

Direito à saúde: uma análise dos limites do ativismo judicial para a efetividade do acesso à saúde

Right to health: an analysis of the limits of judicial activism for the effectiveness of access to health

Rodrigo Valente Giublin Teixeira¹

Unicesumar (Brasil)
rodrigo@rodrigovalente.com.br

Vinicius Caleffi de Moraes²

Unicesumar (Brasil)
viniciuscaleffi@gmail.com

Resumo

Este estudo tem como objetivo principal compreender as possibilidades de o ativismo judicial promover a eficácia do direito à saúde. Assim, considera-se que o direito à saúde, conforme previsto pelo artigo 196 da Constituição Federal, assegura o acesso às políticas públicas de saúde com o atendimento integral e universal da população, para as condições mínimas de qualidade de vida. No entanto, como o poder público é omissivo no seu dever constitucional de garantir os serviços de atendimento à saúde, de forma suficiente para a real eficácia do direito à saúde, procura-se compreender o ativismo judicial, como um meio de tornar efetivo o direito à saúde, por meio do exercício da função jurisdicional do Estado. Ao mesmo tempo que se questiona quais seriam limites para uma decisão judicial determinar a execução de políticas públicas de saúde de uma maneira adequada com as limitações do Estado. Para tanto, pela análise dos trabalhos acadêmicos sobre o tema, bem como sobre as decisões judiciais das cortes superiores, procede-se à análise dos direitos sociais, do direito fundamental à saúde, para ser possível concluir sobre as possibilidades do ativismo judicial na efetividade do direito à saúde.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Mestrado e da Graduação na UniCesumar. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Advogado. Avenida Guedner, n. 1610, CEP 87.050-390, Paraná, Brasil.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Procurador do Município de Londrina. Rua Almirante Barroso, n. 67, 86015-680, Londrina, Paraná, Brasil.

Palavras-chave: direito à saúde, políticas públicas de saúde, ativismo judicial.

Abstract

This study has as main objective to understand the possibilities of judicial activism to promote the effectiveness of the right to health. Thus, it is considered that the right to health, as provided for in Article 196 of the Federal Constitution, ensures access to public health policies with the universal and integral care of the population, for the minimum conditions of quality of life. However, as the public power is silent on its constitutional duty to guarantee health care services, in a manner sufficient for the real effectiveness of the right to health, it seeks to understand judicial activism as a means of enforcing the right to health, through the exercise of the jurisdictional function of the State. At the same time, it is questioned what would be the limits for a judicial decision to determine the execution of public health policies in a suitable way with the limitations of the State. To do so, through the analysis of academic papers on the subject, as well as on higher judicial decisions, we proceed the analysis of social rights, the fundamental right to health, to be possible to conclude about the possibilities of judicial activism in the effectiveness of the right to health.

Keywords: right to health, public health policies, judicial activism.

Introdução

O direito fundamental à saúde é assegurado nos termos do art. 196 da Constituição Federal, como um dever do Estado e um direito de todos, por meio de políticas públicas sociais e econômicas que visem às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde humana.

Nessa perspectiva, tem-se em consideração a natureza jurídica do direito à saúde, como um direito social que necessariamente envolve um conjunto de prestações positivas do Estado a serem fornecidas em prol do indivíduo, dentro do contexto da organização do sistema público de saúde, o qual deve necessariamente estar organizado para o atendimento integral e o acesso universal do atendimento à saúde.

No entanto, essa característica do direito à saúde, no sentido de depender da atuação dos poderes públicos para a sua concretização no plano fático, com a disponibilização dos serviços e medicamentos suficientes para a plena fruição do direito à saúde, provoca invariavelmente a ineficácia do direito, à medida que as autoridades públicas se tornam omissa na implementação de políticas públicas que envolvam o acesso à saúde.

Assim, tanto a ausência da vontade política para a concretização do direito à saúde, como também a dificuldade de gestão dos recursos orçamentários que são limitados e comprometido à satisfação dos interesses públicos em diferentes áreas, como também a modernização e o surgimento de novas tecnologias de tratamentos custosos, são diferentes

fatores que outrora provocam a dificuldade de cumprimento efetivo do direito à saúde pelo Estado.

Nessa perspectiva, surge o denominado ativismo judicial como fenômeno destinado a corrigir a insuficiência dos demais poderes na implementação de políticas públicas de saúde que visem à eficácia concreta do direito, com o fim precípua dar executividade das ações em serviços de saúde ao jurisdicionado, tendo em vista a eficácia dos valores e direitos fundamentais previstos pela constituição.

Por isso, por meio de uma revisão bibliográfica sobre o tema, notadamente sobre os estudos acadêmicos públicos sobre essa controvérsia, bem como pelo teor das decisões judiciais dos tribunais das cortes superiores, procura-se compreender se, em análise da natureza jurídica dos direitos sociais que envolvem um conjunto de prestações positivas pelo Estado, bem como, pelo conceito e definições que abarcam o direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico, quais seriam, em tese, os limites e confrontações a serem observados para que o exercício do ativismo judicial possa dissolver a omissão na eficácia do direito à saúde, em consonância com as premissas do Estado Democrático de Direito.

Da natureza dos direitos sociais

A construção de um complexo de direitos sociais atualmente protegidos pelo Estado Democrático de Direito, decorreu em seguida ao reconhecimento dos direitos fundamentais primários e em verdadeira ruptura com os ideais liberalistas do Estado abstencionista, juntamente com as péssimas condições de vida da classe operária durante a Revolução Industrial na Inglaterra no Século XIX, ocasião em que se verificou de forma patente a precariedade e desigualdade entre os indivíduos.

