

**IV CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

DIREITO CONSTITUCIONAL II

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

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 – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

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

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34



www.fepodi.org

IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Apresentação

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

O DIREITO À SAÚDE: OS RISCOS DESTE DIREITO SER CONSIDERADO COMO SUBJETIVO

THE RIGHT TO HEALTH: THE RISK OF THIS RIGHT BE CONSIDERED AS SUBJECTIVE

**Janiele Vitorasse Delboni
Dilson Cavalcanti Batista Neto**

Resumo

O presente estudo tem o objetivo de analisar o direito à saúde, passando de como era tratado nas constituições anteriores até chegar na Constituição de 1988 que o definiu como direito social a ser garantido através de políticas públicas. Entretanto, depois da Constituição de 1988 o direito à saúde foi interpretado como sendo um direito subjetivo, podendo ser exigido o mesmo de forma individual no Poder Judiciário, acorrentando alguns questionamentos. Como sendo um direito social não estaria isso prejudicando o restante dos cidadãos que não adentraram com o processo judicial? Não estaria ferindo a Supremacia da Constituição? Com essas indagações faz-se o presente trabalho.

Palavras-chave: Saúde, Direito social e subjetividade

Abstract/Resumen/Résumé

The present study has the objective of analyze the right to health, passing how it was treated on earlier constitutions until arrive at 1988 Constitution that defined it as right social to be granted through public policies. Although, after the 1988 Constitution, the right to health was interpreted as being a subjective right, that could be required on an individual way at the Judiciary Power, chaining some questions. As being a social right, would not it hurting the other citizen s that dont step into with a judicial process? Would not it hurting the Constitutions Supremacy? Whit these questions it is the present article.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health, Right social and subjectivity

Ao averiguar algumas decisões do Poder Judiciário, percebe o aumento das demandas relacionadas ao direito à saúde, e havendo o fundamento que este direito é subjetivo. Entretanto, não seria este um direito social conforme é estabelecido na Constituição de 1988 em art. 6º? Tal direito será garantido através de políticas públicas como também ressalta o art. 196 da Carta Magna. Ao ser considerando um direito subjetivo, isso não estaria ferindo a Supremacia da Constituição Federal? Por fim, não estaria o Poder Judiciário invadindo indevidamente a esfera de discricionariedade do administrador? Com essas indagações faz-se necessário discorrer sobre o histórico do direito à saúde no direito brasileiro.

O direito à saúde no Brasil obedeceu a uma dinâmica desde uma falta de observação nas primeiras Constituições até a Constituição de 1988 que foi onde houve uma definição sobre seu conceito e como este seria garantido que é através de políticas públicas.

A Constituição Imperial não regulamentava ou mencionava como princípio o direito à saúde. No mesmo sentido, a Constituição Republicana de 1891 não mencionou o direito à saúde (SCHWARTZ, 2000, p. 116).

Já a Constituição de 1934 demonstrou preocupações sanitárias:

Art. 138 Incube à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

(...)

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais;

Entretanto, a Constituição de 1937 e a de 1946 mostraram um retrocesso, pois nada foi mencionada quanto ao direito à saúde (SCHWARTZ, 2000, p. 117).

Antes do golpe militar de 1964, existiam algumas ações de saúde pública, porém eram esparsas e ainda encontravam resistência da população. É o caso da Revolta da Vacina, com a implementação do saneamento básico na época de Pereira Passos, também as ações de Pedro Ernesto como prefeito do Estado Novo de Getúlio Vargas. As ações de políticas públicas de saúde misturavam-se com atos do governo e não raro ocorriam-se à força policial (MOREIRA, 2011, p. 220 e 221).

Na Emenda de 1964 apenas se retornou à situação da Carta de 34, onde a saúde era problema do Executivo e de implementações de políticas públicas. A Constituição de 1967 apenas repete o dispositivo da Emenda de 1964 (SCHWARTZ, 2000, p. 118).

Ao ver o histórico do direito à saúde nas constituições brasileiras, há observância de que não havia muita preocupação com este direito. Mas com a Constituição de 1988 adveio à definição deste direito, bem como este seria garantido.

