

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

CLERILEI APARECIDA BIER

EID BADR

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-053-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as políticas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

JUDICIALIZATION OF THE PUBLIC POLICY: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH CARE

**Mariana Junqueira Bezerra Resende
Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini**

Resumo

O presente trabalho destaca o papel do Estado na formulação de planos de desenvolvimento e na formação de políticas públicas, o que engloba critérios políticos, econômicos e ideológicos. Nada obstante existam inúmeros programas de ação governamental para realização de objetivos sociais importantes, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais dos cidadãos, por reiteradas vezes é necessária a interferência do Poder Judiciário para que a garantia constitucional seja colocada em prática, principalmente em questões que envolvem o direito à saúde. Essa atuação do Poder Judiciário - conhecida como judicialização da política - busca conferir efetividade aos direitos fundamentais que, em tese, deveriam ser concretizados por políticas públicas formuladas pelo Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo. A judicialização do acesso à saúde e à assistência farmacêutica tem sido utilizada para garantir a satisfação dos direitos fundamentais à dignidade humana, precipuamente nos casos em que a Administração Pública não consegue atingir esses objetivos.

Palavras-chave: Políticas públicas, Direitos fundamentais, Direito à saúde, Judicialização

Abstract/Resumen/Résumé

This paper emphasizes the role of the state in the formulation of development plans and the formation of public policy, which englobes political, economic and ideological judgment. Nevertheless there are numerous government action programs for achieving important social objectives, notably with regard to fundamental citizens rights by repeatedly interference of the judiciary is necessary for the constitutional guarantee is put into practice, especially on issues involving the right to health. This action of the judiciary - known as judicialization of the policy - searches confer effectiveness of fundamental rights which, in theory, should be implemented by public policies formulated by the Legislative and enforced by the Executive. Judicialization of access to health and pharmaceutical care has been used to ensure the enjoyment of basic rights to human dignity, as primarily where public administration can not achieve these goals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policy, Fundamental rights, Health care, Judicialization

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, tem se observado no Brasil a incapacidade do Poder Público em garantir a efetividade dos direitos fundamentais mínimos para possibilitar uma vida realmente digna. Com efeito, para se possa falar em verdadeiro Estado Democrático de Direito, necessário que o Estado cumpra seus objetivos previstos na Constituição Federal, mediante a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, enfim, promovendo o bem de todos.

Em linhas gerais, uma sociedade livre, justa e solidária, consoante o comando Constitucional, é aquela que faça da dignidade da pessoa humana o cerne das questões governamentais e das políticas públicas, com poder emanado do povo e com participação popular nas decisões e atos de governo.

O direito fundamental à saúde, em razão da sua dimensão protetiva, atribui ao poder público a tarefa de organizar-se para fornecer assistência à toda população, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana e fortalecendo as garantias fundamentais da coletividade, o que ultrapassa interesses meramente individuais.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são conhecidos por serem imprescindíveis ao ser humano, razão pela qual devem ser proporcionados aos cidadãos de maneira igualitária e suficiente.

A atuação do Estado frente aos direitos fundamentais aos cidadãos é precária, pois faltam recursos suficientes que supram as necessidades de todos, razão pela qual, por vezes, são fornecidos apenas cuidados básicos - para não dizer mínimos - para parte da população.

Por esta razão, inúmeras vezes é necessária a atuação do Poder Judiciário no sentido de impor ao Estado o fornecimento e disponibilização de tratamentos/medicamentos aptos a assegurar o direito fundamental à saúde para todos que dele necessitem.

Atualmente muito se tem falado sobre a atuação do Poder Judiciário para se conferir efetividade aos direitos fundamentais, especialmente na área da saúde, que deveriam ser concretizados por políticas públicas aprovadas pelo Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo.

Entretanto, no caso específico do Brasil, a judicialização das políticas públicas tem se mostrado necessária para assegurar que o mínimo existencial seja garantido aos cidadãos, em razão do não cumprimento integral pelos Poderes Públicos da sua obrigação e do surgimento de conflitos resultantes do mau funcionamento ou disfuncionalidade dessa política.

Não se pode olvidar, por outro lado, do excesso de judicialização das decisões políticas - decisões extravagantes e injustificáveis - o que pode levar a concessão de privilégios a alguns cidadãos em prejuízo de toda a coletividade, impedindo que políticas coletivas direcionadas à promoção da saúde sejam devidamente implementadas pelo Poder Executivo.