Dessa forma, o reconhecimento de direitos liberais, pelas cláusulas de abstenção de *laissez faire e laissez passer*, promoveu ao mesmo tempo a exploração do homem pelo homem, em face da insuficiência do Estado assegurar a própria dignidade humana. (Sarmiento, 2004, p. 31)

Portanto, muito embora a sociedade liberal tenha oferecido a segurança da legalidade, a liberdade de se determinar e garantia de igualdade de todos perante a lei demonstrou-se verdadeiramente inútil em virtude da multidão de operários em péssimas condições de vida (Comparato, 2010, p. 65), o que deu azo aos consecutivos movimentos sociais em crítica ao capitalismo liberal. (Sarmiento, 2004, p. 31)

De toda forma, independentemente do postulado dos movimentos socialistas daquela época, a exemplo do pensamento marxista, fato é que a dimensão egoística dos direitos tradicionais do capitalismo burguês trouxe a necessidade de assegurar ao homem tanto no plano econômico, social e cultural, um meio válido de obter um fundamento existencial-material, humanamente digno e como parte do patrimônio da própria humanidade. (Canotilho, 2003, p. 385)

Por isso, justamente em razão desse contexto de incapacidade do liberalismo econômico, em relação às contradições sociais daqueles que se colocavam marginalizados e desprovidos

de quase todos os bens sociais, é que se verifica a necessidade de mudança no modelo constitucional adotado pelo Estado. (Bonavides, 2007, p. 188)

Logo, nesse eixo histórico situa-se o marco do constitucionalismo social, a partir da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919, quando se observa então o reconhecimento pelo Estado do seu dever garantir tanto as liberdades clássicas, como também intervir na ordem econômica e social para assegurar a igualdade material entre os indivíduos.

Assim, as características dessas constituições, fruto de um processo de democracia, é senão a incorporação de um caráter direcionista e programático do Estado de Direito no âmbito da organização econômica e social, o que exige a presença de um complexo de dispositivos constitucionais que visam a alterar ou transformar a realidade socioeconômica. (Bercovici, 2008, p. 31)

Nessa concepção em que surgem, os direitos sociais revelam-se como verdadeiros direitos fundamentais especialmente atrelados ao valor da igualdade entre os indivíduos, não se referindo, no entanto, à isonomia formal própria do capitalismo liberal, ao pressupor que cada um tem liberdade e autonomia do seu destino em face do Estado e sem considerar a situação social do indivíduo, pois pelo contrário desdobra-se também na igualdade material, no sentido de que o titular do direito disponha dos meios iguais para a sua sobrevivência digna, em consonância com sua condição desfavorecida ou da sua incapacidade de auto realizar.

Por isso, ligados à segunda dimensão de direitos fundamentais, os direitos sociais são aqueles que, não se preocupando com a possibilidade de o cidadão ter liberdades públicas para decidir o seu destino econômico, versam sobre a liberdade positiva do indivíduo ser reconhecido como membro igualitário na organização política. (Agra, 2010, p. 516)

Os direitos sociais não são apenas poderes de agir de determinado meio, mas também poderes de exigir a concretização de direitos e deveres constitucionais do Estado, são direitos fundamentais que dependem, para a sua realização, de providências estatais com objetivo de formação de órgãos e procedimentos aptos a sua efetivação no contexto social. (Ferreira Filho, 2009, p. 50)

Os meios de realização dos direitos sociais revelam-se, sob essa perspectiva, como prestações positivas do Estado, no sentido de um fazer, com a realização de serviços e políticas públicas voltadas para a concretização desses direitos. (Bulos, 2011. p. 789)

Logo, os direitos sociais são também considerados como direitos prestacionais, na medida que indivíduo pode reivindicar o fornecimento dos meios necessários para a sua fruição, em face do Por Público, o qual passa a ser o sujeito passivo dessa relação jurídica, em decorrência do seu dever constitucional.

Nessa acepção, é necessário distinguir os direitos sociais daqueles que ora são considerados direitos econômicos, ainda que se verifique a existência de pontos de comunhão entre ambas as categorias de direito, como por exemplo os direitos do trabalho, os quais evidentemente tratam-se de direitos sociais clássicos, mas são também direitos econômicos e que disciplinam a ordem econômica do Estado.

Para José Afonso da Silva (2011, p. 286), “o direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal”, assim, o direito econômico determina a realização de políticas econômicas, ou a disciplina jurídica dos meios de produção, em vista do interesse social dominante, ao passo que os direitos sociais têm em vistas a disciplina normativa das situações subjetivas pessoais de caráter concreto.

Logo, os direitos econômicos são também premissas para a existência dos direitos sociais, conquanto preveem a política econômica orientada para intervenção e participação do Estado, com vistas a um regime democrático de tutela dos mais fracos, dentro do contexto do ambiente econômico. (Silva, 2011, p. 286)

Além do mais, de acordo com a teoria proposta por Robert Alexy (1993, p. 482), é possível estabelecer uma distinção entre os direitos a prestações em sentido estrito, ora reconhecidos como direitos sociais, em contraposição aos direitos a prestações em sentido amplo, pois os últimos versam sobre o cumprimento do dever de proteção em vista da própria condição de Estado, detentor do governo soberano, mas não necessariamente como dever de garantia à justiça social, pelas políticas públicas em favor do indivíduo, conquanto tais prestações seriam próprias dos direitos a prestações em sentido estrito, como direitos a prestações fáticas, derivadas da atuação positiva do Estado como Estado Social.

Assim, verifica-se que o direito às prestações em sentido amplo engloba também as prestações voltadas para assegurar a proteção do indivíduo contra o Estado, e as prestações em sentido estrito, por outro lado, versam sobre aqueles direitos sociais, no sentido da obrigatoriedade de prestação de políticas públicas de igualdade social.

Ao mesmo tempo, outro ponto e distinção entre a natureza dos direitos fundamentais clássicos de primeira geração e os direitos sociais, ora entendidos como direitos prestacionais, é que aqueles primeiros se verificam exequíveis, em regra, pela tutela subjetiva individual, por outro lado, os direitos sociais são destinados a uma justiça social universal, e não propriamente a esfera individual de cada cidadão, como destaca José Eduardo Faria (1994, p. 54) acerca dos direitos sociais: “foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos”, comunidades, corporações e classes a que pertencem.”

A respectiva compreensão de que os direitos sociais diferem dos direitos subjetivos clássicos significa que possuem verdadeira projeção coletiva a todo um conjunto de pessoas da comunidade política, principalmente, em razão de trazerem reivindicações das classes mais desfavorecidas, à proporção que possui como finalidade precípua a ideia de igualdade material e justiça social, o que também demonstra a característica inerente dos direitos sociais, no sentido de uma generalidade, conquanto a sua eficácia é dependente da atuação dos poderes públicos, a exemplo do direito à saúde. (Lopes, 2005)

É bem verdade que isso não transforma os direitos sociais em direitos puramente coletivos, no que diz respeito a sua tutela judicial, isso porque ainda assim são sindicáveis no Poder Judiciário pela tutela subjetiva do indivíduo que se encontra sem ter assegurado a fruição dos direitos sociais fundamentais nos termos da constituição.