Foi na Constituição de 1988 que o Brasil obteve um grande avanço no quesito saúde, pois foi estabelecido o que é direito à saúde, o qual é um direito social conforme o art. 6º. Também foi implementando do Sistema Único de Saúde (SUS) tendo como um de seus princípios a universalidade, não havendo discriminação no atendimento, conforme preceitua o art. 196. Este dispõe de como será garantido o direito à saúde:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Depois da Constituição de 1988, o direito à saúde não ficou apenas nela já que foram criadas as leis orgânicas da Saúde, entre as quais estão Lei 8.080/90 e 8.142/90 e o Decreto nº. 99.438/90 e as Normas Operacionais Básicas (NOB), editadas em 1991 e 1993. Além dessas, foi criada a já mencionada Lei nº. 1.080/90 que regulamenta o SUS (MOURA, 2003, p. 12).

Segundo Luiz Roberto Barradas Barata e José Dínio Vaz Mendes (2010, p. 60) quando foi estabelecido na Constituição de 1988 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, foi consagrado um valor que a sociedade escolheu como ideal, pois a saúde é compreendida como condição essencial à vida, ao bem estar dos cidadãos.

Passando agora para um segundo ponto deste trabalho, será falado sobre o conceito de saúde, pois de acordo com Germano André Doederlein Schwartz (2000, p. 120) o conceito de saúde variou ao longo do tempo, mas em meados do século XX, devido à reorganização da política internacional e a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde foi reconhecida como direito fundamental do ser humano, não havendo distinção de raça, religião, credo, crença, política, condição social ou econômica. Foi também conceituado como completo bem-estar, mental e social e não apenas ausência de doença ou outros agravos.

O direito à saúde deve ser empregado como direito de todos, sendo que deverá estar no alcance de todo o cidadão, não devendo haver obstáculos para ninguém, independentemente da situação financeira, raça, religião ou posicionamento político e deva ser tratado em seu teor físico, mental e social. (MOURA, 2003, p. 10).

Dos autores mencionados acima, todos citam que o direito à saúde é um direito de todos e deverá ser garantido pelo Estado tendo então uma prestação positiva.

Eis que vem a indagação. Já que o direito à saúde é garantido através de políticas sociais como a implementação do SUS, não estaria a Poder Judiciário individualizando a tutela deste direito através das demandas judiciais visando tratamentos médicos e medicamentos?

Depois desta sistematização do direito à saúde no ordenamento brasileiro, bem como do conceito de saúde, faz-se necessário discorrer sobre o direito social, pois, como já mencionado, o direito à saúde, de acordo com a Constituição de 1988, é um direito social.

Segundo José Afonso da Silva. (2013, p. 288 e 289), direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado que poderá ser direta ou indireta, que são enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, que tendem a realizar a igualização de situações desiguais, sendo direito que ligam a igualdade. Sendo pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.

Os direitos sociais são classificados pela doutrina com a 2ª geração dos direitos fundamentais, demandando atuações positivas por parte do Estado, o que, por sua vez, exige o dispêndio de recursos. Como estes são finitos, acabam se tornando um limite à concretização dos direitos sociais (MATSUDA; PEREIRA; SOUZA, 2011, p. 2).

Os direitos sociais têm o dever de garantir um mínimo de igualdade entre os cidadãos. Como este trabalho vem mencionado, o direito à saúde é social devendo então ter esta igualdade, seja no fornecimento de medicamentos ou nos tratamentos médicos. Até esse momento, foi tratado aqui sobre o direito à saúde no ordenamento brasileiro e seu conceito.

Conforme mencionado o art. 196 da Constituição Federal, se estabelece que o direito à saúde seja garantido através de políticas públicas fazendo necessário discorrer o que são.

Políticas públicas tem seu fundamento mediato com a própria existência dos direitos sociais, aqueles que se caracterizam através de prestações positivas do Estado. Sendo a função de governar o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas (BUCCI, 1997, p. 90 e 91).

De acordo com Osvaldo Canela Júnior (2013, p. 231), as políticas públicas deverão ser desenvolvidas pelo Estado para realização dos direitos fundamentais, de forma que o orçamento há de ter um conteúdo programático, destinado à formação de receita no futuro e com previsão das despesas necessárias, em sentido claro de prospecção de recursos.

Quanto à competência de realizar as políticas públicas, afirma Bucci (1997, p. 96):

[...] as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu, entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica “formadora” do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.

