, direitos deixam de ser regulados, ou seja, não possuem uma previsão legal de como deverão ser dirimidos no plano concreto. Com isso, incumbe ao Judiciário sanar tais divergências.

Percebe-se, que devem ser ofertados e garantidos diante do descaso e omissão do legislador, bem com o do gestor das políticas públicas, responsável por executar o mínimo existencial necessário para a população.

Será extraída da própria Constituição Federal, em seu art.6º, a solução para dirimir eventuais omissões: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, bem como o art.5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Com isso, muitos direitos fundamentais passaram a ser consagrados no ordenamento constitucional, no qual tornou-se um âmbito inacessível para o parlamento, tendo em vista às incorporações de declarações que foram incorporadas ao patrimônio cultural da humanidade. Teve-se por finalidade proteger o povo contra as eventuais praticas do legislador a fim de proteger direitos fundamentais (TAVARES, 2012, p. 65).

Diante as imposições constitucionais, o Estado Brasileiro tem nessa todo o arcabouço jurídico para expressar seu caráter democrático. Desse modo, mister reconhecer que a positivação realizada pelo poder legislativo dos direitos fundamentais não é absoluta, visto que pode sofrer limitação de seu conteúdo pelo judiciário, este que é o destinatário das imposições constitucionais por ser o intérprete do que exposto pela Carta Magna (PASSOS, 2014, p. 51).

Assim, é tarefa hermenêutica exercida pelo magistrado a identificação do fim previsto na lei, bem como se tal diploma está em conformidade com a Constituição Federal e por conseqüente avaliar por meio da proporcionalidade o meio validado com o fim específico em lei (TAVARES, 2013, p. 635).

A partir do momento que o legislador confere um direito, positivado, o Tribunal deverá conceder esse, visto que o Poder Legislativo assumiu o compromisso, tendo o cidadão o direito moral de recebê-lo. Entretanto, quando o legislador não assume nenhuma posição acerca de determinada questão, o Judiciário se depara com a problemática de assumir essa omissão, concedendo ou não determinada decisão. Usualmente, do ponto de vista ideal, o Poder Judiciário vem conferindo o que é perquirido pelos cidadãos diante do aspecto moral, que está entorno do ordenamento, bem como da interpretação constitucional utilizando do princípio mais adequado no caso concreto a fim de encontrar o aspecto moral violado (DWORKIN, 2000, p. 14-15).

Nesse intuito, poderá ser de apreciação desse poder, quando houver uma omissão/ação por parte do Poder Legislativo na criação, alteração ou revogação de uma

norma, sendo necessário a participação, através das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, a fim de observar a constitucionalidade de determinada norma em tramitação (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 443).

Na mesma linha, deverá haver a aplicabilidade imediata dos direitos de defesa, ou seja, direitos de proteção do indivíduo, quando ocorrer omissão, ou por ato abusivo do Estado, a fim de assegurar as liberdades, fazendo com que o cidadão possa ir buscar seus direitos (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 326).

O direito a saúde aqui que está amparado como um direito de defesa, que será resguardado e, um óbice orçamentário não será suficiente para que não seja protegido, tendo em vista que o gestor público poderá fazer uma realocação de verbas.

Contudo, fazendo uma breve comparação, o Tribunal Constitucional português, em matéria de direitos prestacionais entende, que o conteúdo só pode ser dirimido pelo legislador originário, não sendo admissível tal atribuição ser exercida pelos juízes (pelos tribunais), enquanto intérpretes e aplicadores do direito (NUNES, 2011, p. 21).

Em contraponto, poderá o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade por omissão, como assevera António José Avelãs Nunes:

(...) para que o TC possa declarar a verificação de inconstitucionalidade por omissão, é necessário que exista uma situação específica de violação da Constituição, caracterizada pelo facto de o legislador ordinário não ter atempadamente conferido exequibilidade a uma norma constitucional suficientemente densificada (e não exequível por si mesma). (2011, p. 25-26).

Assim, deverá haver a aplicação imediata dos direitos fundamentais a prestação, tendo em vista que, diferentemente dos direitos de defesa, esse direito a prestação faz com que haja uma proibição de uma omissão por parte do Estado, tendo ele que agir independente de uma provocação (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 329).

Esse Tribunal supracitado, é um órgão autônomo que faz controle jurisdicional de normas emanadas pelo poder legislativo, bem como faz o controle do processo político através da declaração de inconstitucionalidade dessas decisões políticas (NUNES, 2011, p. 12).

Tais alegações só corroboram para que seja protegida a dignidade da pessoa humana, prevista na Carta Magna, bem como o mínimo existencial que, inerente a cada pessoa. Este mínimo que deve ser sempre perseguido o seu aperfeiçoamento em busca de um máximo existencial.

Com isso, é ímpar a participação do judiciário a fim de que não sejam suprimidos direitos, todavia deverá ser feito uma análise social, de como determinada decisão, esta que deverá ser fundamentada, provando seus argumentos pela *ratio decidendi* que, poderá trazer impactos para o cotidiano da sociedade.

Nesta senda, deverão ser buscados os “fins autênticos” para o magistrado lançar suas decisões, no qual é necessário fazer uma leitura da realidade social que se apresenta e, conseqüentemente o que poderá ser perpetrado com sua decisão, mesmo que essa possa restringir direitos fundamentais (ROCHA, 2013, p.41).

Ainda nesse caminho, o judiciário não poderá atuar nas outras esferas de poder, tendo em vista que existem matérias de competência exclusiva, que deverão ser traduzidas por tais entes respectivos. Contudo, a fim de proteger preceito fundamental consubstanciado pela Constituição Federal é imprescindível que, esse Judiciário apareça em palco quando houver desrespeito a concretização e normatização dessas matérias que deveriam ser aduzidas (SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 407).

É possível visualizar que as decisões tomadas pelo poder judiciário detêm de legitimidade democrática, porém, não se trata de uma legitimidade *ex ante*, ou seja, uma legitimidade que existe antes mesmo de sua ação a partir de uma decisão, não sendo uma legitimação democrática que proveio das urnas e diretamente do povo, sendo um mandatário político. Com isso, sua legitimidade é percebida, portanto, *ex post*, ou seja, a legitimidade só tem lugar após a exposição de seus motivos, ou seja, o magistrado deve proferir sua decisão com base em um lastro normativo, depois de realizado um filtro no caso concreto (SILVA, 2016, p. 28-29).

Outrossim, pode ser constatado que essa atuação do judiciário, tem como finalidade atender as prerrogativas constitucionais, levando ao que chamam atualmente da judicialização das políticas públicas, tendo previsão no ordenamento infraconstitucional, seja ele na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

(LINDB), que apregoa em seu art. 5: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. ”. Sendo assim, o magistrado deverá sempre buscar atender os fins sociais e o bem comum, resguardados e amparados pela constituição.

Conclui-se que o controle judicial, em face às omissões legislativas e do poder público estão aumentando substancialmente, sendo necessário uma maior participação dos outros poderes a fim de delimitar a atuação do judiciário, através da normatização com fulcro constitucional e parcerias com o executivo, no intuito de garantir a proteção de todos.

3.5 SUPLEMENTAÇÃO DA LEI – CRIAÇÃO DE NORMA PELO JUDICIÁRIO

Como fora até o momento exposto, o parlamento tem o dever político-jurídico de agir em favor da representatividade do povo, seja por edição e/ou revogação de leis, seja por influência política para atender determinada demanda.

Essa representatividade conferida ao legislativo, melhor dizendo, sua atuação, permite que se concretize a vontade do povo, por meio de normas, mesmo que esse povo não vá perquirir esse direito, uma vez que é de atribuição desse poder atender os anseios do constituinte originário.

Contudo, nem sempre o que é imprescindível para determinada localidade, ou para uma população no contexto geral está disponível em algum diploma normativo, seja por falta de interesse do representante popular, ou por falta de anseio, de provocação do povo.

Neste intuito, quando provocado diante de uma situação nova e/ou não costumeira, é de incumbência do judiciário atuar, a fim de sanar as lacunas que possam vir a surgir, ou para que determinado direito não seja violado, pois, apesar de não apresentar dispositivo legal expresso, um direito pode estar amparado pela Carta Maior.

Nesse caminho, o juiz como criador do direito não é completamente livre de vínculos, visto que são impostos limites tanto processuais, quanto substanciais. Os

processuais são inerentes à própria atividade jurisdicional, quanto aos limites substanciais, estes vão variar de época a época, de sociedade para sociedade (CAPPELLETTI, 1999, p. 24).

Deste modo, deverá ser realizada uma análise sistemática do caso concreto para que possa ser feita uma suplementação mais adequada possível.

A interferência do poder judiciário poderá ocorrer, contudo, pode gerar duas situações pois suas decisões poderão ser vistas como cláusulas gerais, que comportam múltiplas interpretações, bem como sua execução de modo diverso. Ademais, a interpretação de determinado juízo poderá ir de encontro a outra interpretação de outro juízo, proporcionando uma insegurança jurídica. Outrossim, deverá intervir quando houver lei e atos administrativos que não estão sendo aplicados, porém, quando não houver nenhum desses, deverá haver uma autocontenção na sua atuação, visto que não teria a competência para legislar acerca do assunto (BARROSO, 2008, p. 237).

Nesta visão, o juízo competente deverá se ater no momento de proferir uma sentença, visto que ela poderá ser utilizada como lastro para outras situações semelhantes, bem como a interpretação que será dada a mesma no momento de sua execução.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, através de suas súmulas vinculantes, como já fora supracitado nessa obra, trará a função normativa do judiciário, a partir do momento de sua edição.

