XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE II

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos Sociais, Políticas públicas e Seguridade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Frederico Thales de Araújo Martos; José Sérgio Saraiva; Yuri Nathan da Costa Lannes. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-816-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas públicas e seguridade. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE II

Apresentação

O XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), em parceria com a Universidade Federal de Goias, entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023, apresentou como temática central "Derecho, democracia, desarrollo y integración". Esta questão suscitou intensos debates desde o início e, no decorrer do evento, com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que presenialmente ocorreram.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados como artigos no Grupo de Trabalho "DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE II", realizado no dia 14 de outubro de 2023, que passaram previamente por no mínimo dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido produzidos na temática central do Grupo de Trabalho.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil e Argentina, com temas que reforçam a diversidade cultural e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes, a exemplo do sistema de saúde brasileiro e argentino, dos direitos sociais, e políticas públicas para garantia de direitos fundamentais de cidadania, diversidade e dignidade da pessoa humana.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela inestimável contribuição e desejamos a todas e todos uma proveitosa leitura!

José Sérgio Saraiva - Faculdade de Direito de Franca - FDF

Frederico Thales de Araújo Martos - Faculdade de Direito de Franca - FDF

Yuri Nathan da Costa Lannes - Faculdade de Direito de Franca - FDF

O DILEMA DA ASCENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS AO STATUS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: UM ESTUDO RELATIVO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

THE DILEMMA OF THE ASCENSION OF SOCIAL RIGHTS TO THE STATUS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL: A RELATIVE STUDY ON THE ESTABLISHMENT OF THE RIGHT TO HEALTH

Clara Rodrigues de Brito [1]
Luciana Machado Cordeiro [2]
Sergio Victor Tamer [3]

Resumo

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos sociais passaram a repercutir, fortemente, na seara internacional, gerando diretrizes mínimas para um Estado Democrático de Direito. No Brasil, a ampla institucionalização desses direitos foi positivada na Constituição de 1988, proclamada como marco jurídico de transição democrática, sendo, responsável pela ascensão dos direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais. Entretanto, há algumas divergências e lacunas para a concretização desses direitos no plano fático, sobretudo do direito fundamental à saúde. Considerando-se essas incongruências de implementação e concretização do direito à saúde no Brasil, apresenta-se o seguinte problema: em que medida a relativização dos direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, violam o discurso de bem-estar e justiça-social, implementados pela Constituição brasileira? Para buscar as possíveis respostas, utilizou-se o método dedutivo, assentado em análise de material bibliográfico com abordagem qualitativa, tendo como objetivo aprimorar ideias por meio de informações indexadas sobre a presente temática. Concluiu –se que é equivocada a percepção de que os direitos sociais possuem caráter normativo meramente programático. Nesse sentido, a relativização do direito à saúde deve observar os critérios legais, haja vista que os direitos sociais são reconhecidos como pilares do conjunto que compõe o mínimo existencial. Quanto à subsunção das decisões judiciais que envolvem o direito à saúde, concluiu-se que devem ser ponderadas mediante o caso concreto. Já a aplicação do Princípio da Reserva do Possível, deve ocorrer a pedido do Estado e respaldado pelas provas que comprovem a incapacidade orçamentária do Poder Público.

---

[1] Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR; Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR; Coordenadora e Docente do núcleo de Pós-graduação Lato Sensu da SVT Faculdade.

[2] Doutoranda e Mestranda em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR; Mestre em Direito pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique – UPT.

[3] Pós-doutor em Direito pela Universidade Portucalense; Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca – Espanha; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Pernambuco; Diretor Executivo da SVT Faculdade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito à saúde, Direitos sociais, Princípio da reserva do possível, Relativização do direito à saúde

Abstract/Resumen/Résumé

With the advent of the Universal Declaration of Human Rights, social rights began to have strong repercussions in the international arena, generating minimum guidelines for a Democratic State based on the rule of law. In Brazil, the broad institutionalization of these rights was made positive in the 1988 Constitution, proclaimed as a legal framework for democratic transition, being responsible for the rise of social rights to the level of fundamental rights. However, there are some divergences and gaps for the realization of these rights in fact, especially the fundamental right to health. Considering these inconsistencies in the implementation and realization of the right to health in Brazil, the following problem arises: to what extent does the relativization of social rights, especially the right to health, violate the discourse of well-being and social justice, implemented by the Brazilian Constitution? The deductive method was used, based on bibliographic material with a qualitative approach. It was concluded that the perception that social rights have a merely programmatic normative character is wrong. The relativization of the right to health must observe legal criteria, given that social rights are recognized as pillars of the set that make up the existential minimum. As for the subsumption of judicial decisions involving the right to health, it was concluded that they should be considered according to the specific case. The application of the Principle of Reserving the Possible, must occur at the request of the State, based on evidence that proves the budgetary incapacity of the Public Power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Social rights, Fundamental rights, Principle of reservation of the possible, Relativization of the right to health

INTRODUÇÃO

Com o crescimento e evolução da sociedade, surgem alterações de paradigmas sedimentados em seus modelos e organizações. Partindo desse desejo de mudança para atender as demandas latentes, vão se desenhando novos contornos de positivação e agregação de novos direitos. Nesse sentido, os movimentos sociais ocorridos no século XX são responsáveis por lapidar os valores necessários para resguardar direitos capazes de garantir uma existência digna para os indivíduos que compõem a sociedade.

No Brasil, o marco de positivação de tais direitos, são oriundos dos movimentos de redemocratização ocorridos na década de 1980, dando ensejo à nova Lei Fundamental de 1988. Embora doutrinariamente se classifiquem os direitos fundamentais em dimensões, deve-se ressaltar que os direitos sociais carregam consigo elementos essenciais para garantir a concretização das liberdades individuais.

Nesse cotejo, a dignidade da pessoa humana consiste na chave que (re)liga todas as dimensões dos direitos fundamentais, embora os direitos de primeira geração se concretizem por meio da abstenção do Estado, os direitos de segunda geração denominados direitos sociais necessitam de uma atuação positiva do Estado para que possam ser concretizados.

Partindo dessa premissa, a temática proposta visa trabalhar o seguinte problema de pesquisa: em que medida a relativização dos direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, violam as diretrizes estabelecidas pelo discurso de bem-estar e justiça-social, implementados pela atual Constituição brasileira?