No entanto, os direitos sociais encontram grande campo de incidência dos instrumentos coletivos para sua garantia, a exemplo do mandado de segurança e do mandado de injunção,

conforme a conduta omissa do Executivo e do Legislativo na execução ou complementação normativa das normas constitucionais de direitos sociais.

Do direito fundamental à saúde

O direito à saúde é sobretudo um direito fundamental. Não se trata de uma categoria limitada acerca do direito social de cunho programático, mas também pressupõe o reconhecimento da sobrevivência digna do indivíduo, assegurado e exigível em face do estado.

Trata-se na realidade de um direito do homem com surgimento histórico não definido, porquanto acompanha toda a evolução da tutela do indivíduo em face do estado, ao mesmo tempo que se sobressai com o desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social, à medida que são assegurados novos direitos prestacionais em favor do homem.

Além do mais, não se encontra estanque o conteúdo e a concepção do direito à saúde, uma vez que a proteção jurídica é progressiva e se dispõe de acordo com a realidade social do Estado do Direito em um dado momento, isso também decorre em virtude dos direitos do homem constituírem-se em verdade numa classe variável de direitos que se modificam de acordo com as condições históricas, com os carecimentos e interesses prevaletentes no Estado de forma contínua. (Bobbio, 1998. p. 18-19)

Por esse motivo, tendo em vista a abrangência e complexidade do direito à saúde, é necessário primeiramente estabelecer um paralelo entre o direito à saúde e o direito à vida, uma vez que o âmbito de proteção de ambos ora se confundem, conquanto a proteção da vida pressupõe não apenas a manutenção do estado vital, mas também a sobrevivência qualificada com a plenitude do desenvolvimento de todas faculdades humanas, o que também é objeto proteção e fascínio do direito à saúde, ao considerar que este último igualmente pressupõe a prevenção e atendimento pelo Estado para a realização de uma vida saudável.

Da mesma forma, inevitável também a correlação entre o direito fundamental à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o direito à saúde tem como proposta imediata a implementação de políticas públicas pelo Estado, voltadas redução do risco doença e outros agravos, o que se comunica portanto com os meios de realização da dignidade do ser humano e a promoção de condições materiais mínimas de existência, cujos fundamentos estão albergados pelo princípio da dignidade humana.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 é categórica ao prever o direito fundamental à saúde, na medida que a prestação dos serviços e a garantia do acesso à saúde é dever do Estado Democrático de Direito e direito do indivíduo, assim como se verifica o 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”.

Assim também, ainda que se possa considerar que o próprio preâmbulo previsto no diploma constitucional não tenha caráter normativo, é válido registrar que as intenções nele expostas reverberam-se para a interpretação e integração das demais normas constitucionais, haja vista que nele são consignadas as diretrizes políticas vigentes à época do constituinte.

E, nesse sentido, importante notar o aspecto motivacional da Assembleia Constituinte de 1988 gravado no preâmbulo do texto constitucional, quando justifica a previsão do Estado Democrático de Direito destinado a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”.

Logo, torna-se evidente que a Constituição Federal de 1988, outrora denominada Constituição Cidadã, tem como objetivo precípua assegurar o exercício e a eficácia dos direitos sociais, como se verifica tanto pelos seus dispositivos normativos, como também das intenções políticas expostas do preâmbulo, no que se permite concluir a previsão do direito à saúde, como valor assegurado pelo Estado brasileiro.

Nessa acepção, a palavra saúde vem do adjetivo latino *saulus* cujo significado corresponde a inteiro ou intacto. Porém no que diz respeito ao conceito teórico de saúde, como leciona Sueli Gnadolfi Dallari (1988, p. 58), é possível afirmar que a primeira definição teórica do conceito de saúde surge com Hipócrates, filósofo grego do Século IV a.C. Porém, a concepção de saúde como estado ausência de doenças tem origem “nos trabalhos do filósofo francês do início do século XVII, Descartes, que ao identificar o corpo humano à máquina acreditou poder descobrir a ‘causa da conservação da saúde’”.

Assim, somente com o término da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização Mundial da Saúde, a qual no preâmbulo de sua Constituição firmou um novo marco teórico-referencial a respeito do conceito de saúde, ao dispor que “saúde é o completo bem-estar físico mental e social e não apenas a ausência de doenças”.³

No entanto, o conceito de saúde estabelecido pela OMS não é objetivo e envolve um componente subjetivo dificilmente qualificável, no sentido de delimitar senão a expressão “bem-estar”.

Nesse sentido, em vista da amplitude da concepção de saúde, enquanto bem-estar do indivíduo, conforme definido pela OMS, provoca invariavelmente a inaplicabilidade do conceito, conquanto permite ao Estado adotar diferentes decisões políticas para a implementação daquilo que consistiria em saúde. (Schwartz, 2001, p. 30)

Além disso, de acordo com Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz (1997, p. 540), está superada a definição do conceito de saúde pela OMS, quando traz de forma dissociada a concepção de bem-estar físico, mental e social, ao expor que “a definição de saúde da OMS está ultrapassada por que ainda faz destaque entre o físico, o mental e o social [...], fala-se, então, de um sistema onde não se delinea uma nítida divisão entre ambos”.

Por outro lado, reconhecendo que o próprio discurso médico científico não é capaz de ser delimitado acerca da definição do conceito de saúde, verifica-se a observação de Dina Czeresnia e C. Freitas (2003, p. 42), ao afirmar que: “o discurso médico científico não contempla a significação mais ampla da saúde e do adoecer. A saúde não é objeto que se possa

³ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>

delimitar; não se traduz em conceito científico, da mesma forma que o sofrimento que caracteriza o adoecer”.

De todo modo, no que concerne ao direito à saúde, este é evidentemente abrangente não se limitando ao estado de ausência de doença, sendo possível afirmar que supera também a definição de bem-estar físico e mental estabelecido pela Organização Mundial de Saúde, porquanto enquanto direito social destinado a assegurar condições mínimas de sobrevivência e de qualidade de vida, em vista dos valores que fundamentam o princípio da dignidade humana, não há como se delimitar de modo objetivo e restringível o direito à saúde, pois se dispõe na condição de direito fundamental expansível, à medida que o contexto social modifica-se.