Tal situação é perceptível diante do fato que elas têm força vinculante, ou seja, são obrigatórias para todos os tipos de pessoas, sejam elas de direito público ou de direito privado, bem como físicas ou jurídicas. E, não necessitam passar pelo rito do processo legislativo, diferente das leis comuns para entrarem em vigor.

3.6 O ATIVISMO JUDICIAL INTERFERE NA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Ante ao que já fora exposto, trava-se uma discussão de qual seria o limite para o judiciário exercer sua função típica em detrimento aos outros poderes, quando dá decisões que ultrapassam o orçamento por exemplo.

E, quais seriam os limites dentro de suas atribuições atípicas, tais como legislar, usando uma decisão judicial com efeito *erga omnes*, ou seja, atingindo todo o ordenamento, através de um processo que foi paradigma por exemplo.

A partir de tal introdução, a separação dos poderes estatais, doutrinada por Montesquieu em "o espírito das leis", disciplina que executivo, legislativo e judiciário deverão ratear as funções compreendidas em um estado democrático de direito, a fim de obter uma maior consecução na proteção dos direitos, bem como na própria prestação dos serviços. Ademais, as competências serão conferidas de acordo com as finalidades do Estado, bem como o número de órgãos constitucionalmente previstos no intuito de atribuir os respectivos rateios de funções, os quais uns poderão ter mais atribuições que outros (RAMOS, 2010, p. 114).

Destaca-se que a atividade judicante não pode ser confundida com separação dos poderes, mas talvez uma atualização desse princípio para o tempo do neoconstitucionalismo, ao qual traz legitimação para jurisdição constitucional. Compreende que o controle exercido pelo judiciário, é o controle de um texto normativo posto no ordenamento, no qual ele não pode se afastar, ou até mesmo pela falta de um diploma que resguarde um direito assegurado pela Constituição Federal (PASSOS, 2014, p. 116).

O poder judiciário vem como um mecanismo de resgate das promessas da modernidade onde o *Welfare State* não passou de um simulacro, havendo assim, um redimensionamento no relacionamento entre os poderes (BIANCHI, 2012, p.129).

Neste deslinde ainda, essa legiferação, ou seja, exercício de outra função que não a jurisdicional, descaracterizaria a função típica do judiciário, com uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2010, p. 116 e 117).

Percebe-se que o ativismo pode ser a princípio caracterizado pela atribuição do magistrado de competências não inerentes às suas funções corriqueiras, contudo, com o fulcro de proteger a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, muito tem se discutido que está ocorrendo uma hipertrofia do Poder Judiciário, diante sua posição ativista, desnaturando às funções atribuídas aos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, a atividade interpretativa exercida pela atividade judicante não pode ser considerada como desnaturação de sua própria função, mas sim, um exercício criativo face aos aspectos apresentados em cada caso concreto (PASSOS, 2014, p. 119).

Em contrapartida há quem não concorde com essa atuação do judiciário, visto que afetaria a separação dos poderes no Estado, traduzindo isso na autonomia de cada poder.

Isto que poderia ferir o sistema de freios e contrapesos, ao qual cada poder desempenha um papel e, caso haja uma usurpação quanto à legitimação em determinada esfera, esse sistema poderá ser violado.

Todavia, não merece prosperar tal entendimento, pois os poderes na atribuição de suas funções exercem atividades típicas e atípicas, as quais buscam solidificar direitos postos de modo ineficiente no plano concreto.

Evidencia-se que o antigo modelo liberal de separação de poderes já não comporta mais a sociedade atual, devido à complexidade da ordem social e jurídica, corroborando com a ideia que é função estatal proteger os direitos fundamentais, seja por um órgão que exerça função típica ou por outro que possa suplementar de maneira atípica (DE PAULA, 2013, p. 308).

Além disto, em uma sociedade altamente complexa é impossível o Poder Legislativo acompanhar, regulamentando tempestivamente e suficientemente as mudanças inerentes no âmbito concreto. Daí a imprescindibilidade do Poder Judiciário, visto que é essencial para a reaproximação do direito e a realidade quanto ao debate democrático (PASSOS, 2014, p.121).

Compreende-se que, merece ser refletido de um ponto de vista jusfundamental a interpretação e atuação dentro das relações de poder, tendo em vista que direitos inerentes a todos os cidadãos como os de saúde devem receber a guarida

necessária, diante da falha na consecução dos outros setores do poder, como ainda dispõe Paulo Gustavo Gonet Branco:

Num país como o nosso, em que a ordem constitucional confia à Suprema Corte a guarda e o patrocínio e princípios dedutíveis das normas jusfundamentais, não se pode ter como estranho ao desenho de repartição de poderes que a Suprema Corte contraste opções políticas com o conteúdo mínimo de valores morais positivados constitucionalmente. (2013, p. 396).

Com isso, nossa Suprema Corte, apesar do douto conhecimento jurídico, deverá se ater as condições políticas do momento, tendo em vista que consequências poderão ser perpetradas face a uma decisão precipitada.

Colocam-se questões então se, estariam aptos os membros do Supremo Tribunal Federal a decidir questões que englobem aptidões técnicas, que não fossem de direito, mas que necessitem de um amparo diante da realidade da sociedade.

Nesse exercício, o STF tem utilizado de audiências públicas, bem como amigos da corte, ou seja, especialistas em determinadas áreas, a fim de solucionar problemas que merecem amparo legal. Do mesmo modo, muitas vezes, esses magistrados conferem direitos em demandas individuais, sem analisar que impactos aquilo pode proporcionar em um contexto geral. Primeiramente, geraria um precedente para impetração de futuras demandas, bem como um tratamento que fosse de alto custo dado à uma pessoa, poderia proporcionar que uma coletividade não recebesse outros tratamentos em virtude da escassez no orçamento, tanto público, quanto privado (MEDEIROS, 2013, p. 536).

Diante as questões alicerçadas o julgador faria um sopesamento, ponderando qual direito deverá prevalecer no caso concreto, diante do conflito do princípio da dignidade da pessoa humana e valor da vida, em face a separação dos poderes. Além disso deverá ser utilizado como balizador, com o máximo de técnica, ou busca de informação possível, a discricionariedade e a reserva do possível para pretensa concessão judicial (SCHÜLLER; NÓBREGA, 2016, p. 15).

Outrossim, no Brasil, o ativismo não parece possuir uma matriz progressista, tendo em vista que os juízes, utilizam das mais variadas fundamentações em suas decisões, o que implica no atrito com outros poderes (MEDEIROS, 2013, 538 e 539).

Deste modo, como será vislumbrado na eminente decisão

ORÇAMENTO – APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS NA ÁREA DA SAÚDE – CONTROLE JUDICIAL – SEPARAÇÃO DE PODERES – ALCANCE DOS ARTIGOS 2º, 160, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, E 198, § 2º E § 3º, DO CORPO PERMANENTE E 77, INCISO III, § 3º E § 4º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CARTA DE 1988 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à possibilidade de o Poder Judiciário impor aos municípios e à União a aplicação de recursos mínimos na área da saúde, antes da edição da lei complementar referida no artigo 198, § 3º, da Constituição Federal, considerados os preceitos dos artigos 2º, 160, parágrafo único, inciso II, e 198, § 2º e § 3º, do corpo permanente e 77, inciso III, § 3º e § 4º, do Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (RE/ 858075 – REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO).

Diante do exposto, é perceptível o atrito entre o poder judiciário e o poder executivo/ legislativo no intuito de impor à tais poderes que vinculem ao seu orçamento um quantum, que seria imprescindível para aquela região na área de saúde, com a finalidade de assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

Tem-se em vista que os demais poderes ora recorridos na ação, não observaram preceitos básicos, não conferindo ao povo o que lhes era de direito, fazendo com que o judiciário tome a frente no intuito de destinar verbas, que seriam decisões em âmbito político, para determinado setor da sociedade, tendo em vista que devem haver o mínimo existencial preservado para cada localidade.

Salienta-se, que essa separação dos poderes não pode ser vislumbrada de modo absoluto, como pretendia os teóricos dos primeiros tempos, nem é proveniente do que lecionava Montesquieu que cada poder exercesse sua função de modo fechado e estanque. O melhor modo de ser dito, seria uma separação de funções, visto que o poder é um só, aos quais há uma repartição em órgãos distintos ao seu exercício (MALUF, 2011, p.227).

Ademais, vale fazer uma ressalva, que o direito a ser perquirido não é do eleitorado, que elegeu determinado governante a fim de estipular certas políticas públicas, mas sim de toda uma sociedade, nas suas variadas diversidades sociais.

Nesse caminho, o judiciário toma para si a função de concretizar políticas públicas para que a sociedade possa receber o que lhes é imprescindível para subsistência, mesmo que parcela não concorde, ou que vá de acordo com os ideais de quem exerça a função executiva e/ou legislativa.

Visto isso, percebe-se que a função do Poder Judiciário é preservar os direitos inerentes aos cidadãos e/ou até mesmo àqueles que estão em trânsito pelo território, no intuito de defender a constituição.

Destaca-se que o princípio da separação dos poderes é fundamental para organização do Estado, mas não é um valor em si mesmo. Sua construção foi consubstanciada através de um processo histórico na qual havia um poder concentrado, sem controle, onde era exercido de modo arbitrário e abusivo (BARCELLOS, 2002, p. 215).

Do mesmo modo, a partir do momento que o Estado se tornou democrático, permitindo o sufrágio universal, o parlamento assumiu uma configuração heterogênea, bem como o executivo que busca atender as diversas camadas da sociedade. Com efeito o Legislativo perde o poder absoluto que detinha, diante das mais variadas representações valorativas (BARCELLOS, 2002, p. 216).