Para validar as hipóteses pretendidas neste artigo, utilizou-se o método dedutivo, assentado em análise de material bibliográfico com abordagem qualitativa, tendo como objetivo aprimorar ideias por meio de informações indexadas sobre a presente temática.

O presente estudo se justifica em razão das divergências entre as formas de interpretação da eficácia normativa oriunda dos direitos sociais, especialmente, as normas oriundas do direito à saúde, pois a dialética presente na legislação vigente no Brasil demanda um estudo hermenêutico integrado que não permite a restrição de direitos de forma ilimitada, já que o próprio sistema jurídico apresenta os meios para solucionar tais demandas.

Nesse sentido, o primeiro tópico abordou o panorama histórico de evolução dos direitos sociais, remontando os anseios da população oriundas dos movimentos de constitucionalização desses direitos, especialmente o direito à saúde. No segundo tópico, trabalharam-se as premissas das leis voltadas à saúde, bem como as fontes de custeio para garantir as ações em saúde no Brasil. No terceiro tópico, abordaram-se as questões inerentes sobre a subsunção das

decisões judiciais no contexto da saúde, bem como apresentaram-se os limites a serem observados pelo magistrado, nos moldes instituídos pelo ordenamento brasileiro.

Por fim, apresentaram-se as considerações finais oriundas da pesquisa em voga, tendo como esteio o direito posto, bem como as aplicações dos princípios e valores socialmente compartilhados pela Constituição Federal de 1988. Destaca-se que o presente estudo não contemplou as questões que envolvem a saúde suplementar, já que está se aperfeiçoa por meio de contratos privados de prestação de serviço sob o manto da regulação do Estado e por meio da Agência Nacional de Saúde, sendo aplicadas a essa relação normas específicas.

1. O DILEMA DA ASCENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS AO *STATUS* DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

No atual contexto de evolução histórica que a sociedade se encontra, os direitos sociais são produtos dos resultados obtidos das revoluções ocorridas no século XX. Assim, tanto a Revolução Industrial quanto a Revolução Francesa tiveram um papel fundamental para o nascimento do Estado Social de Direito.

As animosidades oriundas dos conflitos entre capital e trabalho provocaram uma severa mudança estrutural na esfera pública mundial, bem como uma radical mudança na conduta de diversos Estados, alterando, assim, um papel abstencionista oriundo de uma era extremamente liberal. Essa quebra de paradigma deu ensejo a ações estatais mais intervencionistas em prol de um Estado voltado às demandas sociais latentes (PIOVESAN, 2017).

O surgimento desse novo comportamento estatal ensejou diversos marcos históricos — ao decorrer do século — que influenciaram o comportamento mundial, a exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos que sedimentou os direitos sociais como parte estrutural do Estado Democrático de Direito. Ainda nessa sequência, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais datado de 1966, que ratificou a magnitude dos direitos sociais no âmbito internacional, afiançou a necessária observância do Estado em relação à persecução da igualdade material e realização da justiça social/distributiva, especialmente, em prol dos mais vulneráveis (RAMOS, 2019).

Destaca-se que a Constituição do México de 1917, bem como a Constituição da Alemanha de 1919, tiveram um papel fundamental para consagração dos direitos sociais no cenário internacional, pois a soma desses episódios a outros fatores históricos supranarrados fomentou um discurso internacional mais preocupado com os direitos do homem em todas suas

dimensões, o que culminou na positivação dos direitos sociais em diversos ordenamentos jurídicos (FERNANDES, 2020).

O principal objetivo do reconhecimento dos direitos sociais ocorre em decorrência do anseio de proporcionar para todas as pessoas condições materiais mínimas para que possam gozar das liberdades individuais. Nesse Cotejo, Daniel Sarmento (2006, p.62) afirma: "que com o advento do Estado Social, houve o reconhecimento da necessidade de intervenção estatal, mediante a formulação de políticas públicas especialmente voltadas para as proteções dos mais vulneráveis, socialmente falando".

Embora os direitos sociais sejam retratados como direitos de segunda geração, em que se necessita uma atuação positiva por parte do Estado, deve-se ressaltar que eles são indispensáveis para o exercício de outros direitos que possuem como matriz a dignidade da pessoa humana.

Isso porque a dignidade da pessoa humana é a chave que liga e religa todas as dimensões dos direitos humanos, e é a partir dela que todos os direitos ganham o escopo estrutural para que possam ser reclamados. Cruzando essa lúcida linha, percebe-se que os direitos sociais fazem parte do conjunto ao mínimo existencial (HABERMAS, 2010).

O preâmbulo da atual Constituição brasileira traz consigo um conjunto de enunciados normativos que estabelecem os valores, objetivos, justificativas e ideais positivados pelo nosso constituinte originário que iluminam o viés interpretativos dos anseios do povo brasileiro. Assim, enaltece que:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL; CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, p.01).

Destaca-se que o próprio preâmbulo da Constituição 1988 determina que o exercício dos direitos sociais são pilares para o gozo dos direitos individuais (já que os direitos sociais são escriturados à frente dos individuais). Nesse sentido, é completamente equivocada a percepção de que os direitos sociais possuem caráter normativo meramente programático, mesmo que tal percepção tenha vigorado durante muitos anos no Brasil (BARROSO, 2020).

Graças ao caráter histórico dos direitos humanos, entendeu-se que as normas fundamentais são espelhadas nele. Logo, devem ser adaptáveis à evolução dinâmica da

sociedade. Assim, o Estado-Juiz passou a interpretar o texto constitucional à luz da Teoria dos Direitos Sociais Fundamentais. Segundo Clenio Schulze (2014, p.161), “os valores constitucionais plasmados na dignidade da pessoa humana, na fundamentalidade, na universalidade, na inalienabilidade, na historicidade e na aplicabilidade imediata dos direitos ensejaram a mudança de perspetiva”.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2013, p.515-516) afirmam que “estes direitos são espécies de direitos humanos que apresenta como requisito para sua concretização, a exigência de intermediação dos entes estatais, quer na realização de uma prestação fática quer na realização de uma prestação jurídica”.

Nessa toada, não há dúvida quanto à eficácia normativa de tais direitos, ademais o próprio texto constitucional é límpido sobre essa problemática. Nesse cotejo, segundo Mendes e Gonet (2013, p.692):

> Atualmente, a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos sociais no artigo 6º, especificando seu conteúdo e forma de prestação em outros dispositivos, como, por exemplo, os artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros. Como também não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais (Capítulo II, do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias têm aplicação imediata (art. 5§1º da CF/88). Vê-se, pois, que os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais.