Ademais, o direito à saúde não se acaba nos processos de atendimento destinados à cura de cada patologia, uma vez que esses são apenas componentes dos serviços que integram as políticas públicas de saúde, as quais pressupõe a ação organizada do Estado de cunho preventivo e promocional de melhores condições de vida, donde se inclui por exemplo as atribuições listadas ao sistema único de saúde no art. 200 da Constituição Federal, ao dispor que compete ao SUS, dentre outras funções, ordenar ações de vigilância sanitária, saneamento básico, incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico.

Nesse sentido, o direito à saúde compreende tanto o direito ao tratamento da doença e recuperação do indivíduo, por meio do acesso aos serviços destinados à recuperação do enfermo, típico de uma prestação positiva por parte do Estado, como também abrange a preservação da própria saúde, por meio de políticas públicas que visem reduzir o risco endêmico, como por exemplo o acesso a um meio ambiente sadio, na acepção de uma proteção genérica não individualizável, típico de uma coletividade transindividual.

Isso demonstra que, no atual estágio de evolução do direito social, não é suficiente que o Estado esteja limitado a assegurar tão somente os processos de tratamento de doenças, porquanto também se revelam necessárias as ações de cunho promocional e de cunho preventivo, com vistas à redução das injustiças sociais, a quem necessite das ações públicas de saúde.

Nesse contexto, desenvolve-se o princípio do atendimento integral do Sistema de Saúde brasileiro, vez que o direito à saúde previsto constitucionalmente não se restringe à cobertura e ao atendimento médico hospitalar, além do fornecimento de medicamentos, pois também envolve as ações preventivas e assistenciais no âmbito das políticas públicas de saúde.⁴

De igual modo, a fundamentalidade do direito à saúde está associada tanto no aspecto formal, haja vista a sua positivação no texto constitucional, nos termos do art. 196 e seguintes da Constituição de 1988, como também no aspecto material, conquanto se demonstra como conteúdo material do direito constitucional, estrutura do Estado e da sociedade.

Outra faceta na qual é possível desdobrar o direito à saúde refere-se a sua dupla dimensão de direito de defesa e de direitos prestacionais, isso porque, enquanto o direito à

saúde é interligado à integridade física e psíquica do indivíduo, possibilita também, por sua vez, a tutela de proteção à saúde contra intervenções do Estado ou mesmo de particulares.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 8) considera que, como direito de defesa, o direito à saúde visa “impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular”.

Na verdade, muito embora a Constituição não tenha exprimido o dever dos particulares, evidentemente, a lesão a integridade física ou psicológica de outrem trata-se de ato que indiretamente viola o aludido direito à saúde, tutelável portanto pelo direito. Da mesma forma que se considera o dever da própria pessoa na proteção da sua saúde, haja vista a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. (Sarlet, 2002)

Portanto, o direito à saúde tem dupla dimensão de direito prestacional, na medida que impõe ao Estado a realização de políticas públicas de saúde, ao mesmo tempo de direito de defesa para a proteção da saúde, entendida como bem-estar, em face de qualquer intervenção pública ou particular em face do titular do direito.

Essa concepção também se observa na conceituação, proposta por Sueli Gandolfi Dallari (1988, p. 59), sobre o direito individual à saúde, como liberdade de escolha dos meios de tratamento, e o direito social à saúde, no qual se privilegia a igualdade material para o acesso à saúde entre os titulares do direito.

Além do mais, o direito à saúde está interligado a vários outros direitos fundamentais que giram em torno do manto protetivo do princípio da dignidade humana, tais como o direito ao saneamento básico, moradia, educação, assistência social, previdência e dentre outros, demonstrando-se um direito de natureza difusa ou transindividual, indivisível, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato, como componente básico que estrutura o Estado Democrático de Direito. (Mendes, 2013, p. 42)

Isto é, muito embora possa se considerar que o direito à saúde é atribuído ao indivíduo exigível em face do Estado, também pode se verificar no âmbito da tutela coletiva. (Sarlet, Figueiredo, 2008, p. 40) Nesse sentido, afirma Júlio César de Sá da Rocha (1998, p. 46): “o direito à saúde possui natureza jurídica de direito difuso, na medida em que a Constituição Federal de 1988 trata-o como direito de todos (art. 196, caput).”

Assim também, outro aspecto acerca do direito à saúde que pode ser objeto de sua análise trata-se da sua característica universal. Isso significa dizer que a titularidade do direito à saúde é universal no direito brasileiro, estando ela atribuída a qualquer indivíduo que precise do atendimento do Estado, logo, até mesmo aos estrangeiros, mesmo que não residentes no país ou contribuintes da seguridade social, são atribuídos o direito acesso igualitário aos serviços de saúde e as prestações do Estado, independentemente da sua condição jurídica ou social, é o que se permite compreender do acesso universal e igualitário previsto nos termos do art. 196 da Constituição Federal.⁵

⁵ Assim prevê o supracitado artigo: “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.”

É interessante notar que a ideia de universalidade do serviço público de saúde, prevista pela Constituição Federal de 1988, veio a superar o antigo sistema de saúde regulado pelos Institutos de Aposentadoria e Pensão, os quais prestavam serviço de atendimento saúde aos profissionais de cada categoria profissional segurados, juntamente com os serviços prestados pelo antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) aos contribuintes da previdência social como segurados obrigatórios, razão pela qual naquele contexto não havia a organização de um sistema público de saúde voltado para o atendimento universal aos serviços de saúde.

Pelo contrário, atualmente, o Estado tem o dever de cumprir as políticas públicas a uma coletividade interminável, independente da condição do titular do direito à saúde, sendo objeto de tutela constitucional para todos aqueles que se encontrem na mesma situação.

Do mesmo modo, o direito à saúde compreende um processo de participação do indivíduo na composição das políticas públicas do Estado Democrático de Direito, conforme se interpreta das diretrizes do Sistema Único de Saúde, estabelecidas pelo art. 198 da Constituição Federal, ao prever expressamente no seu inciso III, a participação da comunidade.

Nesse sentido, os processos e procedimentos que envolvem os serviços de saúde abrangem não apenas a atuação do Estado, como também os indivíduos destinatários, os quais também possuem participação ativa na vida política da sociedade.