Destarte, nem a separação dos poderes, nem uma legitimação majoritária dos representantes do legislativo, podem impedir a presença do judiciário para que determinado seja concretizado, diante a sua não aplicabilidade. Até mesmo pelo fato do judiciário ter sido criado pela própria Constituição, bem como seus órgãos de cúpula são compostos por membros escolhidos por meio do executivo e legislativo e, aos magistrados é assegurada independência para conseguir exercer sua atividade (BARCELLOS, 2002, p. 231).

4 CRITÉRIOS PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO A SAÚDE

Tem-se como objetivo demonstrar nesse capítulo, os meios que o direito à saúde, bem como suas políticas públicas possuem para que possam ser efetivados, quais seriam os pressupostos utilizados pelos Tribunais para concessão de determinadas pretensões nas mais variadas demandas existentes no território nacional.

4.1 ACESSO À JUSTIÇA E PAPEL DO JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE

Primeiramente pode ser verificado que o acesso à justiça vem sofrendo alterações ao lado do estudo e ensinamentos do processo civil. Outrossim, traçando uma linha histórica, nos estados liberais burgueses, o acesso à uma pretensa justiça só era conferida àqueles que poderiam arcar com os custos do processo, visto que a incapacidade de algumas pessoas não era de interesse do Estado (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

No mesmo sentido, com o passar do tempo a interpretação que era dada a norma era aquela exegética, ou seja, *ipsis litteris*, na letra da lei. Tão somente com o surgimento dos novos direitos humanos, carreados no preâmbulo da constituição francesa de 1946, que se começou a reconhecer novos direitos e deveres sociais dos governos, entre eles, o direito à saúde (CAPPELLETTI, 1988, p. 10-11).

Diante disso, o papel que o judiciário traz para si é de extrema importância na consecução e efetivação dos direitos que foram perquiridos e angariados ao longo do tempo, haja vista que não é cabível um retrocesso social face a um cenário político-econômico em crise.

No âmbito processual já é perceptível o acesso àqueles que não possuem condições de arcar com as demandas judiciais, através da gratuidade no acesso a justiça, tendo tal instituto já previsto no Código de Processo Civil em seus artigos 98 a 102, senão, vejamos: “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas

processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. ”. Entretanto, no aspecto do direito material, há ainda a carência no fornecimento de determinados direitos, visto que são analisados outros requisitos para a sua efetivação, tais como orçamento, impactos sociais, entre outros.

Notadamente, a reivindicação dos interesses difusos para configuração da ação governamental, deve atender os interesses públicos tanto em países que adotam o *common law* quanto o *civil law*. Haja vista, as instituições e componentes do judiciário não possuem total especialidade técnica-científica para dirimir todos os assuntos que são trazidos, necessitando de um amparo de outras áreas em determinadas circunstâncias, a fim de conferir uma melhor solução. Diante disso, há viabilidade na criação de agências públicas, no intuito de atender esses serviços públicos e que, em geral, atendem as demandas as opressões dos grupos interessados (CAPELLETTI, 1988, p. 51-52).

Entretanto, no âmbito da saúde, apesar da criação de agências, estas que estão sujeitas ao poder executivo, responsável pela elaboração do orçamento público e políticas públicas, que no plano concreto atual não está atendendo as expectativas almejadas pela população.

Vale destacar ainda que, como será visto adiante, a escolha realizada pelo juiz decorrerá de discricionariedade perante o caso em destaque, contudo, essa discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, haja vista que o magistrado deverá fazer um balanceamento de valores em questão, ou seja, ter em foco os resultados que suas ações podem acarretar no caso em loco (CAPELLETTI, 1999, p.33).

Ademais, no cenário contemporâneo surge um super fortalecimento do STF com o efeito transcendental e mutação constitucional gerando efeito vinculante das decisões em controle incidental de constitucionalidade, tendo em vista que as decisões do Colendo Tribunal têm um poder interpretativo e argumentativo alto. Contudo, tal atribuição retiraria a atribuição do Senado, pois este, que tem o poder de conferir efeito *erga omnes* de decisões proferidas pelo STF em controle incidental (DIMOULIS, 2008, p.51).

Nessa Reclamação (RCL) nº 4335/AC de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em suma, as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no controle difuso, quanto no controle concentrado, possuirão caráter obrigatório e eficácia *erga omnes*, dispensando a participação do Senado Federal, baseado no art. 52, X da CF (LEITE, 2008, p. 101).

Diante o sistema constitucional adotado pelo Brasil, surge a doutrina da efetividade e imperatividade dos dispositivos constitucionais, estes que devem ter seus comandos obedecidos e, diante de sua violação por ação ou omissão, deve ser procurada a tutela jurídica, visando uma reparação (BARROSO, 2008, p. 223).

Em contraposição, no Tribunal Constitucional português, este que já se posicionou duas vezes quanto ao direito à saúde, em ambas, apreciou a inconstitucionalidade de dois diplomas legais e, não havendo indícios do poder executivo ser condenado pelo Tribunal (NUNES, 2011, p.11).

Antes de adentrar à discussão presente no STF, já foi matéria de discussão no respectivo tribunal a suspensão liminar da lei 13.269/2016, que dispunha acerca da pílula do câncer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501. Foi suscitado que o medicamento não possuía autorização da Anvisa e, independentemente de sua eficiência ou não, o tratamento em si poderia acarretar danos a seus pacientes, mesmo que já comprovados em teste com camundongos seus resultados positivos.

Compreende-se que é de suma importância para o ordenamento respeitar os aspectos formais da legislação vigente, antes de permitir o fornecimento e distribuição de determinado medicamento, independentemente dos efeitos positivos que ele possa proporcionar aos beneficiários.

Na mesma linha de pensamento, já foi constatado notoriamente na realidade fática brasileira, pessoas que necessitam de tratamento para epilepsia no qual o único medicamento que demonstrou resultados foi o canabidiol, este proveniente da *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha.

Diante dessa constatação, a Anvisa permitiu a prescrição e importação de produtos com canabidiol, em cumprimento a decisão judicial nos Autos da Ação Civil Pública nº 0090670-16.2014.4.01.3400, ampliando o leque na concessão de tal substância. Perceptível isso, pois, na prática, já havia a concessão para pessoas físicas

portadoras de epilepsia, entretanto, o leque foi ampliado para outras doenças patológicas, tais como *Parkinson* (ASCOM, 2016).

Permite-se entender que o acesso a saúde está sendo perquirido cada vez mais pelos entes competentes protetores do ordenamento, salientando que sua consagração se torna mais perceptível no plano concreto ante as decisões perpetradas.

Dessa maneira, em decisão de grande destaque proferida anos antes, em *Aguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº45*, foi demonstrado a importância da intervenção do poder judiciário para concessão das demandas de saúde. Vejamos:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (ADPF 45 MC – MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL).

A partir desta constatação já é visto um posicionamento que se consolidou no Egrégio Tribunal ao passar dos anos, diante ao direito subjetivo ao direito à saúde, demonstrando a imposição do poder judiciário quando houver uma omissão do legislativo ou na consecução das políticas públicas.

Da mesma maneira, constitui dado da realidade social, que a legislação aplicada ao ordenamento pátrio, com lastro no Estado do bem-estar social (*welfare state*), permite superar os limites das funções tradicionais tanto de proteção, quanto de repressão. A partir disso, a legislação social cria direitos subjetivos, que são prolongados com o tempo. Com efeito, é exigido que sejam rompidas as barreiras sociais e econômicas, para que ocorra a promoção e que sejam atendidas as expectativas dos legitimados aos direitos subjetivos (CAPPELLETTI, 1999, p. 41).

Desta percepção, a partir do pertinente julgamento dos Recursos Extraordinários vistos a seguir, será possível dirimir com melhor conhecimento, quais serão os atributos básicos para concessão de determinado medicamento. Quanto a distribuição das pílulas supracitadas, foram suspensas, por não preencher um requisito formal, ante a sua fabricação, mas que, diante sua interrupção na distribuição, pode estar deixando muitas pessoas à míngua.

4.2 ANÁLISE DOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EM REPERCUSSÃO GERAL NºS 566.471 E 657.718: PARÂMETROS PARA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A partir da introdução colacionada no tópico anterior, é possível realizar uma melhor análise do caso que está sendo discutido no Supremo Tribunal Federal, ao qual discutem, respectivamente, o fornecimento de remédios de alto custo para doença grave, seja ela Miocardia Isquêmica e Hipertensão Pulmonar arterial.

Além dessa matéria, discute-se o fornecimento de medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), no qual, o requerente possui doença renal crônica que evolui para Hiperparatireoidismo Secundário, diante a não utilização de medicação eficiente para o tratamento.

Tais Recursos Extraordinários foram propostos pelos Estados da Federação do Rio Grande do Norte e Minas Gerais, nos respectivos processos supracitados, sendo de Relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Eminente Ministro entende que problemas orçamentários não podem obstaculizar o direito social a saúde, visto que é um direito humano, um direito à vida. Com efeito, veio a estipular parâmetros que deverão ser observados para concessão de determinado fármaco, sejam eles: 1. A indisponibilidade do medicamento no mercado brasileiro; 2. Ausência de indicação Terapêutica para a indicação pleiteada; 3. Comprovação de eficácia e segurança do medicamento por meio de literatura técnico- científico; 4. Comprovação de que o medicamento possui registro no país que está sendo comercializado. (AURÉLIO, 2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo).

Chega ainda a conclusão que, mesmo com ou sem autorização da Anvisa, sendo o caso de importação excepcional, diante dos parâmetros estabelecidos, face a casos singulares, o Estado é obrigado a fornecer.