De modo geral, em razão da falta de condições materiais para realizar e colocar em prática os programas previamente acordados torna-se necessária a atuação estatal com poder de organização, sanção e execução, porque os direitos têm que ser implantados, dado que possuem implicações jurídicas objetivas (HABERMAS, 2003, p. 171).

Assim, o propósito do presente trabalho é desenvolver, a partir do método de pesquisa lógico dedutivo, uma reflexão sobre o tema, discorrendo sobre os critérios e parâmetros que justificam a atuação judicial para a tutela e efetivação do sobredito direito fundamental.

2. A SAÚDE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E NECESSIDADE DE SUA CONCRETIZAÇÃO ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos fundamentais, como se sabe, são aqueles que constituem a base sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico, ou seja, são aqueles que devem ultrapassar os discursos e disposições meramente teóricas a fim de que tenham adequada repercussão prática, mesmo a despeito da regulamentação insuficiente ou não efetividade das políticas de governamentais.

Os direitos fundamentais são aqueles considerados básicos para qualquer ser humano. São direitos empregados para a defesa dos cidadãos, conforme nos ensina Canotilho (1993, p. 541):

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico- subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Neste sentido, os direitos fundamentais são prerrogativas que os seres humanos possuem diante do Estado constitucional, são instrumentos que protegem os interesses

individuais das pessoas, garantindo condições mínimas de existência.

Não se pode olvidar que dentro do sistema constitucional - quiçá de todo o sistema jurídico - os direitos fundamentais gozam de uma posição privilegiada, tanto que se deve atribuir posição central ao homem e sua dignidade. Para tal desiderato, estes direitos ditos fundamentais não devem somente ser “protegidos”, o que implicaria em uma abordagem simplesmente pragmática, mas também “promovidos”, de forma que toda a estrutura política-governamental tenha em conta esta diretriz.

Os direitos essenciais à pessoa humana nascem de lutas contra o poder, contra a opressão, contra o desmando, sendo assim, não surgem de uma vez só, mas apenas quando as condições lhes são favoráveis e quando se inicia o reconhecimento de sua necessidade para assegurar a cada pessoa uma existência digna (COMPARATO, 2003, p. 40).

A Constituição Federal de 1988 representa um passo adiante na história com determinante avanço na área de normatização, pois em seu Título II estabeleceu os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco espécies, sendo elas: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Outra classificação de direitos fundamentais é trazida pela doutrina, encontrando suas bases no decorrer da história que cronologicamente passou a reconhecê-los como direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações¹.

De tal modo, as gerações de direitos fundamentais representam uma classificação que acompanha a cronologia, visto que foram paulatinamente conquistados, passando para a próxima dimensão, sem o término da anterior.

Os direitos de primeira geração surgiram com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e estão intrinsecamente ligados à luta pela liberdade e segurança perante o Estado, sendo essa a sua principal característica, tendo em vista que no momento de seu surgimento o governo era absolutista e dominante.

São direitos sociais os de segunda geração, voltados para os grupos menos favorecidos que buscam a igualdade de direitos e valores, impondo ao Estado esta prestação

¹ Como melhor nos explica Celso de Mello enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais- realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas- acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF- Pleno- MS nº 22.164/SP- Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39-206).

de direitos positivos, tais como saúde, educação, moradia, segurança pública e alimentação. Por isso se afirma que estes direitos baseiam-se na noção de igualdade material (que corresponde à redução de desigualdades), no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas para exercê-la. Começaram a ser conquistados após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria².

Por sua vez, os direitos de terceira geração são os transindividuais, ou seja, direitos que pertencem a diversas pessoas, mas isoladamente não pertencem a ninguém. Sua principal característica é a proteção dos direitos difusos e coletivos, sendo alguns deles: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à paz, ao desenvolvimento, direitos do consumidor, dentre outros.

Importante ressaltar - para a exata compreensão da matéria desenvolvida no presente trabalho - uma breve distinção entre direitos difusos e coletivos. Os direitos difusos são de todos, não pertencem a ninguém individualmente, mas sim ao grupo todo. Por outro lado os direitos coletivos são de grupos determinados de pessoas, que não pertencem a nenhum grupo isoladamente, sendo que o elemento diferenciador entre estes direitos é a determinabilidade e a coesão como grupo anterior à lesão³.