Políticas públicas podem ser consideradas um ciclo deliberativo já que são formadas de vários estágios e constituem um processo dinâmico e de aprendizado, sendo então constituído por definição de agenda, identificação de alternativas, avaliações das opções, seleções destas opções, implementação e, por fim, avaliação (SOUZA, C. 2006, p. 29).

O Brasil é um país democrático, o poder emana do povo, porém este é exercido de forma representativa, sendo esses eleitos os ativos protagonistas da formulação de políticas públicas, pois o processo é permeado de decisões de índole política que se influenciam mutuamente. São os atores sociais que detém base na população para tomar suas decisões, como o Legislativo e o Executivo, os partidos políticos, os sindicatos, as associações, os conselhos, entre outros (MEDEIROS, 2011, p, 23).

Observarmos que as políticas públicas que serão realizadas estão estritamente ligadas a quem depositamos nosso poder, que poderá ou não realizar políticas públicas no âmbito da saúde, pois poderá utilizar o Poder Discricionário que a Administração Pública tem, entretanto, faz necessário mencionar que esse poder tem seu limite estabelecido na própria lei.

A Administração pública é regida pelo princípio da legalidade, já o legislador ao elaborar a lei busca regular a conduta do agente público diante das várias possíveis situações a ocorrerem no mundo do “ser”. Entretanto, não é possível prever as várias situações concretas, encontrando uma relativa liberdade ao administrador público (DANIEL, 2013, p. 101).

O “poder” discricionário só pode existir como um poder “infra” legal e estritamente dependente da lei e subordinado a ela. Não admitido atuação administrativa que não esteja previamente autorizada na lei (MELLO, 2010, p. 13).

A lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante ao caso concreto a autoridade pública que poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, porém todas válidas perante o direito. Sendo a discricionariedade que na adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, pois não são definidos pelo legislador. É necessário se observar que o Poder da Administração Pública não é totalmente livre, pois deverá observar alguns critérios como competência, a forma e a finalidade, pois a lei impõe limitações. Logo, este obtém esta liberdade na

discricionariiedade traçados na lei, mas quando se passa esse limite se entra na arbitrariedade, ou seja, contrária à lei (DI PIETRO, 2006, p. 222).

Ocorre que a discricionariiedade muitas vezes é confundida com arbitrariedade, porém são coisas diferentes, pois discricionariiedade é liberdade de ação administrativa dentro dos limites da lei, enquanto que arbitrariedade é ação contraria ou excedente da lei. O ato discricionário é autorizado pelo direito, é legal e válido. Já o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido (MEIRELLES, 2009, p. 120 e 121).

Diante do que foi visto de discricionariiedade, o agente público poderá utilizar-se dela diante de um caso fático e utilizando um juízo de valor ao examinar as condutas que lhe são possíveis e juridicamente permitidas e praticar e escolher dentre elas a mais adequada, a que melhor traduz a conveniência e a oportunidade para o interesse público (DANIEL, 2013, p. 104).

Ao discorrer sobre o direito à saúde nas constituições brasileiras, viu-se que este não era uma preocupação, mas com a Constituição de 1988 definiu-se o que é direito à saúde e como o mesmo seria garantido. Depois foi falado o que dizem as leis infraconstitucionais que também garante este direito. Posteriormente foi abordado o conceito de direito à saúde e chegou-se à conclusão que não há um conceito universal, entretanto, dos doutrinadores apresentados todos ressaltaram que este é um direito positivo, pois deve ser garantido pelo Estado.

Também foi mencionado o que são políticas públicas, uma vez que o direito à saúde será garantido através delas. Mas deve-se ressaltar que a administração pública, na criação de políticas públicas, poderá utilizar o poder discricionário que em termos gerais é uma escolha que a administração pública pode fazer, mas respaldado dentro dos limites da lei, já que um dos princípios basilares é o da legalidade conforme o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Ao discorrer sobre o direito à saúde ao longo das Constituição brasileiras observa que não havia um conceito estabelecido, que isto só veio acontecer na Constituição de 1988 a qual estabeleceu em seu art. 6º que o direito à saúde é social, no art. 196 dispõe que será realizado através de políticas públicas, deverá ter um acesso universal. Entretanto, quando há decisões do Poder Judiciário que individualiza esse direito ocorre um dano, pois observa que só tem direito esse direito em recorre ao Judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento médico.