Além disso, quanto aos medicamentos de alto custo, entende que deverão ser fornecidos, visto que a Constituição assegura o Direito à saúde, sendo este um direito subjetivo de cada cidadão. Entretanto, nos casos de determinada pessoa possuir um familiar capaz de pagar por tal medicamento e/ou tratamento sem afetar seu rendimento econômico, este estaria compelido a ajudar, diante a natureza familiar da relação, podendo ainda caber ação de regresso do Estado perante a esse particular. (AURÉLIO, 2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo)

Contudo, tal argumento não poderá receber guarida no ordenamento Constitucional vigente que, apesar da solidariedade vigente no nosso ordenamento, ninguém poderá ser compelido a arcar com tratamento de outro, salvo nos casos que um for responsável jurídico pelo outro, tal como exemplo de um pai com o filho.

No deslinde da questão, o Ministro Roberto Barroso posicionou-se de modo diferente, concernente à alguns pontos. Afirmou que todos fazem jus sim a saúde, sem nenhuma discriminação ou privilégio, contudo, deverá ser verificado o máximo de saúde que o país pode pagar, tendo em vista que o populismo não é considerado

um meio adequado, não seria a solução, mas parte do problema em concessões arbitrárias de sentenças judiciais de fornecimento de medicamentos e tratamentos. (BARROSO, 2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo).

Entende, que há uma judicialização exacerbada no território brasileiro, que causa ainda mais problemas financeiros aos entes da federação, pois é gasto pelos mesmos para discutir cada caso concreto em juízo. (BARROSO, 2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo)

Além disso não seria de atribuição do judiciário sanar problemas de política pública, tendo em vista que não possui o aspecto técnico necessário para dirimir eventuais litígios.

Veja que, seriam incontáveis os efeitos negativos da judicialização excessiva e do ativismo judicial no que pertine ao fornecimento de fármacos, tendo em vista que as sentenças no Brasil são emocionais e extravagantes, concedendo medicação de modo irrazoável (BIANCHI, 2012, p.143).

Deste modo, com fulcro no art. 196 da CF é percebido que para garantir a universalidade do atendimento o executivo e legislativo elaboraram uma lista de dispensação, a partir de requisitos técnicos-científicos, no intuito de suprir as necessidades prioritárias do contingente populacional, a partir de uma visão global que detêm dos fenômenos existentes. Este critério é configurado como democrático, visto que são custeados através de tributos, que são pagos pelo povo. No entanto, os recursos são finitos e, faz com que ocorram decisões judiciais a fim de garantir a reserva do possível de cada um (BARROSO, 2008, p.243).

Outrossim, a ideia de democracia não pode ser reduzida simplesmente a uma ideia majoritária. A partir do momento que o judiciário se tornou mais independente, é possível dar uma grande contribuição para o Estado Democrático, a partir do momento que se transforma em mais ativo, criativo e dinâmico, capaz de assegurar e preservar o sistema de *check and balances*, em face ao crescimento dos poderes políticos, bem como, fazer os controles adequados perante os outros centros de poder, podendo ser eles governamentais ou não-governamentais (CAPELLETTI, 2016, p. 107).

Com efeito, surge no plano social uma ponderação entre o direito à saúde e a vida de uns, com o direito a saúde e a vida de outros, tendo em vista a concessão de sentenças conferindo à microjustiça em detrimento a macrojustiça. Salienta-se tal aspecto, posto que a discussão não seria entre direito à saúde e a vida do povo versus a separação de poderes e políticas públicas. (BARROSO, 2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo).

Todavia, mister destacar, que surge a figura daqueles que, mesmo existindo a lista de dispensação, o medicamento pleiteado não foi absorvido diante seu alto custo por exemplo. Nessas situações, muitas vezes, o requerente não tem como arcar diante sua hipossuficiência, nessa linha, versam sobre o assunto:

Assim, ao garantir o direito fundamental à saúde e determinar judicialmente o fornecimento de medicamentos vitais à saúde humana do requerente hipossuficiente, o julgador não fere a isonomia material, ao contrário, aplica como norma. Mesmo cientes de que a saúde não tem caráter contributivo e deve atender a todos sem distinções, como o Estado não possui recursos para abarcar toda e qualquer medicação imprescindível, os julgadores ao conceder judicialmente o remédio tão somente aos hipossuficientes, sabem que a pessoa próspera consegue comprá-los e garantir sua saúde e dignidade humana (SCHÜLLER; NÓBREGA, 2016, p. 11).

Percebe-se que, ao garantir o medicamento àquele sem condições financeiras, mas não tão somente a esses, faz com que seja concretizada a igualdade material presente no ordenamento. Ademais, quando são conferidas decisões judiciais no que tange a conferência de medicamentos de alto custo e/ou não registrados pela ANVISA, mas que conseguem proporcionar uma melhor qualidade de vida e/ou manter a pessoa com vida, vislumbra-se que o princípio da dignidade humana está sendo resguardado.

Com efeito, quando houver uma pretensão em demanda individual, o poder judiciário, deve restringir a concessão direitos àqueles que comprovem sua hipossuficiência, tendo em vista que os recursos são escassos (FONTES, 2015, p. 347).

Deste modo, verifica-se o que fora carreado no tópico inicial desse capítulo, ao avaliar a concessão de medicamentos antes não amparados pela Anvisa e, que diante da sua essencialidade constatada também por decisão judicial, passou a garantir uma ampliação no fornecimento de certa substância.

Em contraponto, discute-se que há uma judicialização no Brasil exacerbada, proporciona a desorganização administrativa do Estado, visto que o gestor para cada decisão precisará retirar o medicamento ou alterar a política pública e seus recursos diante de cada decisão.

Com isto, geraria uma ineficiência alocatória de recursos, vez que o administrador perde o poder de barganha em face a escala de compra. E, por fim, confere uma seletividade no sistema, pois beneficiam só as partes do processo, não gerando efeitos e requisitos universais. (BARROSO, 2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo).

O Ministro Barroso entende ainda em seu voto-vista, que o SUS deverá instituir as políticas públicas, uma vez que provém do poder executivo e tem as especificidade técnico-científica necessária para sua instituição.

Com efeito, seria corolário para doutrina e jurisprudência que, deverá ser feita a distinção primeiramente dos medicamentos já incorporados ao sistema versus os não incorporados. Quanto aos primeiros, faria todo o sentido a judicialização, haja vista que o poder público se comprometeu preteritamente em realizar seu fornecimento. Todavia, tal ministro entende que deverá ser pleiteado administrativamente antes, bem como demonstrar a necessidade do postulante e sua adequação à sua condição.

De modo diferente, os fármacos não incorporados ao sistema único de saúde deverão atender a um número maior de critérios, sendo eles: 1. O postulante tem que demonstrar sua incapacidade financeira para arcar com o custo correspondente; 2. Precisa demonstrar a inexistência de decisão expressa desfavorável a incorporação pelo SUS, tendo em vista de uma negativa de um órgão técnico, não poderá ser atendido o pleito à incorporação; 3. A necessidade diante da inexistência de um substituto terapêutico; 4. Eficácia do medicamento não incorporado, trazendo vantagens ao paciente; 5. Responsabilidade primária deverá ser da União, pois esse ente que tem o poder-dever de incorporar medicamentos ao sistema. (BARROSO, 2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo).

Diante disso, o Sistema Único de Saúde é competente para controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde pública e,

igualmente, participar da produção de equipamentos, medicamentos e insumos (TAVARES, 2013, p. 719). Nessa esteira é imprescindível essa participação para conferir legitimidade em tudo o que movimenta o sistema de saúde, bem como constatar, se existe ou não, efetividade nos meios empregados para melhor consecução desse setor.

Corroborando ainda com seu voto, que só poderia ser garantida uma medicação fora da lista de dispensação, quando pleiteadas em ações coletivas, visto que nessa questão terão que se reverem as políticas públicas administradas em determinada base territorial. Ademais, diante ao número de interessados, haveria uma maior capacidade probatória e de discussão nos autos quanto a eficácia de determinado medicamento. Outrossim, a ideia de macrojustiça seria atendida, em face a ideia de microjustiça, tendo em vista que a decisão seria *erga omnes* dentro daquela base territorial. E, por consequente, seria mais viável a gerência dos recursos (BARROSO, 2008, p. 245).

Vale observar que esses pressupostos não são os mais adequados em sua plenitude, pois, até mesmo contraditório em um aspecto, pois se houve recusa, mas o medicamento traz eficácia ao paciente, ele não poderá ser incorporado. Ademais, o SUS, apesar de ser um órgão técnico científico carece de muito, ainda, de subsídios comparado com outros países desenvolvidos, que já constata a eficiência de outros medicamentos não aceitos pelo órgão citado.

Acrescente-se de outro ponto que, existem algumas patologias, as quais o Estado não fornece medicamento, tornando o tratamento ineficaz, deste modo, o paciente prejudicado se valerá do judiciário, tendo em vista a coercibilidade das decisões judiciais (SCHÜLLER; NÓBREGA, 2016, p. 8).

Isto que, face à tais pressupostos não poderiam ser viabilizados ante aos parâmetros técnicos científicos aplicados com efeito *erga omnes*, não se fazendo uma distinção no plano concreto se certo fármaco funcionaria para determinado cidadão ou não.

Referida constatação é notória e noticiada nos telejornais quase que semanalmente, no mínimo, de pessoas que possuem uma debilidade específica, mas que o tratamento “adequado” seria aquele imposto por um parâmetro técnico, não se

vislumbrando se realmente seria efetivo para aquele indivíduo. E, quando se verifica que aquele tratamento ou medicamento não é eficiente, não é conferido um tratamento alternativo, seja ele por não ter sido estudado pelo órgão competente ou por seu alto custo no fornecimento, independentemente de sua comprovação ter sido disponibilizada por órgãos de outros países com notória reputação no âmbito internacional, tal como a *United State Food and Drug Administration* (U.S. FDA). Esta que seria a responsável pela avaliação do que é consumido e disponibilizado no mercado dos Estados Unidos, seja no ramo alimentício ou de Drogas/Tratamentos.