Por fim, há autores que se referem aos direitos de quarta geração, porém ainda não há um consenso na doutrina sobre tal conteúdo, que são aqueles introduzidos pela globalização e evolução da sociedade, tais como os direitos à informação, ao pluralismo e ao patrimônio genético.

Desta forma, fica evidente que os direitos fundamentais tiveram seu surgimento em razão da necessidade de defesa dos direitos essenciais ao homem. E, em sendo assim, impossível se falar em direitos fundamentais sem se cogitar de direito à saúde.

O direito à saúde, como garantia fundamental, é um dos direitos essenciais ao homem e como visto, está classificado como direito social, que são liberdades fundadas em melhorar as condições de vida da população.

Nesse contexto, ensina Alexandre de Moraes (2009, p. 195):

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de

² Sobre a matéria conferir artigo de João Trindade Cavalcanti Filho. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 22. mar. 2015.

³ É válido analisar o posicionamento de Hermes Zaneti Júnior sobre a definição conceitual dos direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>> Acesso em: 04. fev. 2015.

vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Assim, o direito à saúde enquadra-se como um direito social, pois reflete a atenção especial do Constituinte com a integridade física dos seres humanos, estando relacionado sobretudo aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade que procuram alcançar a justiça social, tais como os direitos à moradia, educação, trabalho, segurança, lazer, entre outros.

Nesse sentido, destaca Erival da Silva Oliveira (2006, p. 145):

Os direitos sociais vinculam-se a realizações proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, buscando a igualização de situações sociais desiguais.

Ademais, os direitos sociais, enquanto normas constitucionais, detém certo grau de eficácia e aplicabilidade, e o fato destes direitos terem preceitos dirigentes e genéricos não altera sua aplicabilidade, como bem descrito por Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 267):

A nossa Constituição Federal de 1988 é rica nesse sentido. Ela fixa generosos direitos sociais, sem, contudo, disciplinar a forma pela qual se chegará à fruição desses direitos. Isso desgasta de certa forma o Direito, ou pelo menos, tem-se de reconhecer que o Direito nessas circunstâncias tem uma eficácia que não se confunde com a eficácia de que goza quando regulamenta os direitos individuais.

Deste modo, a saúde é direito fundamental disciplinado pelo artigo 6º, da Constituição Federal. Este direito ainda vem assegurado especificamente no capítulo II, título VII - “Da ordem social”, no artigo 196, que prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No mesmo sentido estabelece o artigo 2º da Lei 8.080/90 que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

A Lei Orgânica da Seguridade Social, Lei 8.212/91 também prevê, em seu artigo 2º, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve ser 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.

Com efeito, o artigo 6º, em consonância com o artigo 196 da Constituição Federal, reconhece a saúde como um direito social e fundamental ao homem⁴. Destarte, pode-se concluir que a saúde é essencial a todos, baseando-se na maioria dos princípios resguardados pela Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, visto que são direitos que não podem ser exercidos plenamente sem que o cidadão tenha acesso às formas de garantia à sua saúde.

Nessa linha de raciocínio complementa Magalhães (2008, p. 208):

O direito à saúde não implica somente direito de acesso à medicina curativa. Quando se fala em direito à saúde, refere-se à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e a educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas. Muitas das doenças existentes no País, em grande escala, poderiam ser evitadas com programas de esclarecimento da população, com uma alimentação saudável, um meio ambiente saudável e condições básicas de higiene e moradia. A ausência de alimentação adequada no período da gestação e nos primeiros meses de vida é responsável por um grande número de deficientes mentais.

Desta forma, apesar do grande conteúdo social que a Constituição Federal de 1988 nos proporciona, a problemática da falta de efetividade dos direitos sociais persiste em nosso contexto histórico, mesmo havendo um abrangente leque de dispositivos que regulamentam estes direitos, em especial o direito à saúde.

A saúde é condição essencial à dignidade da pessoa humana, competindo ao Estado, através de políticas públicas e de seus órgãos, garanti-la como direito de todos os seres humanos. O direito à saúde se classifica como um direito público subjetivo, exigindo do Estado prestações positivas para sua eficácia.