Conquanto a doutrina seja categórica ao afiançar que a atuação estatal é indispensável para efetivar as políticas de garantia dos direitos sociais, visa preservar condições mínimas de subsistência e qualidade de vida à população. A concretização de tais direitos é sempre uma tensa questão nas esferas dos Poderes brasileiros (BRITO; SILVA; ROSSIGNOLI, 2023).

Isso porque, ao ultrapassar as questões normativas de interpretação dos direitos sociais, o nosso sistema se depara com outra preocupante questão trazida pelo elemento racionalizador do custeio dessas ações. Perante tais observações, pode-se assegurar que os direitos sociais, há tempos, são tratados com a mesma importância dos direitos fundamentais de primeira geração, gozando do mesmo tratamento normativo.

Nada obstante, o grande dilema dos direitos sociais não se refere ao grau de eficácia normativa que suas positivações possuem, mas sim, a uma questão de custeio dessas ações. Atualmente, um dos maiores problemas dos direitos sociais no Brasil recai sobre o direito à saúde, isso porque, no Brasil, o texto constitucional assegura que tal direito deve ser desempenhado satisfatoriamente, respeitando a necessidade de cada pessoa (QUEIROZ, 2011).

Sobre essa afirmação recai outro dilema relativo à aplicação do Princípio da Reserva do possível, que, por sua vez, se choca com a garantia plena do direito à saúde, porque, segundo o ordenamento brasileiro, "o direito à saúde faz parte de um conjunto de premissas fundamentais ao mínimo existencial" (BRANCO; MENDES, 2020. p. 518). Estruturando esses pontos de tensões presentes no nosso sistema normativo, os tópicos a seguir abordarão os limites e parâmetros do direito à saúde, positivado no ordenamento brasileiro.

2. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: composição legal do Sistema Único de Saúde – SUS e custeio

O conceito de saúde é entendido como um enunciado aberto, considerando que ele sofre mutações conforme a dinâmica complexa do entendimento de bem-estar da sociedade. Isso porque a ideia de saúde não é limitada à ausência de enfermidades. Partindo, dessa concepção, a Organização Mundial de Saúde – OMS define saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades" (OMS, 1946).

No Brasil, o direito à saúde está sedimentado com um direito fundamental de ordem social. Nesse sentido, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 determina que "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" (BRASIL, 1988. p.111). Entretanto, a garantia do direito à saúde não se exaure somente nesse artigo, estando espalhado por diversas partes do ordenamento jurídico brasileiro, sobre formas de princípios, normas e recomendações.

Os princípios e orientações informadoras das políticas públicas, voltadas à saúde estão estabelecidas no corpo do texto constitucional brasileiro nos artigos 194, 196 e 198, além de sedimentadas no artigo 7º da Lei n. º 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde – LOS). Tais dispositivos trazem consigo as orientações inerentes às prestações dos serviços de saúde, bem como determinam a organização federativa do Sistema Único de Saúde – SUS em todo o país.

O artigo 7º da Lei Orgânica da Saúde prescreve que as ações e serviços públicos, voltados à saúde, asseguram que tais serviços devem ser implementados pelo Poder Público ou sob sua tutela. Nessa esteira, os serviços de saúde têm de ser desenvolvidos nos moldes estabelecidos pelo dispositivo 198, da Constituição brasileira, devendo, portanto, observar todos os princípios que dele emana.

A Constituição brasileira não deixou clara a diferença entre as diretrizes e os princípios fundamentais do SUS. Entretanto, há consenso doutrinário de que os dois constituem

mecanismos norteadores para sustentar a coordenação e sistematização dos serviços e ações da saúde, já que o Sistema Único de Saúde – SUS, em linhas gerais, compõe-se de vários arranjos associativos, cuja a finalidade comum consiste em prover e resguardar o bem-estar e saúde da população (RAMOS, 2019).

Para sanar tal lacuna, a doutrina estabeleceu as diferenças e relevâncias entre os princípios e as diretrizes do SUS. Nesse sentido, entendem que as diretrizes estão arroladas no artigo 198 da Constituição Federal, assentadas na descentralização e integralidade, na assistência e participação da comunidade, também apresentam as premissas críticas a serem analisadas pelas três esferas do Poderes Públicos, enquanto os princípios estão positivados no artigo 194 da Carta Política brasileira de 1988 (FIGUEIREDO, 2015).

Do mesmo modo, o parágrafo único do artigo 194 estabelece ao Estado brasileiro um conjunto de metas com a finalidade de orientar e vetorizar as ações a serem desenvolvidas na seara das políticas públicas em saúde, delimitando, inclusive, a atuação discricionária do poder público. A conjunção entre os princípios e diretrizes informadores do Sistema Único de Saúde são indispensáveis para a eficiência e fortalecimentos das ações em saúde em todo território nacional.

Partindo dessa premissa, destaca-se que o conjunto desses princípios integrativos do SUS são divididos em oito elementos: a saúde como direito, a universalidade, a integralidade, a equidade, a resolutividade, humanização do atendimento, a intersetorialidade e a participação da comunidade (RAMOS, 2019).

O Princípio da Saúde como direito visa ressaltar que ela é uma garantia fundamental inerente a qualquer ser humano, tendo a Constituição o instituido como dever de o Estado assegurar e fornecer o esteio para garantir seu exercício. Tal garantia deve ser implementada por meio de programas socioeconômicos que possam garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde. Assim, tais políticas devem pautar a proteção e recuperação da saúde comunitária tanto na seara individual quanto na coletiva.

O Princípio da Universalidade está positivado no artigo 194, I e no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Do mesmo modo, preconizado, no artigo 7, I e IV, da Lei n.º 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde). Esse princípio destaca que a saúde é inerente a todos. Portanto, o acesso a ela deve ser universal e igualitário.

Germano Schartz acentua que “todo cidadão tem direito de ser atendido pelo SUS, pelo simples fato de ser cidadão, respeitando-se sua autonomia individual de ser atendido fora de tal sistema caso essa seja sua decisão” (SCHWARTZ, 2001. p. 22). Tal assistência deve ocorrer independentemente de qualquer pré-requisito contratual, como seguro privado de saúde.