Logo, da concepção de direitos fundamentais, igualmente, deriva os deveres fundamentais na medida que os indivíduos são responsáveis com as suas obrigações políticas pelo progresso da vida em sociedade, incluindo-se dessa forma a participação na organização e diretrizes do Sistema Único de Saúde. (Andrade, 2004, p. 160)

Ademais, o reconhecimento constitucional, no sentido de que a participação da comunidade é diretriz básica na organização do sistema de saúde, invariavelmente, tem fundamento no princípio da solidariedade do interesse público e no interesse transindividual na melhoria de condições de acesso às políticas públicas de saúde.

Do ativismo judicial e da efetividade do direito à saúde

Assim sendo, o direito à saúde trata-se de um direito fundamental do indivíduo e ao mesmo tempo um dever do Estado. Além do mais, dentre as dimensões do direito à saúde verifica-se o seu caráter prestacional do atendimento e das políticas públicas de promoção à saúde, a serem obrigatoriamente fornecidas pela rede pública de saúde em prol do indivíduo, haja vista o princípio da universalidade do direito à saúde.

Da mesma forma, é válido lembrar que o direito fundamental à saúde assume a característica de um direito social, garantido pelo Estado do Bem-Estar Social, cujo surgimento decorre da segunda dimensão dos direitos fundamentais.

No entanto, diversamente dos direitos fundamentais de primeira geração de cunho absentista da atuação do Estado, no caso dos direitos fundamentais que obrigam um atuar positivo do Estado, isto é de cunho garantista de políticas públicas e prestacional, como o direito à saúde, observa-se a dificuldade de eficácia desses direitos sociais fundamentais,

especialmente por que dependem, para a sua concretização do no plano fático, de uma conduta a ser implementada pelo Poder Público, o qual outrora pode se demonstrar omissivo no cumprimento dos seus deveres constitucionais.

Nesse sentido, observa-se que, por vezes, o conteúdo dos direitos fundamentais é previsto no texto constitucionais, por meio de normas programáticas, dispondo sobre a realização de direitos sociais, no sentido de metas e fins de justiça social a serem alcançados pelo Estado, por meio de princípios institutivos e organizativos.

No entanto, mesmo na condição de normas programáticas, tais direitos sociais possuem um conteúdo vinculante, o que torna inclusive imprópria a denominação de normas programáticas (Guerra Filho, 1999, p. 34), conquanto são dotadas de normatividade para a disciplina da atuação do Estado, ainda que considerem um objetivo social a ser atingido.

Além disso, de acordo com José Afonso da Silva (2012, p. 81), “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação na ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição”, pois o que ocorre é que algumas normas constitucionais não gozam da plenitude dos seus efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não emanada a norma infraconstitucional integrativa e complementar.

No entanto, no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, mesmo sendo considerado direito social, é preciso ter em vista que ele não se restringe ao conteúdo de uma norma constitucional programática, no sentido de que depende da atuação poderes públicos para a produção dos efeitos que lhe são próprios.

Por isso, mesmo na omissão dos poderes Legislativo ou Executivo com a promoção do acesso às políticas públicas de saúde, o direito em si é plenamente eficaz e irradia os seus efeitos de forma imediata com caráter vinculante, uma vez que está ao mesmo tempo atrelado ao direito fundamental à vida e cuja essencialidade também decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, são prerrogativas conferidas ao indivíduo pela ordem constitucional de forma indisponível, cabendo ao Estado tanto a tutela como a proteção desse direito em todas as suas perspectivas.

Nesse sentido, é válido registrar que, na análise do caráter programático do artigo 196 do texto constitucional, ao prever o direito à saúde, por meio da implementação de políticas públicas do Estado, o Supremo Tribunal Federal já considerou que o caráter programático do art. 196 da CF não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade. (AgRg no RE 271.286-8-RS. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. j.12.9.2000)

Logo, o direito à saúde, mesmo com a natureza de direito prestacional, ou ainda com a característica de direito social, invariavelmente constitui-se como puro direito fundamental destinado produzir efeitos imediatos a toda a ordem jurídica, com plena normatividade, de forma que a característica programática da norma não se revela como fundamento para a eficácia do direito.

Ocorre que, na medida que o Poder Público é omissivo no cumprimento do dever de prestar o atendimento integral de saúde, o postulado normativo do texto constitucional não se realiza

de forma concreta no plano fático, o que ocasiona uma insuficiência no atendimento das demandas de saúde à população.

Essa perspectiva de inefetividade do direito à saúde, em razão da insuficiência do atendimento da rede pública de saúde, representa um dos âmbitos de intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas do Estado, as quais são atribuídas constitucionalmente ao Poder Executivo na direção dos serviços públicos, a exemplo do entendimento exarado no julgado acima exposto, ao dispor sobre a distribuição gratuita de medicamentos.

Tal forma de intervenção, outrora denominada ativismo judicial, consiste na possibilidade de o Poder Judiciário, quando provocado a dirimir uma situação fática de descumprimento dos direitos fundamentais pelo Estado, realize a concretização desses direitos no caso concreto, tendo em vista o poder jurisdicional que lhe é atribuído, para a interpretação e aplicação do ordenamento constitucional, fundado na eficácia imediata dos direitos fundamentais, assim como no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa acepção, vale ressaltar que o contexto do ativismo judicial que se considera para a efetividade dos direitos fundamentais, objeto de omissão do Poder Público, não se confunde com a outrora conhecida judicialização de políticas públicas, isso porque, embora ambos os conceitos sejam provenientes dos mesmos direitos fundamentais, a judicialização representa o reconhecimento de um direito subjetivo previsto na constituição de forma objetiva, independentemente da criação normativa pelo intérprete da regra. Logo, cabe ao judiciário aplicação estrita do disposto na norma constitucional pelos seus próprios termos, em razão do próprio modelo constitucional adotado pelo Estado brasileiro.