Sobre a questão, esclarece com propriedade Fabio Konder Comparato (1995, p. 78) que o fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal delas, que se harmoniza com todas as demais.

Assim, as políticas públicas ocupam papel imprescindível na sociedade, pois, como enfatiza Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) são programas de ação governamental

⁴ O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Este artigo é o retrato do surgimento destes direitos sociais, através das lutas dos trabalhadores, especialmente por melhores condições de trabalho

que resultam de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados que coordenam os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Realmente, a efetivação dos direitos sociais está sujeita a obrigatoriedade do Estado agir, quer através da implantação de políticas públicas, que são ações planejadas, previstas previamente, programadas, sistematizadas, coordenadas, providas de recursos orçamentários/financeiros e executadas, quer jurisdicionalmente, através de decisões judiciais que assegurem esses direitos.

Como se sabe, não é fácil a tarefa de desenvolver e organizar sistematicamente os programas de governo relacionados à resolução de problemas sociais, principalmente no que concerne à área da saúde. Para tanto se exige planejamento de ações, com conexão entre a estrutura política e a econômica.

Sobre essa questão, observa Gilberto Bercovici (2006, p. 147):

No Brasil, sempre houve dificuldades para se adequar a Administração Pública aos fins da política de desenvolvimento perseguidos pelo Estado. As tentativas de planificação global foram frustradas, sem qualquer continuidade ou institucionalização de estruturas burocráticas planejadoras adequadas: cada plano foi elaborado por um órgão diferente da Administração Pública. Além disso, nunca existiu qualquer coordenação entre os vários setores da Administração, cuja estrutura não foi adaptada para a implementação do planejamento.

Há tempos o histórico da administração pública no Brasil vêm sendo marcado por esse cenário de falta de planejamento e desorganização, principalmente no que diz respeito às iniciativas institucionais em termos de política pública, da qual, aliás, a sociedade civil não se preocupa em participar.

Resta, em casos práticos e urgentes, o socorro ao Poder Judiciário.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Atualmente, o exercício da cidadania almejando o cumprimento dos preceitos constitucionais relacionados aos direitos fundamentais vem alterando pontos tradicionais de nossa cultura jus-política, principalmente no que pertine a apoliticidade do Poder Judiciário.

Indiscutivelmente, a crescente interferência sobre as questões sociais se traduzem na politização do Poder Judiciário, cujos membros tornaram-se efetivos atores sociais, sensíveis e acessíveis aos conflitos relacionados à garantia dos direitos previstos constitucionalmente,

uma vez que o Direito não é um mero conjunto vazio de regras, mas possui conteúdo principiológico.

A judicialização, tanto da política como das relações sociais, traduz-se, na verdade, como afirmação da cidadania e da democracia, buscando a concretização dos direitos pelo Poder Judiciário, ou seja, a resolução do conflito via Poder Judiciário em face de outros órgãos/poderes estatais.

Segundo a doutrina, a omissão do Estado é denominada como síndrome de ineficácia das normas constitucionais, pois diversos dispositivos constitucionais originam obrigações a serem cumpridas. Dessa forma, quando o Estado não cumpre com sua obrigação, o Judiciário é chamado para estender sua competência, em busca do efetivo cumprimento dos direitos fundamentais.

Nessa esteira Konrad Hesse (1991, p. 15) entende que:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.

De outra face, a própria idéia de constitucionalismo e de previsões de questões políticas em nossa atual Constituição, imprime um conceito de flexibilidade para que todos os cidadãos possam reivindicar os seus direitos, autorizando que o Poder Judiciário enfrente a questão política sob a ótica constitucional.

Justamente por se tratar de matéria constitucional, encontra-se sujeita ao controle jurisdicional, conforme posicionamento de Marcos Faro Castro (1997, p. 27):

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse político', sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma 'política de direitos'.

Corroborando com o entendimento de possibilidade de judicialização Ronald Dworkin (2001, p. 31), explicando que “[...] se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida

em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. [...]”.

Releva notar, sobre o tema, que a judicialização não surgiu de uma opção metodológica ou filosófica acerca dos direitos fundamentais, mas sim da necessidade de se conferir efetividade aos direitos dispostos em nossa Constituição, de forma que o Poder Judiciário somente vem cumprindo com seu papel em conformidade com o modelo constitucional vigente.