Por sua vez, o Princípio da Equidade traz consigo a igualdade material prevista na assistência à saúde, e assim, deve haver a priorização das ações em saúde, com base nas condições avaliadas das características inerentes aos grupos da população a que ela se aplica. Tais critérios serão sempre estabelecidos nos moldes instituídos pelo Poder Público, em qualquer nível de gestão, o que significa que as prestações serão iguais nas medidas das suas desigualdades (FLEURY, 1997).

Já o Princípio da Integralidade se encontra estabelecido no artigo 98, II, da Constituição do Brasil de 1988, como também no inciso II, do artigo 7 da LOS. Esse princípio determina que "a integralidade em saúde é uma ação social que resulta da interação democrática entre os atores no cotidiano e de suas práticas na oferta do cuidado de saúde nos diferentes níveis de atenção do sistema da saúde" (ALVES et al, 2017. p.166).

Assim, o atendimento dos usuários deve ser realizado de forma integral, devendo-se observar não apenas o organismo doente, mas a pessoa humana, em toda sua plenitude. A integralidade deve, portanto, ser entendida como um princípio que atravessa diferentes níveis de debates sobre as práticas no setor de saúde. Nesse sentido, cabe ao gestor, ao profissional de saúde e a toda a rede conectada observar, atentamente, as reais necessidades da comunidade.

Já o Princípio da Resolutividade se debruça sobre a eficiência e a aptidão de resoluções das políticas e serviços de saúde, o que consiste na prestação de amparo integral, eficaz e contínuo à população. Desse princípio emana o mapeamento estratégico para que o Poder Público possa intervir, de forma eficiente, nas causas e fatores de risco, buscando, de forma continua, novos métodos e conhecimentos aplicáveis à seara da saúde (VILLAS-BÔAS, 2014).

O Princípio da Intersetorialidade está atrelado ao desenvolvimento das ações integradas do serviço de saúde, conjuntamente aos outros órgãos, para articular programas e políticas voltados à saúde, cuja execução possa compreender áreas não contemplada pelo SUS, potencializando ao máximo seus recursos materiais, financeiros e tecnológicos disponíveis na rede pública de saúde, evitando, assim, o gasto desnecessário ou duplicidade de meios para os mesmos fins, decorrente dele a ideia de complemento e máxima eficiência do uso de aparatos da máquina pública (VILLAS-BÔAS, 2014).

O Princípio da Humanização do atendimento refere-se à perspetiva de empatia e cuidado que o profissional de saúde deve ofertar à população, buscando atender os valores decorrentes do direito à vida, representando o fortalecimento do SUS, além de reverberar o sentimento oriundo do processo de repactuação democrática advindo da Constituição Federal brasileira de 1988.

Esse princípio articula-se à ideia democrática de divisão e participação dos fatores que compõem o sistema de saúde, havendo uma corresponsabilidade entre os agentes públicos, usuários e a sociedade, para que ambos estabeleçam um vínculo solidário de participação coletiva no processo de gestão e efetivação do SUS (CERQUEIRA, 2017).

Por fim, em relação ao Princípio da Continuidade, que se encontra no artigo 198, III da Constituição Federal do Brasil de 1988, a população deve participar do planejamento, execução e fiscalização dos recursos públicos destinados ao setor público de saúde. Tal participação deve ocorrer por meio de representantes da sociedade civil, que podem apresentar suas análises e tecer propostas destinadas a dar mais resultados positivos no emprego das políticas públicas em saúde oriunda do SUS.

Essa manifestação de participação da sociedade traz um viés democrático enaltecido pelo ordenamento brasileiro. Ademais, é indispensável lembrar os ensinamentos trazidos por Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008 a, p. 171):

> Trata-se da densificação de uma especial dimensão dos direitos fundamentais, que, no contexto dos direitos a prestações em sentido amplo, atuam como direitos de participação na organização e no procedimento, evidenciando a faceta democrático-participativa, *in casu*, do direito à saúde, a retomar a idéia de um *status activus processualis*, tal qual defendida, desde há muito, por Peter Häberle. Por meio da participação direta (ainda que admitidas eventuais limitações de ordem concreta), a Constituição assegura que os próprios indivíduos interajam no processo de definição das políticas públicas de saúde, intervindo sobre o que será a efetivação desse direito fundamental, além de posteriormente exercerem o controle social sobre essas mesmas ações.

Os princípios gerais de integração do Sistema Único de Saúde têm por finalidade irradiar o sentimento constitucional emanado do poder constituinte, no momento da elaboração do imperativo normativo. Tal premissa visa estabelecer parâmetros para o alcance pretendidos pela norma no momento da sua elaboração.

Assim, cabe ao Poder Público e às diversas camadas da esfera pública garantir a efetividade dos princípios integrativos do Sistema Único de Saúde, desenhado pelo constituinte brasileiro que, ao ingressar no nosso ordenamento, passa a produzir todos os efeitos legais, ainda que necessite de normas complementares que garantam a plenitude de sua eficácia (KELSEN, 1986).

Por outro lado, não se pode deixar de abordar os princípios informadores do Sistema Único de Saúde, também conhecidos como diretrizes do SUS. E, apesar das duas terminações estarem corretas, para fins didáticos, será adotada neste artigo a nomenclatura diretrizes do

SUS, considerando-se que ficará mais clara a distinção entre os princípios gerais integrativos e os princípios informadores do SUS.

Desse modo, as diretrizes (princípios informadores) que norteiam o sistema informativo do Sistema Único de Saúde se dividem em cinco: a descentralização, hierarquização, regionalização, financiamento e controle social. Destaca-se o fato de que elas possuem um viés mais técnico e orientado à organização e atuação do SUS, diferentemente dos princípios integrativos que buscam um ideal quase que abstrato estabelecidos por sentimentos constitucionais que necessitam de leis complementares para produzirem todos seus efeitos. Já as diretrizes funcionam como mecanismos que auxiliam os princípios integrativos a ganharem corpo, pois, por meio delas, ocorre a real efetivação do direito à saúde por meio da atuação do SUS, ainda que de modo pouco satisfatório.

Assim, a diretriz da descentralização, prevista no artigo 194, inciso VII e 198 nos incisos I e III da CF/1988, culminados com o artigo 7º, IX, "a", da Lei Orgânica da Saúde, determina as atribuições e o exercício voltado à política de saúde de maneira democrática, com a redistribuição das responsabilidades pelas ações e serviços de saúde a serem desempenhados pelas três esferas da federação brasileira: pelo ente federal, estadual e municipal (PINAFO; CARVALHO; NUNES, 2006. p. 1506)

É importante destacar que as alocações e decisões devem, preferencialmente, ser tomadas pelo município, isso porque ele constitui o ente mais próximo da população, sendo, portanto, o primeiro ente federado a tomar ciência das demandas reais de saúde local, aumentando, consequentemente, a probabilidade de sanar ou minimizar o problema.