Por fim, o ilustre Ministro constata que deverá haver um diálogo entre os julgadores e órgãos técnicos, estes que já existem em muitos Tribunais do país, a fim de permitir decisões mais concisas.

Para encerrar as discussões foi proferido o último Voto foi do Ministro Edson Fachin até a presente data, 06 de outubro de 2016, visto que o Ministro Teori Zavascki pediu Vistas dos Autos.

Esse entendeu que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde configurando violação a direito líquido e certo diante a sua omissão ou falha na prestação quando injustificada a demora e/ou sua implementação.

As demandas deverão ser propostas de maneira coletiva, sendo individual uma exceção, a fim de facilitar a macrojustiça, estabelecendo parâmetros que deverão ter eficácia prospectiva, resguardando a segurança jurídica e/ou os processos que já estão em curso. (FACHIN, 2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo).

Tais parâmetros seriam: 1. Prévio requerimento administrativo que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; 2. Subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; 3. Indicação do medicamento por meio da denominação comum brasileira ou a denominação internacional; 4, justificativa da inadequação da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; 5. Laudo, formulário, realizado pelo médico responsável pela prescrição, relatando seus efeitos e seus benefícios e os estudos da medicina baseados nas evidencias, bem como as vantagens para o paciente

comparando, se houver, com fármacos e/ou tratamentos disponibilizados pelo SUS. (FACHIN,2016, Julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo).

Diante aos requisitos apresentados pelos doutos Ministros, pode-se extrair que a interpretação mais adequada estará configurada pelo fato da saúde ser um direito líquido e certo, subjetivo amparado pela Carta Maior, podendo ser pleiteado a qualquer tempo, diante de sua imprescindibilidade, não precisando ser tão somente vislumbrado a partir de demandas coletivas, pois tiraria a individualidade existente em cada um de nós.

Igualmente, é perceptível que no quadro atual brasileiro há um excesso na procura do judiciário, deixando a esse poder ficar a cargo de dirimir a última *ratio*, dirimindo qualquer tipo de demanda.

Tocante a esse ponto, é interessante o pleito frente ao órgão administrativo primeiramente para ter acesso a algum medicamento ou tratamento, porém existem circunstâncias que não vão poder esperar esse pedido, em face de sua natureza e urgência. Com isso, o pleito no judiciário poderá ser feito a qualquer tempo, sem antes precisar por órgão administrativo, no intuito de não criar uma regra estrita para ser viabilizado o acesso à alguma garantia individual, pois, a partir do momento que se começa a delimitar essa persecução ao judiciário, começa também a ser restringido um direito fundamental de acesso ao judiciário, de acesso a justiça.

Entretanto, poderá existir esse diálogo entre judiciário e órgãos de natureza técnica, a fim de proporcionar melhor compreensão e confirmação de decisões. Até mesmo pelo fato de comprovar a eficácia de determinados medicamentos que, se houver uma pesquisa insuficiente no território nacional, poderá ser perseguido na literatura internacional a eficácia e efeitos colaterais de determinado medicamento, tratamento e/ou até mesmo procedimento cirúrgico, a fim de ampliar o leque já existente, buscando o máximo existencial, não se limitando a reserva do possível, esta quando aferida.

Adentrando no que seria esse órgão técnico em nível federal, este, o Sistema Único de Saúde é competente para controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde pública e, igualmente, participar da produção de equipamentos, medicamentos e insumos (TAVARES, 2013, p. 719). Nessa

esteira é imprescindível essa participação para conferir legitimidade em tudo o que movimenta o sistema de saúde, bem como constatar, se existe ou não, efetividade nos meios empregados para melhor consecução desse setor.

Entretanto, o poder Judiciário é o guardião da Constituição, tendo a obrigação de cumpri-la, com isso, percebendo que houve uma omissão ou um desvio por parte da Administração Pública, concernente à direitos fundamentais, deverá compeli-la a efetivar o que está previsto no texto constitucional tanto expressamente, quanto em sua essência (ANTONIO, 2013, p. 197).

4.3 MÍNIMO EXISTENCIAL *VERSUS* RESERVA DO POSSÍVEL

Pode ser averiguado diversos problemas no estudo da reserva do possível perante o Estado Democrático Brasileiro, tendo em vista que a Constituição erigida no ordenamento possui cunho social, em face à uma realidade orçamentária calamitosa, como já fora exposto ao decorrer do presente trabalho. Ademais, o postulado da inação pelo Estado, típico do Estado Liberal cai por terra. Com isso, caso os Poderes Executivo e Legislativo não promovam as condutas imprescindíveis para a organização e gestão financeira, restará ao Poder Judiciário, intervir nas políticas públicas (CANELA JUNIOR, 2013, p. 232-233).

Em contraponto, antes do neocostitucionalismo existia o passivismo judicial, característico do Estado Liberal, que obedece taxativamente ao texto normativo, sobre uma perspectiva exegeta, esta que vai de encontro ao que propugna Constituição de 1988, que preceitua a atuação para atingir o fim democrático, atingir os fins constitucionais estabelecidos (PASSOS, 2014, p.121).

Com efeito, os direitos consubstanciados no art.3º da CF, cuja implementação exigem a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central que visa garantir o mínimo existencial imprescindível a garantir a dignidade da pessoa humana. Esse mínimo existencial é considerado como condição mínima de existência digna humana, as quais exigem prestações positivas por parte do Estado, podendo ser exigido judicialmente quando não for amparado (GRINOVER, 2013, p. 132).

Com isso o processo jurisdicional atua como um solucionador do dissenso natural presente no Estado Democrático, impedindo, na medida do possível o rompimento do tecido social (ZANETI JR., 2013, p. 44).

Na mesma senda ainda, como é discorrido, a densidade axiológica, ou seja, valorativa, dos direitos fundamentais impõe uma postura dinâmica por parte do juiz, indo de encontro ao formalismo que existia presente no Estado Liberal. Tal transformação, coloca o homem no centro direito, transformando-o como seu fim último (PASSOS, 2014, p.120-121).

Além disso, deve ser vislumbrado que o mínimo existencial é composto pelo direito a vida, que se decompõe no direito à saúde e o direito à alimentação para garantir sua própria subsistência (FONTES, 2015, p. 344).

Assim dispõe Ada Pellegrini Grinover:

O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei. (2013, p. 133).

Ademais, existe uma abertura constitucional no ordenamento vigente, que viabiliza a concretização de um direito material, substancial, sempre atento às mudanças que ocorrem na sociedade, capaz de captar as ingerências perpetradas por qualquer um dos Poderes do Estado (LEITE; LEITE, 2013, p.158).

Ao se falar em dignidade da pessoa humana se está conferindo atribuição ao direito de reconhecimento, proteção, podendo se falar ainda em desenvolvimento e existência de uma vida digna. Entretanto, seu conceito é muito mais difícil deste inserido no ordenamento jurídico, visto que o reconhecimento humano é muito mais amplo e intrínseco a cada pessoa (SARLET, 2013, p. 217).

Nessa esteira a condição de humano está além de um direito fundamental, além de sua função de princípio, mas que não afasta seu papel como valor fundamental para toda a ordem jurídica, outorgando uma maior pretensão de eficácia e efetividade atuando como um mandamento de otimização dos princípios, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas (SARLET, 2013, p. 219).

Compreende-se que a maioria das normas constitucionais que tratam de aspectos da dignidade da pessoa humana, que geralmente envolvem prestações positivas, vem a assumir uma estrutura de normas-princípios, os quais possuem fins indeterminados ou têm meios variados para atingi-los (BARCELLOS, 2002, p. 201).

Desta forma, ainda é colacionado que se comprovada ameaça a direito fundamental, o Poder Judiciário, autorizado pelo princípio da inafastabilidade, preceituada em seu art.5º, inciso XXXV dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”, devendo assim dar guarida ao bem que fora violado.

Porém, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade será o critério limitador da intervenção judicial em políticas públicas, visto que irão permitir a tutela integral de direitos fundamentais sem que se corrompa a integridade do sistema jurídico (CANELA JUNIOR, 2013, p.234).

Diante do tema discutido pelo Supremo Tribunal Federal acerca dos Recursos Extraordinários em comento, percebe-se que o os Ministros deveriam se posicionar a favor, no intuito de garantir o direito fundamental preservado na Carta Maior.

Aqui, verifica-se que cabe ao Estado a função de assegurar e promover os direitos fundamentais, sob pena se sofrer uma censura pelo poder judiciário. Com isso, o magistrado poderá utilizar das metas orçamentárias e as leis que estipulam os patamares mínimos de fixação quanto a qualidade da prestação dos serviços públicos (FONTES, 2015, p. 345).

É pretense para o referido que o homem viva abaixo da linha do mínimo existencial (BARBOSA, 2011, p. 34). Verifica-se assim que, a partir do momento que certa pessoa não tem seus asseios atendidos pelo Estado, face a onerosidade de um tratamento ou, por tal medicamento não constar na lista do órgão governamental, mesmo que reconhecido por outros organismos internacionais, o mínimo existencial daquela pessoa estará sendo violado. Nessa esteira ainda dispõe que a ausência de consciência da proteção constitucional de certos bens jurídicos, revela a tensão existente que paira os direitos fundamentais (BARBOSA, 2011, p. 35).

Como já exposto, sempre que for perquirido o mínimo existencial por alguém e for alegado a insuficiência de recursos diante a reserva do possível, faz-se constatar

que o Estado continuará em estado de indignidade face a não concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (WATANABE, 2013, p. 218).