Nesse sentido é o posicionamento de Luis Roberto Barroso (2010, p. 07):

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana - em que todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto - e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Segundo o entendimento retro, podem ser apontadas três causas principais para justificar o fenômeno da judicialização: a) a redemocratização do país, que teve como ponto central a Constituição de 1988 e a redefinição para Estado Democrático de Direito que além de instituir as leis, definiu e separou os poderes; b) a constitucionalização abrangente, pois que trouxe para a Constituição diversas matérias que haviam sido deixadas de lado anteriormente, conferindo a possibilidade de se recorrer ao Judiciário para a concretização de um direito nela disciplinado; c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, que autoriza a intervenção para a concretização judicial de direitos sociais, diante da inércia dos demais poderes.

A Constituição Federal, instrumento normativo nacional mais importante, ao tratar do respeito aos direitos dos cidadãos, baliza as chamadas “decisões judicializadas”, ou seja, aquelas em que o Poder Judiciário vem a decidir questões tratadas na Carta Magna. Assim, a judicialização não é um fenômeno apartado do mundo jurídico, mas sim uma consequência do sistema instituído pela própria Constituição Federal de 1988.

Não se pode olvidar que a excessiva judicialização não é recomendada, correndo-se o risco de ofensa à própria Constituição Federal devido ao grande número de decisões judicializadas:

[...] uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (STRECK, 2013)⁵.

Há atualmente incontáveis decisões judiciais que determinam que a Administração Pública forneça gratuitamente medicamentos de alto custo ou disponibilize tratamentos médicos específicos. Isto, inexoravelmente, pode desorganizar a atividade administrativa e a aplicação dos limitados recursos financeiros e orçamentários previamente estabelecidos, colocando em risco a continuidade da própria política pública.

É certo que o acolhimento pelo Poder Judiciário de ações que visam compelir o Poder Público a custear prestações de saúde não atendidas por políticas públicas tem provocado efeitos que afetam diretamente a programação orçamentária e financeira do ente estatal, prejudicando a formulação de novas políticas e o provimento de bens e serviços em outras áreas demandadas pela sociedade.

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis - seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade - bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal - União, Estados e Municípios - deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional (BARROSO, 2008).

Realmente, em razão do crescente número de decisões judiciais balizadas em (in)competência de outro poder, possa se afirmar que a judicialização excessiva é prejudicial

⁵ Sobre a matéria conferir artigo de Lenio Luiz Streck “O ativismo judicial existe ou é invenção de alguns?”. *Revista Consultor Jurídico*, 13 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 22 mar. 2015.

ao sistema de saúde pública. Porém, não se pode deixar de indagar se nestes casos há outro modo de efetivação de direitos que não a decisão judicial.

Gilmar Mendes (2014, p. 653) comenta essa questão:

Finalmente, o fortalecimento da cultura administrativa, que permitiria a realização do Direito sem intervenção judicial, também é um desafio digno de ser arrostado. Há, entre nós, a consolidada compreensão de que a única forma de efetivar direitos é por meio do Judiciário. É necessário superar a denegação sistemática de direitos amplamente reconhecidos, permitindo-se que a realização do Direito se efetive, se possível, no âmbito do Ministério Público, das Defensorias Públicas e da própria Administração, por meio das ouvidorias, sistemas de *ombudsman* ou instituições equivalentes.

Mister se faz ressaltar que o crescimento das decisões judiciais ocorre atualmente não só no sentido quantitativo, há, sim, considerável ampliação do controle de constitucionalidade de questões políticas ou de políticas públicas à luz da Constituição Federal de 1988, como meio de garantir a realização dos direitos fundamentais. Isso porque a judicialização é inerente à captura das relações sociais e culturais pelas leis, o que se deve ao aumento da complexidade e diversidade das modernas sociedades, bem como da expansão de Estados modernos de bem-estar social (HIRSCHL, 2006).

O processo de judicialização das relações políticas e sociais proporciona ao cidadão o exercício de seus direitos, como destinatário das políticas públicas direcionadas à promoção dos direitos fundamentais, na exata condição de sujeito de direitos que é. Por esta razão tem se mostrado - nos dias atuais - como meio de possibilitar a eficaz concretização do direito fundamental à saúde.

4. TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE EM FACE DA OMISSÃO DO ESTADO: A DECISÃO JUDICIAL COMO MEIO DE EFICÁCIA E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A efetivação dos direitos fundamentais e sociais mediante a implementação de políticas públicas está garantida constitucionalmente e inicialmente é uma exigência destinada aos Poderes Legislativo e Judiciário, ressalvando que o Legislativo determina a destinação e aplicação dos recursos públicos, enquanto o Executivo, com estes recursos disponibilizados, executa e implementa as políticas públicas.

A saúde veio prevista na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, e a partir deste reconhecimento têm ocorrido notórios avanços no sentido de garantir sua

prestação universal no contexto brasileiro.

No entanto, ainda prevalece a pouca aplicabilidade desse direito à população, população esta que, buscando concretizar o seu direito fundamental à saúde, muitas vezes, tem recorrido às ações judiciais para o seu devido cumprimento. Por conseguinte, fica evidente que o anseio do Constituinte Originário não está sendo plenamente efetivado.

Esta é a realidade encontrada para os que necessitam dos cuidados fornecidos pelo Estado, principalmente os relacionados à saúde, como fornecimento de medicamentos e disponibilização de tratamentos médicos de alto custo.

A partir do momento em que a Constituição Federal proclama que as políticas públicas são instrumentos adequados para a realização dos direitos fundamentais, esta matéria, de índole constitucional, passa a ficar sujeita ao controle do Poder Judiciário.

Não se está aqui a afirmar que o Poder Judiciário, em face da alegação de ausência de recursos orçamentários e financeiros, pode disciplinar a realização dos direitos sociais dispondo sobre políticas públicas, o que importaria em cristalina violação ao princípio da separação dos poderes. O que se defende é que, em caso de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, é legítima a intervenção do Poder Judiciário quando os destinatários destes direitos invoquem que os mesmos sejam efetivados.

Desta forma, é necessário verificar e ponderar se os meios empregados pelos demais poderes estão sendo efetivos e adequados, cabendo ao Poder Judiciário a prerrogativa desta análise, com o objetivo de constatar se as previsões constitucionais estão realmente sendo realizadas.

Visando manter este equilíbrio, a Carta Magna constituiu o princípio da divisão dos poderes em seu artigo 2º, não podendo se olvidar que há tempos Aristóteles e Montesquieu, de acordo com suas lições clássicas, já proclamavam que este princípio é uno e indivisível.

José Afonso da Silva (2007, p. 108) assegura sobre o tema que:

Cumprido em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de Poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária. A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, que haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas.

Esta concepção se concentra em evitar o acúmulo de todas as atribuições em um único órgão, impedindo o despotismo e o arbítrio sobre as políticas públicas. Teoria esta,

idealizada nas obras de Charles de Montesquieu, “A Política” e “O espírito das Leis”.

Neste mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 560) nos esclarece que:

A teoria da separação dos poderes diz que, qualquer que seja a atividade estatal, esta deverá ser sempre precedida por normas no último tipo citado, isto é, normas abstratas e gerais, denominadas leis. Os atos concretos, ainda segundo a teoria ora exposta, só serão legítimos na medida em que forem praticados com fundamento nas normas gerais.

Realmente, em um primeiro momento, verifica-se que a legitimidade para a tomada de opções políticas para a concretização de políticas públicas, via de regra, é do Poder Executivo e Legislativo, faltando assim, legitimidade do Poder Judiciário para intervir neste particular.

Como esclarece Cláudio Pereira de Souza Neto (2003, p. 45) o Poder Judiciário teria legitimidade para concretizar os direitos sociais básicos, na inércia dos demais poderes:

Se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *munus* em relação ao controle de constitucionalidade.

Com efeito, existem certos direitos sociais que são condições essenciais à própria democracia, cabendo aos poderes estatais concretizá-los, sob pena de em não o fazendo ser legítima a intervenção do Judiciário para proporcionar a medida necessária ao caso.