A diretriz da hierarquização representa a definição dos graus de complexidade para a atenção da população, obedecendo os critérios geográficos (regionalização) para cobertura da rede pública de saúde, em que a atenção básica deve absorver a maior demanda de forma seletiva, encaminhando os casos mais graves para os serviços responsáveis por tratar as demandas mais complexas (FLEURY, 1997).

A regionalização é a diretriz responsável pela disposição do serviço de saúde, responsável por garantir o acesso à população a todas as categorias de serviços, que consiste na rede descentralizada e hierarquizada, visando garantir à população uma rede de saúde organizada com base na classificação de atenção, que será definida em baixa, média e alta complexidade (PINHO, 2012).

Sobre essa regionalização, Guido de Carvalho e Lenir Santos afirmam que "isso não significa apenas distribuir, especialmente, os serviços, mas, também e sobretudo, organizá-los

com indispensável suporte técnico e de recursos humanos, com suficiência de recursos e poder decisório definido" (CARVALHO, 1995 a. p. 56).

Considerando essa afirmação, surge a quarta diretriz do SUS, que consiste no financiamento, cabendo esclarecer que o Sistema Único de Saúde é custeado pela Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes positivadas em lei, como as contribuições, doações, donativos, alienações patrimoniais, taxas, multas, emolumentos, entre outras elencadas não somente no artigo 32 da Lei Orgânica da Saúde, bem como na legislação extravagante do ordenamento brasileiro (CARVALHO; SANTOS, 2006).

Por fim, a quinta diretriz do SUS consiste no controle social, o que significa dizer que o SUS permite que a sociedade possa interagir com o Poder Público, ajudando o planejamento estratégico das políticas de saúde, fixando suas prioridades, ajudando a definir a utilização dos recursos e fiscalizando a execução do planejamento das políticas estabelecidas (PINAFO CARVALHO; NUNES, 2016).

Destaca-se que, além dos princípios fundamentais do SUS, há diversos princípios complementares, tais como:

> O artigo 7º da Lei da Orgânica da Saúde, traz em seu corpo outros princípios complementares, tais como: a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, elegendo para si o procedimento mais eficaz para a preservação da saúde. (BRASIL, LEI N.º 8.080/1990, ART. 7, III); o direito à informação das pessoas assistidas sobre sua saúde. (BRASIL, LEI N.º 8.080/1990, ART. 7, V); a divulgação de informação quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário. (BRASIL, LEI N.º 8.080/1990, ART. 7, VI); a utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades na alocação de recursos e orientações programáticas. (BRASIL, LEI N.º 8.080/1990, ART. 7, VII); a integração ao nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento. (BRASIL, LEI N.º 8.080/1990, ART. 7, X); a conjunção de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, Estados e Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população. (BRASIL, LEI N.º 8.080/1990, ART. 7, XI); a capacidade de resolução dos serviços em todos os graus de assistência ao nível da complexidade. (BRASIL, LEI N.º 8.080/1990, ART. 7, XII); e a organização dos serviços de saúde de modo a evitar a duplicidade de meios para fins idênticos (FIGUEIREDO, 2015. p. 131).

Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde – SUS corresponde a uma estrutura hierarquizada e regionalizada, nos moldes dos princípios da igualdade, integralidade e participação coletiva, isso implica asseverar que tanto os serviços executados diretamente pelo Poder Público ou por meio das contratações e convênios, firmados com terceiros ou particulares, devem observar tais princípios.

Além disso, o Sistema Único de Saúde – SUS constitui uma estrutura de ação social integrada e descentralizada de natureza constitucional, motivado a defender o direito à saúde como premissa intrínseca do direito à vida. Nesse sentido, é possível abranger as demais premissas que garantem o patamar civilizatório mínimo para uma vida digna

2.1. Fontes de Custeio do Sistema Único de Saúde –SUS

Quanto ao custeio e à repartição de competências entre os entes federados para a promoção da saúde pelo Sistema Único de Saúde –SUS, destaca-se que o Brasil possui 5.561 municípios em seus 26 estados, boa parte não possui condições de ofertar as políticas de ações e serviços indispensáveis para prover a saúde de sua população. Em decorrência desse cenário, o SUS é sistematizado em estruturas regionais, buscando contemplar a cobertura e atendimento integral para a população.

Nesse sentido, atualmente, a hierarquia abordada no dispositivo 198 da Constituição Federal se concretiza por meio do planejamento conjunto elaborado pelos entes federados, juntamente à "participação do Ministério da Saúde (representado o governo Federal), Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Conass (representando os estados-membros) e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – Conasems (representando os municípios)" (BRITO; SILVA; CARMO, 2021. p. 95).

Logo, por imperativo do dispositivo 23, II e IX da CF/1988, os entes federados gozam de competência concorrente para promover a saúde, assistência pública, além de promover programas de saneamento básico. Entretanto, cabe à União elaborar diretrizes de caráter geral, e aos estados-membros a competência suplementar, conforme o inciso XII, §§ 1º, 2º e 3º do artigo 24 da Constituição brasileira.

Já a competência municipal não foi positivada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo sido consagrada somente após a promulgação da Lei Orgânica da Saúde de 1990, em que o artigo 18 estabeleceu as políticas de competência do município, que consistem em editar normas suplementares de interesse local para promover a saúde da população (DALLARI, 2003).

As atuações dos entes federados para a promoção de saúde são desenvolvidas com base nos planejamentos aprovados nas reuniões entre o Ministério da Saúde, os Conselho Nacional de Secretários de Saúde, e os Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, e implementados por seus órgãos. Na esfera federal, pelo Ministério da Saúde; na estadual, pelas Secretarias Estaduais; e nos municípios, pelas Secretarias Municipais.

No que se refere à forma de custeio, a Constituição Federal de 1988 esclarece que os entes federados financiam o Sistema Único de Saúde – SUS, e que ambos devem gerar receitas necessárias para esteio dos gastos com ações e serviços públicos de saúde. Tal modelo, contudo, tem apresentado diversos embates decorrentes da política de austeridade fiscal adotada pelos últimos governos.