Por outro lado, o ativismo judicial compreende um processo de interpretação mais amplo e extensível com a atribuição de significado à norma constitucional pelo julgador, na medida que se revela de forma mais proativa no sentido e alcance da norma. Assim como ressalta Luís Roberto Barroso (2009, p. 75): “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

A percepção, no entanto, de que o ativismo judicial confere ao Poder Judiciário a concretização de um direito fundamental de forma ampla, por meio de uma interpretação que outrora revela possibilidade de criação do direito novo, é também passível de crítica porque, conforme se promove o decisionismo não fundamentado nos limites da constituição, para a preferência de uma certa justiça social no caso concreto, paralelamente, compromete-se ao afastamento do princípio de democrático por sobrepor as deliberações do próprio Legislativo ou da condução da política de estado pelo Executivo, ao mesmo tempo que se cria um ambiente propício à insegurança jurídica, porquanto não se tornam previsíveis os comandos constitucionais submetidos às interpretações contingenciais do Poder Judiciário. (Sarmiento, 2007, p. 14)

Por essa razão, o espaço de interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas de Estado, pelo veículo do ativismo judicial, deve considerar as delimitações traçadas pela hermenêutica constitucional, empreendida num processo de ponderação dos valores albergados pelo texto da carta política, haja vista que, enquanto as diferentes soluções

normativas são pertinentes no caso concreto pela subsunção do fato à norma, tem-se, portanto, nessa circunstância, uma técnica de decisão própria para casos difíceis, que obtenha o seu resultado fundamentado na ponderação da carga axiológica das normas constitucionais. (Barcellos, 2008, p. 55)

Assim, na ocasião que os poderes públicos se comporte de forma omissa, em face da eficácia dos direitos fundamentais e dos direitos subjetivos exigíveis para um atuar positivo do Estado, o processo do ativismo judicial revela-se como um fenômeno próprio da prática jurídica, para a eficácia imediata dos direitos fundamentais, em consequência da supremacia das normas e valores expressos pela Constituição Federal, tendo em vista o mister da função jurisdicional, na aplicação do direito ao caso concreto.

Dessa forma, a propositura da tese de que o ativismo judicial configura um desvio da finalidade do Poder Judiciário para a solução da lide não se sustenta, porquanto, ainda que os direitos fundamentais estejam consignados sobre conceitos jurídicos indeterminados, como se reporta ao caso do direito à saúde, são por outro lado autoexecutáveis esses direitos fundamentais pela própria interpretação e aplicação das normas constitucionais. (Barbosa, 2011, p. 151)

Assim também, não prevalece a ideia de que o ativismo judicial, ao pressupor uma aplicação proativa do direito pelo Judiciário, seria meio de invasão nos limites próprios da atuação dos poderes Executivo e Legislativo, extrapolando-se o significado do princípio da separação dos poderes, isso porque se trata de interferência legitimada pela ordem constitucional, com fins de concretização dos direitos fundamentais, logo, trata-se da realização do comando constitucional, que não se revela como diretriz unicamente política de estado, mas sim de cunho normativo.

Por outro lado, é bem verdade que não se trata da função típica do Poder Judiciário criar novas medidas para a promoção dos direitos sociais, como por exemplo a instituição de políticas públicas que envolvam a prestação de serviços públicos de saúde, porém, insere-se no controle judicial a apreciação da verdadeira efetividade prática das políticas públicas, sejam de atendimento ou de promoção humana, já existentes e previstas pela ordem constitucional, ante o próprio enfraquecimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. (Silva, Weiblen, 2007, p. 52)

Além do mais, a atuação judicial perante os serviços públicos essenciais, quando falhos e insuficientes para assegurar a satisfação dos direitos fundamentais, também se insere na possibilidade do controle judicial da administração pública, com vistas ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, o provimento jurisdicional que determina a prestação de uma atividade de saúde pelo Estado, no cumprimento dos direitos sociais previstos pela Constituição Federal, não acarreta a redistribuição dos poderes de decidir do Executivo ou Legislativo, haja vista que a atuação do Poder Judiciário verifica-se na omissão e insuficiência dos outros poderes, da mesma forma que a argumentação de falta de recursos orçamentários não pode constituir mera retórica, conquanto os direitos fundamentais sociais devem guardar na prática vinculação com a forma de atuação do Estado. (Keller, 2008, p. 265)

Por conta disso, observa-se que não há como se analisar o fenômeno da efetividade do direito à saúde apartado do ativismo judicial, porquanto, em vista da omissão dos poderes públicos no cumprimento do mister constitucional de prestar serviços de atendimento à saúde, o Poder Judiciário atua justamente no sentido da concretização do direito, por meio da executividade judicial da implementação de políticas públicas.

Assim também, a possibilidade de exercício do ativismo judicial para fins de eficácia do direito fundamental à saúde, o qual deriva dos valores constitucionais do princípio da dignidade humana, tem como pressuposto tanto o controle da atividade dos poderes públicos omissos, como também a possibilidade de reafirmar a segurança jurídica dos jurisdicionados acerca da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que, ainda que não dotados de intenção política para a organização de meios e procedimentos adequados, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento dos direitos constitucionais são garantidos pela tutela jurisdicional.

No entanto, o exercício da atividade do ativismo judicial voltado para a efetividade do direito à saúde não deve ser definido como algo absoluto ou despido de limites fundamentados, ao invés disso, esses contornos devem estar presentes na atribuição do Poder Judiciário de exercer o comando jurisdicional no âmbito das políticas públicas de saúde, não podendo funcionar assim como mecanismo de atuação supervalorizada desconectada da realidade enfrentada pelos demais poderes, como também fundada numa interpretação exacerbada ou não fundamentada na essencialidade do direito à saúde.