Ora, o princípio da separação dos poderes deve ser interpretado à luz das demais disposições constitucionais, notadamente quanto ao papel do Estado de realizar os direitos sociais através da implantação de políticas públicas adequadas e efetivas. Na inércia, admite-se a interferência do Poder Judiciário para fiscalizar e restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

Nesse passo, cabe ao ente estatal desempenhar seu papel, exercendo as ações e prestações de saúde, buscando sempre o bem-estar e a justiça social com a devida efetivação dos direitos e garantias fundamentais à saúde, proporcionando o crescimento de uma ordem social acessível a todos.

O Estado, ao agir desta forma, estará realizando seu dever de garantir o direito à saúde de todas as pessoas, “e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua

promoção, proteção e recuperação” (artigo 196, CF), cumprindo as normas previstas em nossa Constituição Federal.

Problemática importante diz respeito à gestão dos recursos orçamentários - muitas vezes insuficientes - visto ser esta uma das principais razões do ente estatal para justificar a ausência de concretização dos direitos sociais. Pode-se sustentar que a prestação de direitos sociais por determinação do Poder Judiciário encontra limites de ordem orçamentária, surgindo aqui os assuntos envolvendo o “mínimo existencial” em contrapartida com a “reserva do possível”.

As defesas estatais fundamentadas no mínimo existencial e na reserva do possível atualmente justificam a falta de atendimento dos direitos sociais, em especial a falta de concreção do direito à saúde por parte do Estado, por não haver recursos financeiros satisfatórios para suprir as necessidades de toda a população.

Nessa vertente, convém ser observado que a Constituição Federal estabelece com clareza os direitos sociais que cada pessoa necessita para uma existência digna, que compreende o núcleo irredutível do princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto à saúde, contudo, o mínimo seria a garantia da própria vida e integridade física, independentemente de qualquer análise sobre a (in) suficiência dos recursos públicos.

Por outro lado, quanto ao problema da escassez de recursos, formulada sob a denominação de reserva do possível, é incontestável que as despesas advindas das decisões judiciais podem inviabilizar o atendimento dos projetos previamente planejados, pois os recursos públicos destinados ao atendimento das necessidades sociais de um setor atingiria os demais programas governamentais. Entretanto, com base nos elementos fundamentais que compõem o conceito de dignidade da pessoa humana, devem ser estabelecidas as prioridades orçamentárias para que o mínimo existencial seja adequado à reserva do possível.

Ana Paula de Barcellos (2001, p. 245-246) explica com propriedade a respeito da reserva do possível:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais

mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Em linhas gerais, um limite orçamentário e financeiro não pode ser absolutamente intransponível a ponto de impedir a concretização de direitos fundamentais, uma vez que estes podem superar os critérios meramente econômicos, conforme leciona Robert Alexy (2008, p. 512):

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que dele necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária a sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que as razões político-financeiras.

A idéia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º, da Constituição Federal, sintetiza a interpretação de que o orçamento deve instrumentalizar as políticas públicas, concretizando os valores fundamentais constantes do texto constitucional e não o contrário. Não podem as normas de cunho financeiro e orçamentário, que orientam a atuação estatal, se sobrepor a dignidade da pessoa humana, vida e saúde.

Desta maneira, o Estado está obrigado a fornecer o que se mostre necessário à sociedade, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser sua atribuição constitucional garantir uma vida digna com seus elementos básicos como saúde, moradia e educação. Caso não cumpra com sua obrigação, legítima a intervenção jurisdicional que garanta ao cidadão a devida prestação social.

O Poder Judiciário, contudo, ao apreciar as demandas individuais e coletivas relacionadas ao atendimento de prestações positivas, sempre observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deverá ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em consonância com as políticas públicas já implantadas, o mínimo existencial e a limitação dos recursos estatais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde no Brasil cresceu gradativamente e encontrou seu ápice com a

promulgação da Constituição Federal de 1988, ocasião em que foi alçado à categoria de direito fundamental, com acesso irrestrito e universal a todos os cidadãos. Por outro lado, há também a responsabilidade imposta à Administração Pública, cujos entes - União, Estados e Municípios - possuem a tarefa solidária de concretizar esse direito constitucionalmente previsto, mediante a criação e implantação de políticas públicas de prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, tudo dentro de um orçamento prévio e limitado.