As limitações orçamentárias para o setor, principalmente sobre a ausência de recursos suficientes nos municípios, têm se tornado um entrave para superar tal questão. Graças a esses impasses, os debates sobre o custeio e atuações do SUS estão sempre presentes nos movimentos políticos e sociais na defesa da saúde no país.

Os percentuais de investimento financeiro da União, dos Estados e dos Municípios para o SUS são decididos nos moldes da Lei Complementar n.º 141/2012. Logo, aos municípios e Distrito Federal cabem, no mínimo, 15% da arrecadação geral para a saúde. Aos estados-membros, o valor percentual é de 12%. Quanto à União, o valor deve observar uma equação composta pelo montante escriturado em relação ao exercício financeiro anterior, somado ao valor correspondente à variação do Produto Interno Bruto do ano anterior à apresentação do plano da Lei Orçamentária Anual – LOA (PINHO, 2012).

Diante do exposto, o direito à saúde no Brasil somente pode ser efetivado mediante as escriturações contábeis ligadas, intrinsecamente, à arrecadação com o propósito de promover tal custeio. Essa imposição dos parâmetros legais, estabelecidos pela responsabilidade fiscal, fomenta condutas governamentais utilitaristas, fundamentadas na segurança jurídica e no mau emprego do instituto da reserva do possível.

3. DIREITO À SAÚDE E ORÇAMENTO: uma análise sobre a difícil subsunção das decisões judiciais

Uma das características marcantes do atual sistema jurídico brasileiro é a complexidade gerada pelo seu aspecto rígido e prolixo em decorrência do grande número de princípios, leis, portarias, atos normativos, recomendações etc. Inevitavelmente, as somas desses fatores geram ocorrência de antinomias reais e aparentes.

Antes de adentrar na subsunção das decisões judiciais relativas ao direito à saúde, faz-se necessário analisar que no Brasil o sistema jurídico tem como base a interpretação da norma à luz da constituição. Nesse sentido, a Constituição Federal constitui o pilar estrutural do ordenamento. Portanto, toda e qualquer norma deve observar os parâmetros estabelecidos por ela, sob pena de inconstitucionalidade.

E embora os textos normativos não consigam prever todas as condutas e demandas da sociedade, pode-se assegurar que o ordenamento jurídico brasileiro possui orientações claras para o enquadramento dos *hard cases*, ou seja, existem critérios pré-estabelecidos que devem ser observados[1].

Tais critérios emanam da nossa estrutura formal e material, permeados pelos preceitos fundamentais por meio do conteúdo axiológico expresso na constituição, havendo uma "clara divisão entre o direito e a moral, entre a validade e justiça, entre o 'ser' e o 'dever ser' do direito" (FERRAJOLI, 2006. p.436). Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro traz consigo a positivação dos valores morais socialmente compartilhados por meio dos princípios jurídicos que emolduram nosso sistema normativo (ZANON JUNIOR, 2015).

Dessa forma, o garantismo jurídico deve estar presente nessa composição, isso porque não adianta possuir a declaração positivada dos devidos direitos, mas também a garantia de fruição desses direitos. A atuação garantista do judiciário tem, por fim, resguardar as promessas não cumpridas pelo ordenamento jurídico, quando este não observar as escriturações normativas, ou seja, o direito posto.

Contudo, é muito comum a confusão do termo ativismo judicial e a judicialização. Existe uma clara diferença entre eles. Dessa forma, o primeiro se traduz como um fenômeno da judicialização. Segundo Luis Barroso (2009 a, p.18), "o ativismo é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance". Em outras palavras, é uma atuação exagerada do judiciário para abarcar um ideal constitucional, uma interpretação que transborda a moldura estabelecida pela ideia de subsunção normativa, baseando-se somente em princípios.

Nessa esteira, Luiz Roberto Barroso (2009 a, p.15) caracteriza as condutas ativistas da seguinte forma:

> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nota-se, portanto, que o fenômeno do ativismo judicial é responsável por ensejar insegurança jurídica, já que a fundamentação do magistrado passa ser pautada em elementos

[1] Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL; DECRETO-LEI Nº 4.657, 1942. p. 01)

subjetivos, mascarada pela força normativa dos princípios jurídicos. O uso indiscriminado dos princípios pelo judiciário remonta ao viés de deslegitimação política oriunda de um desconforto com a situação de corrupção debatida no país nas últimas décadas (TEIXEIRA, 2012).

O desejo do magistrado de resposta e combate ao movimento político fincados em ideais ou desavenças puramente políticas e/ou partidárias não pode movimentar a máquina estatal sob pena de graves violações de direitos, e desmantelamento do próprio Estado Democrático de Direito, afastando-se, dessa forma, do viés normativo oriundo do juiz de garantia.

Já a judicialização corresponde à análise de demandas oriundas da repercussão social ou política sobre o crivo decisório do judiciário. Nesse caso, o judiciário visa implementar o direito posto, sem interferir, diretamente, na competência privativa de outro Poder. A noção de judicialização visa garantir os direitos declarados formalmente no sistema normativo, especialmente aqueles oriundos da Lei Fundamental (Constituição) (BARROSO, 2020).

Ademais, pode-se destacar que a judicialização emana do processo de redemocratização que deu origem a atual Constituição brasileira. Nesse sentido, a cúpula do judiciário é classificada como órgão político cuja função consiste em fazer valer as normas constitucionais, em outros termos são os 'Guardiões da Constituição'. Essa perspectiva fundamenta a amplitude de constitucionalização de diversas matérias, nunca tratada pelas constituições brasileiras anteriores (BRAGA, 2021).

Logo, é possível notar que a judicialização é um instrumento cujo fim é garantir a implementação de direitos fundamentais declarados na Constituição de 1988. É importante frisar que a judicialização de direitos fundamentais é um reflexo colateral da crise das instituições brasileiras em decorrência da conduta omissiva ou ineficiente da implementação de políticas públicas estatais que possam garantir o gozo dos direitos constitucionalmente consagrados.

Em linhas gerais, o ativismo se remete à conduta do magistrado ao inovar nas decisões, se afastando dos limites estabelecidos pelo direito posto. Por outro lado, a judicialização corresponde à resolução de demandas, cujo fim requer a efetivação (garantia) dos direitos.

Perante tais ponderações, passa-se à análise da subsunção das decisões judiciais relativas ao direito à saúde. Nessa perspectiva, assevera-se que os direitos fundamentais possuem como premissa sedimentar o mínimo existencial à pessoa. Com a saúde não é diferente haja vista que se está diante da presença de um direito fundamental reconhecido e consagrado pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (ADAMY, 2018).