A necessidade de delimitação da atuação judicial em prol da efetividade do direito à saúde deve necessariamente sopesar a necessidade de motivação das decisões judiciais, conforme de controle do seu exercício, como também como mecanismo de respeito ao Estado Democrático de Direito, até porque, diante da limitação dos recursos orçamentários do poder público, entre a possibilidade de proteção do direito à saúde, ou prevalecer o interesse financeiro secundário do Estado, numa perspectiva de dilema, traduz o que se denomina “escolhas trágicas” do Poder Judiciário, ao exprimir o estado de tensão entre a necessidade estatal de “tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.” (Suspensão de Tutela Antecipada n. 175-AgR/CE. Relator: Min. Presidente. Data de julgamento: 16/06/2009. Data de publicação: 24/06/2009)

Nesse acepção, é necessário ressaltar que a concretização de direitos sociais à saúde pelo Poder Judiciário deve necessariamente sopesar as características de um micro e macro acesso à justiça, isso porque, muito embora a postulação da demanda por acesso a serviços e medicamentos seja feita de forma individual, por cada indivíduo lesado, no raciocínio empregado pela decisão, por outro lado, para a concretização do direito à saúde deve ser considerada a demanda no contexto coletivo enfrentado pelo Poder Público, também quanto ao aspecto econômico e orçamentário. (Amaral, 2010, p. 115)

Logo, a decisão não pode ser pautada tão somente pela uma situação individualmente considerada, mas em um contexto geral capaz de concluir que o Sistema de Saúde deve ser capaz de garantir a todos que se encontre na mesma situação jurídica. (Suspensão de

Segurança n. 3.073/RN. Rel. Min. Ellen Gracie. Data de julgamento: 14/02/2007. Data de publicação: 03/06/2009)

Assim, a decisão no âmbito das demandas individuais, muito embora possa ser circunstancial para um caso concreto específico, deve respeitar a pluralidade de opções e necessidades envolvidas no sistema de saúde público, inclusive porque, tratando-se do campo científico, a medicina verifica-se em constante evolução com a adoção de novas técnicas e tecnologias, as quais o Poder Público, pela insuficiência da sua capacidade de suprimento de recursos financeiros, pode prover para um caso específico, mas não por outro lado dispor ao atendimento universal do sistema em larga escala sem comprometimento do equilíbrio financeiro.

Desse modo, as decisões judiciais voltadas à implementação do direito fundamental à saúde devem tanto ser fundadas no conhecimento científico existente acerca do tratamento disponível para o tratamento da enfermidade (RE 657718/MG. Plenário. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019), como também nas normas administrativas que circundam o sistema público de saúde, as quais disponham acerca da previsão dessas políticas públicas, competência de determinado Ente Federado, bem como a reserva orçamentária, cabendo à autoridade judiciária direcionar de forma correta e adequada o cumprimento da obrigação, consoante assim mesmo já reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (RE 855178 ED/SE. Plenário. Rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019)

Além do mais, é possível que no exercício da jurisdição tanto seja analisada a possibilidade de impacto orçamentário da decisão sobre o direito à saúde, como também a previsibilidade do tratamento e medicamento já oferecido pelo sistema de saúde, ainda que não se pretenda na decisão judicial adentrar ao mérito do conhecimento médico científico sobre a eficácia e adequação do tratamento pretendido pelo lesado, a decisão pode considerar em um outro aspecto como parâmetro de definição os tratamentos já em utilização e de suficiente conhecimento acerca da sua utilização, tem-se como exemplo dessa sistemática em geral as listas de medicamentos organizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito da gestão da política nacional de saúde. (Suspensão de Segurança n. 3072-RN. Min. Rel. Ellen Gracie. Data de publicação: 14.02.2007)

Essa compreensão tem sido reafirmada tanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE n. 566471/RN, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11.3.2020), como também pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018), ao considerar que a eventual possibilidade de o Judiciário obrigar o Poder Público a realizar a disponibilização de medicamento e tratamento de saúde não previstos em atos normativos do SUS, sobretudo aqueles que notadamente se revelem de alto custo, para a hipótese de um indivíduo isoladamente considerado, demanda, necessariamente, a análise de certos requisitos a serem preenchidos judicialmente, tais como a demonstração de hipossuficiência financeira da parte requerente, como também a ineficácia daqueles fármacos já dispensados pelos atos normativos do sistema público de saúde.

Portanto, a eficácia do direito fundamental à saúde, com a disponibilização dos meios e processos para a prestação de políticas públicas, não se obstaculiza com a natureza de direito

social, ou também pela sua condição de norma programática, uma vez que mesmo nessa acepção jurídica o direito à saúde é plenamente efetivo, o que desponta portanto a atuação do Poder Judiciário no exercício do controle da atuação do Estado, quando se observa a ineficiência da política governamental para a garantia do acesso à saúde.

Essa perspectiva no sentido de exigir uma decisão judicial que considere, com razoabilidade e de acordo com os fins sociais do direito, a possibilidade de interferência na gestão dos serviços de saúde, sem o comprometimento grave às finanças públicas, num aspecto coletivo, assim como a previsibilidade do tratamento pleiteado junto às políticas públicas de saúde já desenvolvidas pela Estado, são critérios que levam como fundamento a necessidade de assegurar as condições mínimas indispensáveis para uma sadia qualidade de vida, em consonância com o interesse público envolvido na gestão do sistema público de saúde, de forma que o interesse individual da concretização do direito à saúde não supere o mínimo existencial sem a razoável ponderação dos interesses sociais.

Outro ponto que relaciona-se à efetividade do direito à saúde, trata-se da promoção da democracia participativa da comunidade, na medida que seriam capazes de influir nas escolhas públicas dos tratamentos e medicamentos que compõem a organização do sistema público de saúde, conquanto envolvam um alto grau de complexidade e custos para o seu fornecimento, haja vista que nos termos do art. 198, inciso III, da CF, uma das diretrizes de organização dos serviços públicos de saúde é, senão, a participação da comunidade, como se verificou, por exemplo, da audiência pública realizada em sede de julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 pelo Supremo Tribunal Federal. (Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 AgR. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. Publicado: 30/04/2010)

Essas perspectivas permitem concluir que o ativismo judicial no aspecto de concretização do direito fundamental à saúde pode ser delimitado de maneira ponderada e adequada com as realidades fáticas enfrentadas pelo Poder Público, sem que isso implique em qualquer perda da eficácia dos direitos fundamentais em si considerados, pois, lado outro, é possível, por meio da fundamentação da decisão judicial, com vistas à ponderação de valores entre o comprometimento das finanças do poder público, assim como pela consideração dos aspectos técnicos já disponíveis e organizados no âmbito do sistema público de saúde, entrever quais seriam os melhores meios de concretização do direito à saúde no caso concreto.

Considerações finais

O reconhecimento dos direitos sociais pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista o desenvolvimento da política do bem-estar social, traz invariavelmente uma nova gama de direitos sociais assegurados pelo texto da Constituição Federal, a qual impregnada de valores inerentes ao princípio da dignidade humana, constituída enquanto fundamento da República, atribui a possibilidade de o indivíduo exigir a implementação de políticas públicas do Estado na organização dos serviços de atendimento à saúde.