Como já mencionado, o direito à saúde será garantido através de políticas públicas, entretanto, a quem o considere como sendo um direito subjetivo público já que trata de uma obrigação positiva do Estado, mas sendo este considerado dessa forma, traz a problemática do

direito à saúde de um indivíduo em face do direito à saúde dos demais indivíduos, pois conforme mencionado acaba que só tem este direito quem recorre ao Judiciário. A análise não se restringe à simples realização do direito da pessoa necessitada, mas nas implicações para com a sociedade como um todo, incluindo a questão organizacional e orçamentária do Estado, decorrentes da concessão judicial dos medicamentos ou tratamentos imprescindíveis para a garantia da saúde de alguém (MARTINS, 2009, p. 10 e 11).

Esta individualização do direito à saúde não é garantia do direito mencionado, pois aparentemente resolve o problema de quem recorreu ao Judiciário, entretanto, o cidadão que não vai no Judiciário este não terá o direito da mesma forma que quem foi, uma vez, que o Judiciário determina a compra ou pagamento de um determinado medicamento ou tratamento médico, observa que não ocorre a igualdade que é almejada no direito social.

Conforme menciona Carolina Fernandes Martins (2009, p. 11) o Estado atua a fim de evitar o tratamento desigual, de acordo com que a Constituição de 1988 estabelece, através de políticas públicas na área da saúde, prevendo orçamento, investimentos em hospitais com atendimento gratuito e universal, distribuição de medicamentos à população, havendo medicina familiar e preventiva, as campanhas de vacinação, campanhas publicitárias informativas; e combate a epidemias e endemias quando necessário, etc. Observa que o Estado garante o direito social à saúde, conforme preceitua a Constituição, entretanto, não se pode duvidar que o esforço estatal não é suficiente para atender à demanda social, considerando-se a desigualdade econômica-cultural e a miséria que assolam a maioria da população.

Patrícia Ulson Pizarro Werner (2008, p. 95) faz uma observação interessante, pois o direito à saúde, por produzir e concentrar uma gama muito grande de direitos individuais e sociais em seu objeto pouco preciso. Ocorre uma utilização de argumentos vagos que vão levar ao rompimento do projeto constitucional por não conduzir a uma situação igualitária.

Há de se considerar a força normativa da Constituição, onde as escolhas devem partir de pontos de vista que contribuam à ótima eficácia da lei, ao mesmo tempo em que se possibilita a permanência e a atualização da norma. Assim, a consolidação de uma jurisprudência na qual se opte pela abertura de exceções de cunho individual, conduz a um descrédito das ações desenvolvidas pelo Poder Público e do próprio Direito na forma prevista na Constituição. Reforça o caráter de exclusão. Se, por um lado, a universalidade foi o meio encontrado pelo constituinte para gerar a inclusão, por outro, não se pode negar que essas pessoas, diante do próprio sistema social atual, acabam por não ter acesso à justiça (WERNER, 2008, p. 96).

Conforme a citação anterior, onde as escolhas devem partir do ponto de vista que contribuam à ótima eficácia da lei, entretanto, o que observa é o contrário, uma vez que a lei fica em segundo plano, pois as decisões judiciais segue julgados dos tribunais superiores, ocorre a insegurança jurídica já que o Judiciário não utiliza a lei, mas sim julgados que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana pura e simplesmente, sendo a lei letra morta. Há indagação não havendo segurança jurídica nas decisões onde o cidadão irá recorrer, uma vez que fica preso há consciência do juiz?

Quando há omissão do Poder Público na concretização do direito à saúde nos termos dos arts. 196 a 200 da Constituição, estamos diante de uma omissão em fixar diretrizes para o SUS, tendo-se a perspectiva do direito subjetivo sobressalente. Entretanto, a partir do momento em que existem políticas sociais e econômicas definidas estabelecidas para gerir o SUS, o projeto fixado não pode ser desconsiderado, sob pena de gerar uma interpretação que fere a lógica do sistema, não podendo integrá-lo validamente (WERNER, 2008, p. 100).

Fabrício Juliano Mendes Medeiros (2011, p. 53) discorre do direito à saúde sendo subjetivo de todos os indivíduos, que é prestado pelo Estado, mas deverá ser garantido através de políticas públicas, cabendo ao Estado a elaboração da mesmas e adotar os meios necessários para reduzir o risco de doenças e de outros agravos, bem como assegurar o acesso universal igualitário às ações e serviços.