O artigo citado demonstra a relevância sociojurídica que o direito à saúde detém no sistema jurídico brasileiro, já que estabelece uma clara imposição à Administração Pública e à

sociedade sobre o dever de assegurar a todos a implementação e gozo de tal direito. Além disso, possui normas específicas para observar os critérios e a forma de prestação desses serviços, estabelecidos claramente nas Leis n.º 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde); 8.142 /1990 (Gestão do Sistema Único de Saúde); 12.446/2011 (Dispõe Sobre as Condições para a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde, a Organização e o Funcionamento dos Serviços Correspondentes); Lei Complementar n.º 141/2012 (Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para Dispor Sobre os Valores Mínimos a Serem Aplicados Anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em Ações e Serviços Públicos de Saúde), entre outros diplomas regulatórios presentes na legislação extravagante dos entes federados.

Logo, não paira dúvidas sobre a indispensável implementação da garantia à saúde, em especial observância ao parágrafo 1º do artigo 5º da atual Constituição brasileira. Sobre esse viés, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2010. p.117) defendem que a implementação da saúde deve ser "outorgada a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto".

O grande embaraço causado pela judicialização esbarra na finitude dos recursos públicos. Nesse sentido, surge o dilema sobre os limites da exigibilidade do direito à saúde. Isso porque, ao requerer a garantia legal da concretização do referido direito, abre-se espaço para suscitar o Princípio da Reserva do Possível, comumente chamado a voga em razão da ausência de orçamento que consiga abranger todas as políticas públicas necessárias para concretizar os anseios e promessas almejados pelo Sistema Único de Saúde.

Embora nosso ordenamento recepcione e compartilhe a possibilidade da aplicação do princípio da reserva do possível em razão da capacidade orçamentária do Estado, deve-se destacar que ele somente pode ser aplicado após a análise do caso concreto, isso porque o desejo emanado no constituinte originário, bem como das leis posteriores defende a máxima efetividade do direito à saúde.

A análise do caso concreto é indispensável para se coibir condutas ou ações utilitaristas por parte do Estado. Isso não quer dizer que o magistrado possa decidir e interferir, indiscriminadamente, sobre onde a Administração Pública pode alocar recurso na esfera da saúde, já que a conduta ativista por parte do judiciário enseja insegurança jurídica, e viola a gestão deliberativa realizada dentro da estrutura de saúde no Brasil (MAZZA; MENDES, 2013).

Destaca-se que o Sistema Único de Saúde tem suas ações definidas pelos conselhos de saúde que contam com a participação direta da população por meio de diversos atores sociais

para deliberar e traçar as ações de saúde a serem desenvolvidas em todas as esferas da Administração Pública nacional. No mesmo sentido, há destaque de que a fiscalização de aplicação desses recursos deve ser observada pelos órgãos de controles internos e externos da Administração, assim como pelo ministério público e toda a sociedade (FIGUEIREDO, 2015).

E também se destaca que a subsunção das decisões oriundas da judicialização de políticas públicas, voltadas à saúde, deve considerar o elemento racionalizador da reserva do possível. Isso não implica defender a aplicação sumária ou primária do argumento de ineficiência de recursos orçamentários comumente utilizado pelas procuradorias estatais (municipais ou estaduais) para camuflar as omissões da Administração Pública.

Nota-se, portanto, que a hermenêutica e a razoabilidade são instrumentos indispensáveis para que se possa garantir um julgamento que consiga atender e equilibrar o alcance dos fins sociais almejados pelo complexo ordenamento jurídico brasileiro. Embora se deva frisar que é uma árdua tarefa equilibrar e produzir uma "justa decisão", considerando a difícil missão de equacionar, numa única operação, princípios, regras e valores, pois, à luz da Teoria do Caos é possível dizer que se está diante de um fenômeno caótico (MORIN, 2015).

Portanto, pode-se afirmar que a necessária subsunção das decisões oriundas da judicialização do direito à saúde deve observar a capacidade orçamentaria do Poder Público, desde que suscitada a aplicação da reserva possível. A máxima efetividade das ações em saúde se exaure quando se atinge o teto de gasto fixado pela lei, bem como pela fiel execução do plano de gastos desenvolvidos pela participação deliberativa dos conselhos de saúde em todas as esferas da Administração Pública (MAZZA; MENDES, 2013).

Ademais, a não observância desses parâmetros produz decisões que extrapolam os limites jurídicos estabelecidos pelo próprio ordenamento brasileiro, já que a proteção do direito à saúde é regulamentada por leis e planos específicos, elaborados para garantir a máxima efetividade normativa e principiológica do direito em voga. Dessa forma, qualquer decisão judicial que transborde esses limites concorre para o desmantelamento do próprio Estado Democrático de Direito por violar atribuições constitucionalmente definidas para cada Poder.

Por fim, as conclusões finais, sendo importante rememorar a problemática proposta pelo presente estudo que consiste em analisar em que medida a relativização dos direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, viola as diretrizes estabelecidas pelo discurso de bem-estar e justiça-social, implementados pela atual Constituição brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o exposto sobre a presente temática, conclui-se que é equivocada a percepção de que os direitos sociais possuem caráter normativo meramente programático, mesmo que tal percepção tenha vigorado durante muito tempo no Brasil, já que tanto a doutrina quanto a jurisprudência demonstraram que tal dilema há muito fora superado, considerando-se que os direitos sociais são entendidos como um dos pilares dos direitos humanos e são imprescindíveis para a concretização e exercícios de outros direitos ligados ao núcleo da dignidade da pessoa humana.

A defesa da dignidade humana é o cerne normativo que liga todas as gerações dos direitos, admitindo, assim, que os direitos sociais sejam reconhecidos como elementos necessários e indispensáveis ao conjunto que compõem o mínimo existencial.

Também, constatou-se que, embora o conjunto de normas relacionadas à saúde sejam didáticas quanto à fonte e à forma de custeio das ações de saúde, apresentando, inclusive, princípios e diretrizes orientadores para que tais implementações de políticas públicas sejam observadas à luz da máxima efetividade positivada na Constituição, a finitude dos recursos fomenta a judicialização de tal direito consagrado na Constituição brasileira de 1988.