No entanto, considerando que os direitos sociais, assim como o direito à saúde, dependem para a sua concretização de condutas do Estado no sentido de dispor à população os meios e

procedimentos necessários para a garantia do direito à saúde, há por consequência a necessidade de se ter em vista as possibilidades de sindicarem a eficácia do direito à saúde, nas circunstâncias de que, embora assegurado o direito pelo ordenamento jurídico, o Estado seja omissivo na prestação de serviços suficientes à demanda do indivíduo.

Nessa perspectiva, é válido assentar que, dotado de plena eficácia irradiante, a garantia de eficácia do direito à saúde pelo seu titular desemboca-se necessariamente na possibilidade de exigir do Estado por meio da tutela jurisdicional provida pelo Poder Judiciário, donde se verifica a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial com vistas de assegurar a concretização do direito à saúde, nos termos previstos pela Constituição Federal.

Sob essa ótica, o ativismo judicial no âmbito das políticas públicas de saúde desenvolve-se como meio de controle da atividade dos poderes públicos, especialmente, na gestão de governo, que porventura demonstra-se omissivo no cumprimento do dever constitucional acerca de assegurar a todos a fruição do direito à saúde, estabelecendo de forma coercitiva ao Poder Público a determinação de dispor de tratamentos e medicamentos a serem prestados ao titular do direito.

A atuação do Poder Judiciário no sentido pró ativo de impor a prestação de serviços de atendimento à saúde pelo Estado, ainda que se desenvolva em um meio de atribuição de significado às normas, no seu mister de aplicação do direito ao caso concreto, não implica tanto na violação da separação dos poderes, como também na interferência da atribuição constitucional de execução e implementação de políticas públicas aos demais poderes, conquanto seja realizado de acordo com os fins constitucionais, é também voltado para a finalidade de assegurar a garantia do mínimo existencial.

Em razão disso, verifica-se a necessidade de a decisão judicial, ao impor a concretização de políticas públicas ao gestor de governo omissivo, ser pautada por parâmetros de razoabilidade de proporcionalidade, com vistas ao fim social do direito, uma vez que a implementação das ações de saúde não apenas depende do elemento volitivo e político, mas também das possibilidades financeiras do Estado destinados à satisfação do interesse público como um todo.

Essas possibilidades de motivação das razões de decidir no contexto do ativismo judicial no âmbito do direito à saúde devem considerar, não apenas a fundamentalidade do direito à saúde, mas ao mesmo tempo de forma objetiva no caso concreto as consequências que o atendimento da demanda pode implicar na gestão coletiva do sistema público de saúde, em vistas a um critério de macrojustiça.

Além do mais, em decorrência da participação democrática, o judiciário deve ter em atenção os diferentes meios de satisfação do direito, com vistas às técnicas já dispostas ao conhecimento científico e em funcionamento pelo Poder Público, tanto pela contribuição dos responsáveis pela prestação dos serviços de atendimento, como também pela participação de setores da sociedade que sejam capazes de contribuir em uma análise técnica, haja vista que, em sede do Estado Democrático de Direito, a decisão que de forma ou outra implique na redução das capacidades de satisfação do direito de todos à saúde deve ser necessariamente pautada pela ponderação de valores e a motivação na aplicação de direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

- AGRA, W. de M. 2010. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva.
- ALEXY, R. 1993. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de estudios constitucionales.
- AMARAL, G. 2010. *Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- ANDRADE, J. C. V. 2004. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra, Almedina.
- BARBOSA, H. F. C. 2011. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível. In: F. G. de Andrade (org.), *Estudos de direito constitucional*. Recife, Edupe.
- BARCELLOS, A. P. de. 2008. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: L. R. Barroso (Org.), *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar.
- BARROSO, L. R. 2009. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, 4(13):71-91.
- BERCOVICI, G. 2008. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: C. P. de Souza Neto; D. Sarmiento (org.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- BOBBIO, N. 1998. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus.
- BONAVIDES, P. 2007. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo, Editora Catavento.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 271.286-8-RS. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. j.12.9.2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3.073/RN. Rel. Min. Ellen Gracie. Data de julgamento: 14/02/2007. Data de publicação: 03/06/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3072-RN. Min. Rel. Ellen Gracie. Data de publicação: 14.02.2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175-AgR/CE. Relator: Min. Presidente. Data de julgamento: 16/06/2009. Data de publicação: 24/06/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 AgR. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. Publicado: 30/04/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. RE 566471/RN, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11.3.2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019
- BRASIL. STF. Plenário. RE 855178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019
- BULOS, U. L. 2011. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva.
- CANOTILHO, J. J. G. 2003. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina.
- COMPARATO, F. K. 2010. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva.
- CZERESNIA, D.; FREITAS, C. M. 2003. O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção. In: D. Czeresnia; C. M. Freitas (org.), *Promoção da Saúde*. Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 39-53.

- DALLARI, S. G. 1988. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*, **22**:57-63.
- FARIA, J. E. 1994. Os desafios do Judiciário. *Revista USP*, **21**:46-57.
- FERREIRA FILHO, M. G. 2009. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva.
- GUERRA FILHO, W. S. 1999. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre, Síntese.
- KELLER, A. A. 2008. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- LOPES, J. R. de L. 2005. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: J. E. Faria (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros.
- MENDES, K. R. 2013. *Curso de direito da saúde*. São Paulo, Saraiva.
- ROCHA, J. C. de S. da R. 1988. *Direito à saúde. Direito sanitário na perspectiva dos direitos difusos e coletivos*. São Paulo, LTr.
- SARLET, I. W. 2002. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, **10**.
- SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. 2008. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: I. W. Sarlet; L. B. Timm (orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora.
- SARMENTO, D. (Org.). 2007. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris.
- SARMENTO, D. 2004. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Revista de Direito Sanitário*, **2**(1):27-38.
- SEGRE, M.; e FERRAZ, F. C. 1997. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, **31**(5):538-542.
- SILVA, A. R. da; WEIBLEN, F. P. 2007. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, **2**(2):42-53.
- SILVA, J. A. da. 2008. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros.
- SILVA, J. A. 2012. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed. São Paulo, Malheiros.

Submetido: 19/05/2018

Aceito: 21/12/2020