A escassez de recursos sempre irá existir, tendo que ser consideradas pelos Poderes Executivo e Legislativo no momento da formulação e implementação das políticas públicas. Deste modo, a partir do momento que o Judiciário é provocado por direitos fundamentais subjetivos violados, ele deverá atuar e, o pretexto de não haver recursos não é suficiente para que a pretensão não seja atendida, tendo em vista que os recursos podem ser remanejados de outras áreas (MEIRELES, 2008, p. 448).

Em suma, as prestações de saúde que fazem parte do mínimo existencial e incluídas no núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado, serão oponíveis e exigíveis a qualquer momento dos Poderes Públicos. Não podendo ainda o Poder Público tomar uma decisão que proporcione uma redução à uma prestação ou benefício que já fora conferido anteriormente (BARCELLOS, 2002, p. 273).

Destarte, é indubitável que nem tudo que for pleiteado frente ao judiciário poderá ser conferido diante a realidade fática, entretanto, deverá ser buscada a máxima efetividade no cumprimento dos direitos fundamentais, a fim de abarcar todos, de modo mais digno possível.

Como já verificado, os recursos são finitos e sua aplicação nos setores da sociedade para a continuação da máquina pública são evidentes, entretanto, tudo o que está na Constituição deverá ser cumprido pelos poderes constituídos, tendo em vista que o Gestor Público conhece a realidade social (BARCELLOS, 2002, p. 240).

Ademais, enquanto o mínimo existencial estaria ligado ao mínimo estipulado pela filosofia moral de uma sociedade, a reserva do possível é caracterizada pelo custo, o que o Estado pode arcar minimamente para atender a maior gama de pessoas possíveis com os recursos disponíveis.

Vale salientar que a reserva do possível veio sendo utilizada por muitas vezes, no intuito de impedir qualquer avanço para a prestação dos direitos sociais, pois haveria um suposto terror econômico diagnosticada pelo Poder Executivo (BARCELLOS, 2002, p. 238).

Portanto, para a implementação de uma política pública é mister avaliar a reserva do possível, ou seja, se existe dinheiro em caixa para consubstanciar determinada política pública

Contudo, nessa esteira ainda, em caso de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como óbice para concessão de determinada medida, dificultando um direito líquido e certo (GRINOVER, 2013, p. 139).

Portanto, o objetivo é perquirir o máximo de eficiência para consecução dos serviços públicos, na confirmação dos direitos prestacionais-sociais e uma melhor gerência do poder público, que já conhece das exigências de grande parte do que é pleiteado no judiciário, podendo se organizar melhor.

Percebe-se também, que não incumbe ao Judiciário impor Políticas Públicas de maneira abstrata, mas, de atribuir eficácia jurídica positiva, ao núcleo da dignidade, conferindo o mínimo existencial, na medida que é possível perceber um patamar mínimo de condições materiais básicas abaixo daquilo consubstanciado pelo princípio da dignidade humana (BARCELLOS, 2002, p. 233).

Outrossim, diante do que fora exposto nesse trabalho, constata-se que, existe um Estado de prioridades assumido no Brasil, pois notoriamente existem alegações que não existem recursos para diversos tratamentos ou disponibilização de medicamentos, entre outros, mas, existe verba para o país sediar uma Copa Mundial em 2014 com a construção de diversos estádios espalhados pelo território, no qual, muitos deles estão em desuso.

Ademais, no presente ano de 2016 sediou as Olimpíadas e Paraolimpíadas, que ensejou reformas e adequações em alojamentos e em estruturas em geral, para atender aos critérios especificados pela Organização.

Compreende-se que ante a essa percepção dos fatos, o Estado não pode alegar não possuir recursos para atender as demandas subjetivas, com o argumento na reserva do possível, haja vista que quando é de seu interesse é dispendiado Bilhões ou até mesmo Trilhões de Reais para alcançar outros objetivos que não carecem de tanta atenção do Estado, ou seja, não são prioritários face as mazelas existentes na sociedade.

Sendo assim, o judiciário, seja pelo excesso de judicialização ou pelo papel ímpar do magistrado em garantir um direito, diante o Estado seletivo, está atuando a fim de proteger direitos amparados pela constituição, que normalmente não estão sendo agraciados no plano concreto pelos outros poderes.

4.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO BALIZADOR NA CONCESSÃO DO DIREITO À SAÚDE

Diante da nova perspectiva neoconstitucional busca-se uma maior efetivação dos direitos fundamentais. Com efeito, o neoconstitucionalismo traz não apenas uma maior relevância para atividade judicante, mas também, uma maior complexidade da atividade hermenêutica. Verifica-se tal argumento a partir do momento que o legislador escolhe determinada norma face a seu arcabouço principiológico, automaticamente, ele transfere ao magistrado a função, competência para ponderar, rematerializando a Constituição através da atividade hermenêutica, suplantando a lógica do legislador pela lógica do Tribunal (PASSOS, 2014, p. 115).

No plano dos direitos fundamentais surgem conflitos prático entre valores e, diante disso surgem limitações ou limites ao conteúdo constitucional no que tange a esses direitos que já sofreram uma progressão axiológica no decorrer evolutivo da sociedade (ANDRADE, 2006, p. 284).

É com base na principiologia constitucional que o magistrado irá encontrar os meios para ir de encontro as mazelas sociais, devendo procurar os argumentos que irão fundamentar o bom direito (BARBOSA, 2011, p. 33).

Os princípios são considerados como mandamentos de otimização, diferentemente das regras, que podem ser cumpridas ou não cumpridas, desse modo, aqueles não possuem uma ordem pré-definida, servindo muitas vezes como fundamentos para as regras, quando estas possuem lacunas jurídicas (HECK, 2013, p. 65-66).

Contudo, existem os mandamentos a serem otimizados, que são ligados aos objetos sujeitos à ponderação, tendo em vista que se busca um dever-ser-ideal que ainda não foi relativizado sobre as possibilidades fáticas e jurídicas (HECK, 2013, p. 83).

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão, por volta da década de 1950 e, foi prontamente recepcionada pela doutrina pátria daquele país. Surge como um meio de vincular os três poderes do Estado, bem como seus órgãos, a respeitarem os direitos fundamentais, sendo avaliado pelo judiciário quando deverá intervir face a uma intervenção estatal que dificultem ou impeçam o exercício de certo direito (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p.176-177).

Primeiramente, traçando essa linha histórica, o princípio da proporcionalidade derivaria da própria substância dos direitos fundamentais. Observa-se ainda, que o princípio ora suscitado estaria ao lado do princípio da necessidade e, ambos, estariam ligados para impedir os excessos das medidas legislativas que venham a interferir nas liberdades individuais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, P. 180).

O princípio da proporcionalidade não está inserido em rol da Constituição, entretanto, para grande parte da doutrina é considerado como norma constitucional não escrita, outros consideram como um conseqüente de outros princípios, como o do devido processo legal e da isonomia (TAVARES, 2013, p. 627).

Em mesma lógica, apesar de não amparado expressamente no ordenamento pátrio, o princípio da proporcionalidade é reconhecido diante da escolha pelo Estado Democrático de direito, conferido pelo art.1º da Constituição Federal, bem como seu art. 5º, os quais carecem de um princípio balizador de conflitos que venham a surgir diante sua vasta capacidade interpretativa (GUERRA FIHO, 2013, p. 250).

É disposto por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que:

Entenderemos a proporcionalidade como mandamento constitucional que objetiva verificar a constitucionalidade de intervenções estatais a um direito fundamental, mediante avaliação de sua licitude e da licitude dos fins pretendido, assim como a adequação e necessidade da intervenção para fomentar determinada finalidade. (2014, p. 177).

Da mesma forma, quanto ao princípio da razoabilidade, este implícito na Constituição no seu art. 5º, LIV, suscita que a ação pelos Poderes Públicos, a lei, a sentença, os atos administrativos, até mesmo os atos de particulares não podem causar um mal maior do que o mal que está se buscando combater, isso que é uma exigência do Estado Democrático de Direito (ESPÍNDOLA, 2013, p. 269).

Destarte, os princípios vêm atuando como um idealizador geral, como um fio condutor, a fim de conferir uma direção para a concretização futura de determinado direito no caso concreto, assumindo um papel de orientador no ordenamento jurídico (LEITE; LEITE, 2013, p. 140).

Hodiernamente, dentro de uma sociedade plural, o princípio da proporcionalidade ganha grande destaque na resolução de conflitos, a partir do momento que se torna um mandamento de otimização de princípios, ou seja, sopesando princípios no caso concreto a fim de constatar qual merece melhor proteção nos diversos casos singulares (TAVARES, 2013, p.631).

Observa-se ainda, que os direitos fundamentais poderão sofrer limitações quando, em determinado caso em foco houver uma colisão de direitos.

Destarte terá que ser feito uma interpretação constitucional no intuito de verificar os limites imanentes ou intrínsecos dos direitos fundamentais e, posteriormente, resolver o problema da restrição ou harmonização da colisão de direitos, sejam eles comunitários e/ou individuais com coletivos (ANDRADE, 2006, p. 285).

Dessa feita, a proporcionalidade deverá ser interpretada como elemento disciplinador à competência constitucional, atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de certos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p.188).

A partir desses limites imanentes será possível em determinado caso concreto traçar uma regra, para aplicação dos direitos fundamentais naquelas mesmas circunstâncias, isto, através da ponderação realizada anteriormente (ANDRADE, 2006, p. 289).