E, sobre a judicialização, averigou-se que sobre ela recai uma forte discussão a respeito dos limites das decisões judiciais, em especial as relacionadas ao direito à saúde. Sobre esse prisma, mesmo diante da complexidade de harmonizar as normas e princípios sedimentados no sistema jurídico brasileiro, há uma clara limitação ao exercício e prerrogativas de cada Poder, não cabendo ao Judiciário produzir decisões que afetem a harmonia dos poderes e corrompam o sistema de freios e contrapeso inerente ao sistema normativo brasileiro.

Desse modo, a conduta do ativismo judicial é irreverente ao ordenamento em virtude de violar as regras constitucionais, consequentemente gerando insegurança jurídica, enfraquecimento das instituições e desmantelamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Partindo dessa constatação, a subsunção das decisões judiciais — ao caso concreto que envolve a saúde — deve observar o conjunto normativo e principiológico em sua totalidade, bem como a aplicação do Princípio da Reserva do Possível, desde que reclamado pelo Estado e respaldado pelas provas cabais que demonstrem a incapacidade orçamentária do Poder Público.

Considera-se que a máxima efetividade da ação em saúde depende dos tetos de gastos estabelecidos em lei e da fiel execução dos planos de gastos formulados pelas deliberações dos Conselhos de Saúde presentes em todas as camadas da Administração Pública, sob a

fiscalização conjunta da sociedade e dos órgãos internos e externos de controle do Poder Público.

Ademais, embora haja um esforço conjunto para a implementação do ideal de saúde almejado pelos anseios do povo brasileiros, a arrecadação está muito aquém das demandas reais suscitadas pela população. No entanto, reconhece-se que uma grande parcela da concretização do direito à saúde decorre do vigor jurídico, provocado pelas cobranças legitimamente orquestradas pelas diversas camadas da esfera pública, baseadas no fiel cumprimento da legislação vigente.

REFERÊNCIA

ADAMY, Pedro. Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 360-376, 2018. Disponível em: https://www.arqcom.uniceub.br/RBPP/article/view/4644. Acesso em 15. Mai. 2023.

ALVES, Lisiane Rodrigues et al. **A Dicotomia do Princípio da Integralidade do SUS**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 6, n. 1, p. 153-166, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 9ªed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.

BRAGA, Ricardo Peake. **Jusristocracia e o Fim da Democracia: como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder.** 1º ed. Londrina –PR: Editora E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 15ªed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL; **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em 09. Mai. 2023.

BRASIL; DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**.
.

BRITO, Clara Kelliany Rodrigues de Brito; SILVA, Joasey Pollyanna Andrade da; CARMO, Valter Moura do. **Dos Conflitos Oriundos da Vacinação Contra a Covid-19: um estudo a partir da biopolítica e bioética do art. 3º Da Lei nº 13.979 /2020**. Disponível em: < http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/la2108q4/lnwrkk0g17OIoJ8z.pdf > Acesso em: 10. Jun. 2023.

BRITO, Clara Kelliany Rodrigues de Brito; SILVA, Joasey Pollyanna Andrade da; ROSSIGNOLI, Marisa. Teoria da Complexidade e as implicações do PPP 2020-2023 para o

alcance do ODS10 no Brasil. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 9, n. 1, p. 23–46, Jan/Jul. 2023. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/9641/pdf. Acesso: 02. Ago.2023

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**, 2ª edição, São Paulo-SP: Hucitec, 1995.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, **Lenir. Sistema Único de Saúde: comentários a Lei Orgânica de Saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90)**, 4ª edição, São Paulo-SP: Unicamp, 2006.

CERQUEIRA, Maria Augusta Trindade; CASTELAR, Marilda. *A Humanização Do Atendimento Psicológico Na Rede Pública De Saúde, De Salvador–Brasil*. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, v. 6, n. 2, p. 74-82, 2017.

DALLARI, Sueli Gandolf. Direito Sanitário. In: ARANHA. Márcio Iorio. (Org). **Direito Sanitário e Saúde Pública.** Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf >. Acesso em: 08. Mai.2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso De Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil: Sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Juruá Editora, 2015.

FLEURY, Sônia. *A Questão Democrática na Saúde.* In: FLEURY, Sônia. (Org). **Saúde e Democracia: a luta do CEBES.** São Paulo-SP: Lemos, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **The Concept of Human Dignity and The Realistic Utopia of Human Rights**. Diánoia, 2010, 55.64: 3-25. Disponível em: https://doi.org/10.1111/j.1467-9973.2010.01648.x . Acesso em 08. Mai. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas,** tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, v. 14, n. 3, p. 42-65, 2013. Dsponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/75519. Acesso em: 17.Jul. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gount. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo-SP: Saraiva, 2013. pp. 515-516.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. 5a ed. Porto Alegre – RS: Sulina Editora, 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - OMS. **Constituição da Saúde**, 1946. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf . Acesso em: 09. Jul. 2023.

PINAFO, Elisangela; CARVALHO, Brígida Gimenez; NUNES, Elisabete de Fátima Polo de Almeida. Descentralização da gestão: caminho percorrido, nós críticos e perspectivas. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, p. 1511-1524, 2016.

PINHO, Adelmo et al. **MANUAL BÁSICO DE SAÚDE PÚBLICA: um guia prático para conhecer e garantir seus direitos.** 1ª edição. Penápolis -SP: Edição dos autores, 2012.

PIOVESAN, Flávia C. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 7ª edição. São Paulo-SP: Saraiva, 2017.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**. Curitiba: juruá Editora, 2011.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 4, n. 10, 2010, p. 217. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/449 . Acesso: 12. Jul. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988, São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, 67, 2008, pp.125–172.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro – RJ: Lumen Juris, 2006.

SCHULZE, Clenio Jair. Direito à Saúde – novas perspectivas. In: **Judicialização da Saúde no Brasil**. (Org.) SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. São Paulo: Saberes, 2014.

SCHWARTZ, Germano André Doederlim. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV** (online), 2012, v. 8, n. 1, p. 38. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/abstract/?lang=pt . Acesso: 10. Jul. 2023.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O Direito à Saúde no Brasil: reflexões biotáticas à luz do princípio da justiça.** São Paulo: Edições Loyola, 2014.

ZANON JUNIOR, O. L. Garantismo jurídico: o esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do positivismo jurídico. **Revista Da ESMESC**, v.22, n. 28, 2015. pp.13–38. Disponível em: https://doi.org/10.14295/revistadaesmesc.v22i28.p13 . Acesso em: 11. Jul. 2023.