Patrícia Ulson Pizarro Werner (2008, p. 94) retrata que nos casos concretos os operadores de direitos, em sua maioria, não estão ou não foram suficientemente preparados para caminhar na área do direito social à saúde. Como consequência este está carecendo de muitas decisões de uma linha de argumentos mediadores de interligação de um direito social à prestação e um direito subjetivo individual, havendo uma relação onde os direitos e deveres se encontram em conexão.

Ricardo Lima (2013, p. 246) ao falar de um direito subjetivo relata que não se pode conceber qualquer direito subjetivo como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos.

Ricardo Lima (2013, p. 247) continua que não se pretende restringir o âmbito de aplicação do direito à saúde, mas sim fortalecer, pois através de uma aplicação racional e criteriosa, pois a melhor maneira de enfraquecer os direitos fundamentais seria inflacioná-los tal ponto que acabaria sendo amolecido e descaracterizado o próprio direito fundamental.

Como se pode observar, o direito à saúde na Constituição é estabelecido como sendo um direito social e sua prestação é através de políticas públicas. Entretanto há entendimento de que o direito à saúde seria um direito subjetivo, mas essa interpretação pode trazer sérios

danos ao que o Poder Constituinte estabeleceu, pois haverá a individualização de um direito social, não ocorrendo uma igualdade.

Mas ocorrendo a omissão do Legislativo e Executivo na forma dos arts.196 a 200 da Constituição poderá haver uma intervenção do Judiciário, mas essa intervenção deverá caminhar na área do direito social à saúde, devendo o juiz ir para esse caminho e não seguindo sua consciência.

Não podendo o direito à saúde ser entendido como um poder a ser exercido contra o Estado, de forma absoluta e ilimitada, mas sim um direito de justiça social (LIMA, 2013, p. 252 e 253).

O presente trabalho faz ressalva quanto as ações individuais pleiteando o direito à saúde, entretanto, as ações coletivas como a ação civil pública é uma forma que garante o direito social da saúde, pois será proposta com a visão de garantir o direito de uma coletividade e não de uma só pessoa.

Ricardo Lobo Torres (2013, p. 73) a aplicação da ação civil pública, uma espécie de *class action* brasileira obteve notáveis progressos na afirmação do mínimo existencial. Sendo papel exercido pelo Ministério Público, nomeadamente através da assinatura de termos de ajuste de conduta com os agentes da Administração, assim sendo institucionalizaram as soluções judiciais.

Sendo que o direito à saúde é social e havendo a individualização e sendo considerado como um direito absoluto só traz riscos, pois só haverá direito quem recorre ao Poder Judiciário.

Referências Bibliográficas

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Organizadores). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial**. 1º ed. São Paulo : Atlas, 2010.

BRASIL, Constituição Federal, 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa** : v. 34, n. 133 jan./mar. 1997, p. 89-98. Disponível em: <<http://ftp.unisc.br/portal/>>

upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coordenadores). **O controle de políticas públicas**. 2º ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade em matéria de políticas públicas. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coordenadores). **O controle de políticas públicas**. 2º ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo : Atlas, 2006.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. 2 tiragem. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013.

MARTINS, Carolina Fernandes. **O direito à saúde como direito subjetivo público prestacional: possibilidades e limites no caso de medicamentos**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/carolina_martins.pdf>. Acesso em: 09 de julho de 2015.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA; Helida Maria; SOUZA; Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. 1º ed. Belo Horizonte : Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2º ed. 10ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Uma análise da política de saúde brasileira pós-constituição de 1988**. Revista de direito constitucional e internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política. n. 76, v. 19, 2011. p. 219-232.

MOURA, Rivair Carlos. Saúde, direito e direito à saúde. **Cadernos Camilliani: revista da faculdade São Camilo – FAFI**. n.1, v. 4, 2003. p. 7-18.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A efetivação do direito à saúde. **Revista de direito – UNISC**. n. 13, 2000. p.115-128.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed. São Paulo : Malheiros, 2013.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma visão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n.º. 16, jul/dez 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 19 de abril de 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentaria. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. 2 tiragem. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito Social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**. v. 9, n. 2. P. 92-131. Jul/Out. 2009, São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13119/0>>. Acesso em: 09 de julho de 2015.