A ideia de limites imanentes, aparece de vários prismas: para alguns seria um direito com eficácia limitada, visto que um direito de um restringiria o direito de outro, porém, isto geraria abusos e prejuízos. Em outra perspectiva, esses limites ficariam limitados aos valores morais da comunidade, entretanto tal critério é vago, visto que a questão da moralidade deixa muito vaga a definição dos limites. De outra face, existem aqueles que corroboram com a ideia que os limites estariam vinculados a lei, como uma reserva legal, todavia, isso geraria sempre uma vinculação legal de direitos nitidamente constitucionais e, quando não previstos acarretariam problemas,

fazendo inverter a hierarquia dos diplomas normativos. Deste modo, deverá ser feito a partir de um critério interpretativo, de ponderação entre os direitos colididos, verificando o diploma constitucional com o direito comunitário violado (ANDRADE, 2006, p. 296-297)

Ainda sobre o tema, o princípio da proporcionalidade pode ser desdobrado, no princípio da conformidade ou adequação de meios, impondo uma decisão judicial mais adequada ao seu fim; princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, impondo a ideia de menor desvantagem para o cidadão; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que impõe a justa medida entre os meios e o fim (GRINOVER, 2013, p.133).

Quando se trata do elemento correspondente à conformidade ou adequação dos meios, representa a correlação necessária entre os meios e os fins a serem atingidos, da forma que o que fora escolhido seja apto a atingir o fim determinado. Essa realização do fim não precisa ser efetiva, mas tão somente, exista uma possibilidade de ser concretizada através desse meio selecionado (TAVARES, 2013, p.634).

A proporcionalidade também poderá ser constatada diante a necessidade ou exigibilidade que seria a escolha do melhor meio possível dentre os meios que poderão ser escolhidos em determinada situação. Essa, corresponde àquela que vá trazer menor ônus para o cidadão, o meio menos gravoso para atingir o resultado perquirido. Será uma otimização das possibilidades fáticas numa relação de custo/benefício (TAVARES, 2013, p. 635).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, visa a otimização das possibilidades jurídicas, caracterizada para parte da doutrina como etapa com alto grau de subjetividade face a verificação axiológica de cada caso concreto. Contudo, para outra parte da doutrina essa subjetividade estaria limitada diante aos aspectos da realidade social, que ocorrem e existem no plano fático (TAVARES, 2013, p. 636).

Diante da atuação do magistrado na efetivação das políticas públicas ele deve perceber o seu limite, que será observado através do princípio da razoabilidade, este que se mede por meio do princípio da proporcionalidade. Esse último que visa o

justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins alcançados (GRINOVER, 2013, p.133).

Face a tais circunstâncias o Poder Judiciário vem a declarar uma lei inconstitucional ou concretiza certo comando constitucional, através de uma conduta positiva, face a negligência do legislador ou do administrador, havendo assim uma interferência a fim de garantir a justiça constitucional, utilizando os referidos princípios como balizadores (BARCELLOS, 2002, p.226).

Em conformidade com o que fora explicitado até o momento, o Direito à Saúde deverá ser efetivado quando necessário, senão vejamos a seguida decisão, que evidencia a concessão de alto custo, diante ao direito a vida que estava em risco:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUTOR IDOSO, PORTADOR DE CÂNCER RENAL, COM DIAGNÓSTICO DE METÁSTASE ÓSSEA E QUE NECESSITA COM URGÊNCIA DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. **DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO.** ENUNCIADO Nº 65 DA SÚMULA DO TJ/RJ. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO QUE NÃO SUBSISTE. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

(...)

Os artigos 196 e 198 da Constituição Federal apontam como dever comum dos entes da Federação a prestação da saúde e assistência pública, impondo responsabilidade solidária na prática de políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de doença e de outros agravos.

(...)

A alegação de existência dificuldades orçamentárias e burocráticas não pode ser obstáculo para assegurar o direito constitucional do recorrido, até porque não é razoável se admitir que os referidos “meandros administrativos” se sobreponham ao direito à vida e à saúde. (TJ-RJ – APL: Nº 0422568-59.2008.8.19.0001 RJ).

Com efeito, é perceptível na decisão ora colacionada que houve uma ponderação entre para a concessão do referido medicamento, no qual prevaleceu o direito à saúde e à vida em comparação ao orçamento, que seria, supostamente restrito e escasso.

Dessa forma, o direito à saúde deverá ser perquirido ao máximo quanto a sua efetivação, utilizando como balizador essa proporcionalidade intrínseca no nosso ordenamento para adaptar e conferir o bem jurídico que prevalece em cada situação concreta.

5 CONCLUSÃO

Ante ao que fora proposto no presente trabalho foi constatado que o direito à saúde é um direito fundamental universal, sendo amparado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 6º, 196 e seguintes, bem como demonstrado em seu art. 3º ao dispor dos objetivos do Estado Brasileiro, no intuito de reduzir as desigualdades sociais, construindo uma sociedade justa e solidária.

Nesse deslinde, será de competência dos Poderes Estatais de conferir esse direito a todos que estejam no território nacional, sendo de competência do Poder Executivo fazer a gestão dos recursos para aplicação efetiva no plano concreto. De outro ponto, será de atribuição do Poder Legislativo elaborar ou ratificar propostas de lei a fim de que o direito à saúde seja concretizado. E, será de competência do Poder Judiciário, a partir do momento que é provocado, fazer com que as políticas públicas sejam efetivadas, diante de uma ingerência ou omissão estatal na sua aplicação, bem como, fazer a interpretação constitucional face a uma omissão legislativa acerca de determinado assunto.

Ainda vale destacar que o Gestor público estará vinculado a lei de responsabilidade fiscal caso não aplique de maneira adequada as leis orçamentárias. Outrossim, esse orçamento possuirá características intrínsecas no intuito de atender as demandas sociais. Desta forma, deverá se ater sempre as receitas e despesas para que determinado serviço público seja prestado. Com efeito, haverá ainda o controle interno pelo próprio poder, para consecução do orçamento e um controle externo, realizado por outros poderes, a fim de garantir que o orçamento seja cumprido em sua integralidade.

Na mesma senda a prestação do serviço de saúde, como qualquer outro, poderá ser realizada pelo próprio Estado, quando ele resolve atuar em algum ramo econômico ou quando ele atua indiretamente, e a prestação se dá por meio de particulares.

Essa atuação dos particulares no plano atual está diante um Estado Garantidor-Regulador, que permite a concessão dos serviços públicos para que sejam prestados da melhor forma, com especificidade, contudo, esses entes privados

deverão atender requisitos impostos pelo Estado, no intuito de não onerar em demasiado os cidadãos.

Percebe-se que há notória pretensão na concretização das políticas públicas a fim de garantir o mínimo existencial de cada cidadão, este mínimo existencial que seria proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, são as políticas públicas adotadas pelo Estado que organização toda a burocracia estatal, são o instrumento para a concretização dos direitos fundamentais subjetivos.

Desta forma, foi verificado que a elaboração das políticas públicas depende da discricionariedade do gestor, o que ele considera mais adequado para que os recursos que ele dispõe sejam aplicados. Diante disso, quando o Judiciário é acionado ante a uma omissão na elaboração de uma lei, ou por não aplicação de determinada política pública, ele visa garantir um direito que está disposto no texto constitucional e por ser o diploma maior no nosso ordenamento jurídico, deverá ser cumprido face a outras normas caso exista uma colisão de direitos.

Mister salientar, que o judiciário ao fazer essa interpretação não está adentrando no campo político e elaborando políticas públicas, mas tão somente, está resguardando um direito subjetivo amparado pela Constituição Federal.

Compreende-se ainda, que a Administração Pública vem alegando não possuir recursos suficientes para atender a todas as contingências populacionais, sob o argumento da reserva do possível. De certo ponto, esse argumento poderia prosperar, pois é notório que em qualquer lugar, em qualquer Estado, os recursos são finitos.

Entretanto, no cenário atual brasileiro, mesmo em confronto a uma crise econômica que se alastra a alguns anos o país recepcionou uma Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas, além de outros eventos que exigiram um dispêndio de bilhões de reais, senão, trilhões para atender as exigências de órgãos internacionais, sendo que muitos estádios construídos, por exemplo, não estão tendo serventia atualmente, onerando os cofres públicos para sua manutenção.

Constata-se, que o Estado possui prioridades, mas dentre essas não está a de assegurar o direito a saúde de muitas pessoas, tendo em vista que é questionado que o tratamento de muitos indivíduos iria onerar muitos os cofres públicos, porém,

seria um direito à vida, a dignidade humana que estaria sendo resguardado, em oposição a eventos que oneram até hoje o Estado Brasileiro.

Ainda é percebido que o trabalho do magistrado deverá ser exercido com independência, sem interferência político-partidárias na prolação de suas decisões, visto que ele é o guardião dos diplomas normativos. E, apesar de suas decisões não possuírem influência política, possuem certa natureza, tendo em vista que sua atuação está de acordo com a evolução da sociedade, dinâmica, vez que o Poder Legislativo não consegue acompanhar tais mudanças com tanta rapidez e exatidão.

Verifica-se que essa atribuição ao juiz não quer dizer que há uma violação ao princípio da separação dos poderes, mas tão somente uma atualização democrática face a um neoconstitucionalismo que traz mais atribuições a jurisdição constitucional.

O presente trabalho fez ainda uma análise na gestão dos recursos no Estado da Bahia, como ocorre sua aplicabilidade, sendo constatado que no exercício financeiro de 2015 a lei orçamentária anual foi cumprida. Entretanto, é percebido que em alguns meses as verbas são aplicadas a maior e em outros meses as verbas são aplicadas a menor em determinado setor.

Com efeito, isso acarreta que em alguns meses, determinadas pessoas que precisam de medicamentos ou algum tratamento ou até mesmo qualquer amparo estatal não conseguem, podendo ter sua situação agravada, diante uma omissão naquele mês quando as verbas foram repassadas à menor.

Da mesma feita, foi constatado que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, fazendo uma análise de suas decisões, é a favor da concessão do direito à saúde indo de encontro com a Fazenda Pública que alega a reserva do possível para não conceder medicamentos e/ou tratamentos.