O conceito de políticas públicas tem pertinência com metas coletivas, que exigem a realização de programas de ações governamentais pelos Poderes Públicos, buscando a concretização das disposições constitucionais. Através de políticas públicas é que devem ser realizados e garantidos os direitos sociais, levando-se em consideração as necessidades da coletividade e a disponibilidade dos recursos financeiros para tal desiderato.

A partir do momento em que a Constituição Federal estabelece que as políticas públicas são os instrumentos aptos à realização dos direitos fundamentais, atribui ao Judiciário o controle da matéria, face a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em cumprirem as disposições constitucionais.

Assim, e não se olvidando da grande evolução do tratamento à saúde, em diversas situações muitos possuem seus pedidos negados pela Administração Pública e aqueles que não têm o seu direito atendido acabam por se socorrer ao Poder Judiciário, na tentativa de obter o fornecimento ou disponibilização daquilo que é necessário à manutenção de sua vida.

Por esta razão, é crescente o volume de ações em trâmite perante os tribunais pátrios, que ilustra o fenômeno crescente da judicialização da política, levando à interferência do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo, mediante a análise da constitucionalidade de suas ações e decisões.

Realmente existem posicionamentos no sentido que o Estado deve fornecer ao cidadão o “mínimo existencial” e que os recursos financeiros e orçamentários são restritos e devem ser disponibilizados sob a ótica da “reserva do possível”, sem se colocar em risco a segurança das relações institucionais, as políticas públicas e os máximos interesses sociais, que devem estar pautados na igualdade e universalidade, sob pena de desequilíbrio social e econômico.

A dignidade da pessoa humana, entretanto, é o princípio norteador de todos os demais, e, em sendo direito fundamental prioritário, merece prevalecer sobre qualquer outra atuação da Administração Pública, não podendo ser compreendido simplesmente como fornecimento do mínimo necessário à existência ou à sobrevivência.

Dessa forma, não se afigura correto que o Poder Judiciário se abstenha de analisar as

necessidades dos cidadãos, sob o fundamento de escassez de recursos públicos, que já há políticas públicas implantadas na área da saúde, que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular e, pior, que referidas decisões judiciais violam os princípios da universalidade do atendimento e integralidade no acesso, prejudicando os demais programas governamentais.

Indubitavelmente se mostra necessária esta atuação judicial, senão como forma de se garantir a satisfação dos direitos considerados como fundamentais à dignidade humana, precipuamente nos casos em que a Administração Pública não consegue atingir esses objetivos.

Inobstante a isso, o que se nota atualmente é que estão sendo judicializadas questões demais, partindo-se do princípio que tudo deve ser judicializado em matéria de políticas públicas, transferindo grande parte dos recursos que seriam dispensados em programas institucionalizados para o cumprimento de decisões judiciais, o que não se afigura correto.

Por conseguinte, para a própria preservação do sistema jus-político, algumas questões merecem ser mais bem refletidas, tanto pelos jurisdicionados quanto pelos membros do Poder Judiciário, a fim de que seja abandonada a ilusão que o mundo cabe no processo, pois não cabe. A decisão judicial é uma resposta possível, mas não a única.

Deve, de fato, prevalecer o juízo de ponderação, avaliando-se a situação fática sob a ótica da proporcionalidade e razoabilidade, com a qual se poderá alcançar um resultado equânime, justo e que espelhe o real interesse público, com fundamento e justificação extraídos nas disposições constitucionais e nas garantias ligadas aos direitos de proteção à vida e à saúde.

A judicialização das políticas públicas tem-se mostrado, em última análise, o remédio necessário para os males atuais da nossa sociedade, minimamente digna, justa e igualitária. Entretanto, é uma solução, mas não perfeita, nem ímpar, que como todo remédio deve ser dosado e utilizado com cautela, com prescrição inicial e final, para tal como o paciente não se tornar fraco e dependente.

6. REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Jurídica Unijus. Uberaba, n. 15, v. 11, 2008.

_____. **O Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: MaxLimonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Coord.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951610>.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAGALHAES, José Luiz Quadro. **Direito Constitucional. Curso de Direitos Fundamentais**. 3ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STF- Pleno- MS nº 22.164/SP- Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Seção I, 17 nov. 1995.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é invenção de alguns? **Revista Consultor Jurídico**, 13 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Direitos coletivos latu sensu: A definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos**. Disponível em < <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>>.