Na mesma linha, foi analisado um julgamento que está ocorrendo no STF, sobre medicamentos de alto custo e aqueles que não são amparados, quando a sua formalidade pela ANVISA. Nessa esteira, estão estipulando parâmetros objetivos para quando for pleiteada tais demandas em qualquer parte do território nacional. Diante disso, foi feita uma análise, com base no que fora exposto até o presente julgamento para uma concessão de medicamentos/tratamentos, face a sua

imprescindibilidade, bem como a posição que o poder judiciário vem assumindo com a partir da Carta de 1988 e os critérios adotados por esse poder na concessão de suas decisões para efetivação do direito à saúde.

Por fim, foi verificado que os direitos fundamentais são imprescindíveis no ordenamento, vez que não poderá haver um retrocesso quanto a sua interpretação e aplicação no ordenamento pátrio, sendo um preceito fundamental amparado pela Constituição.

E, ante a tal aferição o Poder Judiciário ao se deparar com um possível conflito entre princípios de mesma natureza deverá utilizar de critérios hermenêuticos para visualizar qual direito deverá se sobrepor naquele caso, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, para desvendar quais seriam os limites imanentes de cada direito que está sendo colidido em certa situação específica

Por fim, no intuito de que o direito a saúde seja efetivado, verifica-se que deverá olhar o mínimo existencial, sendo que esse mínimo poderá variar de pessoa para pessoa, vez que o fim é garantir a vida digna para cada um, procurando sempre o máximo existencial, sem prejudicar a coletividade. Ademais, a reserva do possível não poderá ser utilizada como subterfúgio para não efetivação da prestação ao direito a saúde, tendo em vista que poderá haver uma realocação de verbas de um outro setor que não seja imprescindível naquele momento.

Chega-se à conclusão que o Estado utiliza de argumentos para não efetivar direitos a saúde seja por seu custo ou por não disposição de critérios formais, mas aplica verbas em outros setores que, aparentemente, não são tão essenciais para manter um padrão mais digno de vida na sociedade, sendo a função do magistrado fazer com que esses direitos de defesa ora omitidos sejam amparados diante de sua natureza e proteção constitucional, com aplicabilidade imediata.

RERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus limites. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento – Processo nº 0009374-69.2016.8.05.0000. Agravante: Estado da Bahia. Agravado: Ministério Público. Relator: Mauricio Kertzman Szporer. Salvador, DJ 27 de set. 2016. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0009374-69.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0009374-69.2016.8.05.0000&dePesquisa=>>>. Acesso em 01 de out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível – Processo nº.0003655-15.2013.8.05.0032. Apelante: Estado da Bahia. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Salvador, DJ 14, out. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=FA8C8B1B9E0FB0F35B713CEF60AC48A9.cposg4?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0003655-15.2013&foroNumeroUnificado=0032&dePesquisaNuUnificado=0003655-15.2013.8.05.0032&dePesquisa=>>>. Acesso em 01 de out. 2016.

BARBOSA, Charles S. O Direito ao Mínimo Existencial e a Atuação do Poder Judiciário na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria dos Princípios. *In*: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MOCCIA, Luigi; SAMPAIO, Marcos; SANTANA JR., Gilson (Coords.). **Estudos Aplicados de Teoria Geral do Direito**. Salvador: 2011.

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

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 18.ed.rev. e atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: LEITE, George Salomão; Leite, Glauco Salomão (Orgs.). **Constituição e Efetividade Constitucional**. Salvador: Editora JusPodvm, 2008.

BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Núbia Fábris, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonett. Em busca de um conceito fugido – O ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. 2º Tiragem. Salvador: JusPodvm, 2013.

BRASIL. **ASCOM**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/em-cumprimento-a-acao-judicial-anvisa-permite-prescricao-e-importacao-de-produtos-com-canabidiol-e-thc/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=en_US>. Acesso em: 24 out. 2016.

____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

____. **DATASUS**. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/consleiorespfiscal_uf.php>. Acesso em: 01 de out. 2016.

____. **Lei nº 4.320/64**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 20 de set. 2016.

____. **Lei nº 8.080/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 01 de out. 2016.

____. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/glossario/DetalheGlossario.asp?letra=e>>. Acesso em: 20 set. 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.393175 – Proc. 70004422614. Recorrente: Luiz Marcelo Dias. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 02, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>>. Acesso em 27 set. 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB. Arguido: Presidente da República. Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 04 mai.

2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>>. Acesso em: 18 out. 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.855178 - Proc. 0005840-11.2009.4.05.8500. Recorrente: União. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 16, mar. 2015.

Disponível em:

<[Http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q6u8omz](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q6u8omz)>. Acesso em: 02 abr. 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.858075 – Proc. 0007014-29.2006.4.02.5110. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Município de Nova Iguaçu. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 16, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=114&dataPublicacaoDj=16/06/2015&incidente=4762709&codCapitulo=2&numMateria=32&codMateria=7>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

____, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito?. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.) **As novas faces do Ativismo Judicial**. 2º Tiragem. Salvador: JusPodvm, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

____. Controle Judicial das Omissões do Estado. A virada hermenêutico-constitucional e o desbloqueio da constituição. *In*: OLIVEIRA, Paulo Augusto; LEAL, Gabriel Prado (Orgs.). **Diálogos jurídicos luso-brasileiros. Perspectivas Atuais do Direito Público – O Direito em Tempos de Crise**. Vol.1. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3.ed. 3º tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE PAULA, Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. 2º Tiragem. Salvador: JusPodvm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. 2º Tiragem. Salvador: JusPodvm, 2013.

_____, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. *In*: LEITE, George Salomão; Leite, Glauco Salomão (Orgs.). **Constituição e Efetividade Constitucional**. Salvador: Editora JusPodvm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Ronald Dworkin: tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Lemos. Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FONTE, Felipe Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: Elementos de Fundamentação do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o Princípio da Proporcionalidade. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITE, George Salomão. *In*: LEITE, George Salomão; Leite, Glauco Salomão (Orgs.). **Constituição e Efetividade Constitucional**. Salvador: Editora JusPodvm, 2008.

_____, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Princiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. Desafios das Cotas em Políticas Públicas de Emprego – Trabalho, Constituição e Políticas Públicas de Cotas: A Efetividade dos Direitos Sociais em uma Comunidade de Princípios. *In*: TODESCHINI, Remídio; VASQUES-MENEZES, Ione; SORATTO, Lúcia (Orgs.). **Desafios do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda**. São Paulo, LTr, 2010.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência Administrativa e Ativismo Judicial**. Escolhas Orçamentárias, Políticas Públicas e o Mínimo Existencial. Curitiba: Íthala, 2015.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30.ed. 3º tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. 2º Tiragem. Salvador: JusPodvm, 2013.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**: Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: JusPODIVM, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed., atua. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças Públicas, economia, e legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizado. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. 2º Tiragem. Salvador: JusPodvm, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Augusto. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise. *In*: OLIVEIRA, Paulo Augusto; LEAL, Gabriel Prado (Orgs.). **Diálogos jurídicos luso-brasileiros. Perspectivas Atuais do Direito Público – O Direito em Tempos de Crise**. Vol.1. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 4.ed.rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ONU. **1994/41 – La independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados**. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=4220>. Acesso em : 23 abr. 2016.

____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em : <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> . Acesso em : 30 mai. 2016.

NUNES, António José. Os Tribunais e o Direito à Saúde. *In*: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury; MORAIS, Jose Luis Bolzan (Org.). **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas**: O problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Luis Carrlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania** : a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo : Editora 34, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros Dogmáticos**. 1.ed.2º tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível – Processo nº.0422568-59.2008.8.19.0001. Apelante: Estado do Rio de Janeiro. Apelado: Sérgio Camargo Quintella. Relator: Des. Jacqueline Lima Montenegro, Rio de Janeiro, DJ 29, abr. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DDC86CD1E9F329B5FD86A171DC3030BEC5021423592B&USER=>>>. Acesso em: 20 out. 2016.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: Sarlet, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2.ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel

Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. 2º Tiragem. Salvador: JusPodvm, 2013.

SANTOS, Elenice Aparecida; DRAGO, Florence Cronemberger Haret. Políticas Públicas: Como meio de Efetividade do Mínimo Existencial e a Concretização da Dignidade Humana. **Direitos Sociais e Políticas Públicas II**. Jul./2016. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/8sgj7g7s/Dyleird68odtQs4E.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas em torno da Relação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. *In*: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury; MORAIS, Jose Luis Bolzan (Org.). **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHÜLLER, Larisse Rodrigues Prado; Nóbrega, Candida Dettenborn. O Direito a Saúde e a Vida - Judicialização do fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa. **Direitos e Garantias Fundamentais II**. Jul./2016. Disponível em: <<Http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/45bgwp70/p9PW2S16p4xNt7y7.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

SILVA, Gustavo Brasil Romão. Judicialização de Políticas Públicas no Brasil: causas, consequências, custos e riscos. **Direitos Sociais e Políticas Públicas I**. Jul./2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/6e66rwjx/F6n4M1hB79DsTKF5.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

STF. **Julgamento Sobre Acesso a Medicamentos de Alto Custo**. VOTO: Edson Fachin. Vídeo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y5HRYLyd1cU>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. **Julgamento Sobre Acesso a Medicamentos de Alto Custo**. VOTO: Luís Roberto Barroso. Vídeo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y5HRYLyd1cU>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. **Julgamento Sobre Acesso a Medicamentos de Alto Custo**. VOTO: Marco Aurélio. Vídeo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y5HRYLyd1cU>>. Acesso em: 30 set. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIÑAS, Miriam Henríquez. **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais imediatamente Judicializáveis. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ZANETI JR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.