

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS Uni-ANHANGUERA
CURSO DE DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NOS LIMITES DO
ESTADO NO CUMPRIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL A
SAÚDE**

ALINE SOUZA DOS SANTOS VIEIRA BORBA

GOIÂNIA
ABRIL/2019

ALINE SOUZA DOS SANTOS VIEIRA BORBA

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NOS LIMITES DO
ESTADO NO CUMPRIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL A
SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário de Goiás Uni-Anhanguera, sob orientação do Professor Pós Doutor Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior, como requisito parcial para a confecção do Trabalho de Conclusão de Curso e a obtenção do título de Bacharel em Direito.

GOIÂNIA
ABRIL/2019

Dedico este trabalho a todos os cidadãos que lutam por seus direitos e que lutam por uma sociedade melhor, mais justa e harmônica. Dedico, principalmente, a Deus e ao meu tio Rafael Silva Santos por ter me ajudado quando eu mais precisei.

Dedico também a minha mãe Ruth Dos Reis Santos e ao meu pai Cláudio Souza Dos Santos Vieira Borba que são a minha inspiração diária por suas trajetórias de lutas, fé e garra e por sempre acreditar em mim.

Dedico a todos meus familiares e aos meus irmãos.

Dedico a todos os meus amigos em especial a Isabela Cristina e Isadora Ferreira por terem me acompanhado nessa trajetória me dando força e esperança.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos á esta universidade e todo corpo docente, direção e administração. Á professora Débora Martins, á professora Ana Paula Fleury, o professor Frederico de Castro Silva, e ao orientador professor Clodoaldo Moreira, pelo apoio.

A minha mãe Ruth Dos Reis Santos ao meu pai Cláudio Souza Dos Santos Vieira Borba por tudo, por ter me ensinado a ser forte e a nunca desistir.

Não posso esquecer-me da minha imensa gratidão a Deus por ter me dado as melhores possibilidades de ter chegado até aqui por todas a vezes em meio a solidão e ao desespero de ter me acolhido em seus braços e confortando o meu coração ansioso.

E, finalmente, aos meus familiares e amigos queridos que fizeram parte da minha formação, torcendo pelo meu sucesso e que vão continuar presentes em minha vida.

RESUMO

A evolução histórica dos direitos sociais começa com a necessidade do Estado garantir o mínimo de sobrevivência a todos em específico o direito a saúde por se tratar de um direito de segunda geração de caráter fundamental. No primeiro capítulo deste trabalho se aborda a evolução histórica dos direitos sociais como principal o direito a saúde na amplitude dos princípios mínimo existencial e reserva do possível. Assim fazendo uma análise da efetivação do direito a saúde junto com as políticas públicas na sociedade com a interferência do poder judiciário e uma abordagem de como a administração pública faz sua gestão, ou seja, de como a administração pública distribui seus recursos orçamentários para a efetivação do direito á saúde.

PALAVRAS – CHAVE: Direito. Saúde. Políticas Públicas. Orçamento. Princípio da Reserva do Possível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE	8
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988	8
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES PARA A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE.....	12
1.3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL MEDIANTE APLICABILIDADE AO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE.....	15
II. DO DIREITO FUNDAMENTAL Á SAÚDE	19
2.1 O DIREITO A SAÚDE NOS DIAS ATUAIS.....	19
2.2 O DIREITO Á SAÚDE PERANTE AS FALÁCIAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	25
2.3 OS PRINCÍPIOS RESERVA DO POSSÍVEL É O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO FORMA DE ATUAÇÃO NO DIREITO Á SAÚDE	29
III. A ATUAÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE	32
3.1 A IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE.....	32
3.2 O CONTROLE SOCIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS PELA SUBJETIVIDADE DO DIREITO A SAÚDE.....	37
3.3 ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS DECISÕES JUDICIAIS PARA UMA GESTÃO EFETIVA DO DIREITO Á SAÚDE.....	40
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O direito a saúde é estabelecido na constituição federal de 1988 como um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido por meio da escolha de políticas públicas, como a precaução do acesso universal é democrático as ações e aos serviços referente a esse direito.

Como um direito fundamental social de caráter prestacional o direito a saúde necessariamente necessita de recursos econômicos do Estado, assim como qualquer outro direito que sua efetivação venha por intermédio das políticas públicas. No entanto vamos abordar a questão da sua efetivação diante do principio da reserva do possível, que está relacionada com as possibilidades financeiras do Estado, tornando- se um meio limitado para a sua efetividade dos direitos fundamentais prestacionais.

Observa-se, que o direito a saúde sendo um direito que deve ser efetivado pelo Estado os meios utilizados para esse planejamento da sua devida efetivação acarreta vários fatores que os torna escassos, não sendo distribuído de forma igualitária, por isso a teoria da reserva do possível aborda uma tese que estabelece como escassez dos recursos, por isso o direito a saúde tem fundamentos no dispositivo legal da constituição federal brasileira no seu artigo 6º e em seu artigo 196 em mais específico.

Entende se que o direito a saúde mesmo sendo retratado como um direito fundamental sendo dever do estado cumprir sabemos que o problema da saúde no Brasil não se resolveu mesmo ocorrendo uma inserção do direito a saúde como uma regra fundamental, no entanto o direito a saúde tem sua aplicabilidade de imediato, ou seja, o direito a saúde pode ser entendida como um direito subjetivo, sendo requestado pelo poder judiciário.

No entanto, essa efetivação do direito a saúde no posicionamento da jurisprudência vigente juntamente com a doutrina aborda vários pontos falhos que as garantias legais principalmente constitucionais tentam fazer a aplicabilidade da justiça neste âmbito. Pois o sistema jurídico brasileiro tem leis de caráter democrático, mas não tão efetivas como devem ser , por isso o direito interfere para tentar resguardar o Maximo da justiça diante dos cumprimentos legais.

I. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

O direito a saúde nem sempre foi reconhecido como um direito fundamental garantido pelo cidadão. Nos países que desde sempre tem por base os direitos humanos garantidos na sociedade mantém o direito a saúde como um direito fundamental (MACHADO, 2016).

Desde antigamente o direito a saúde e encarado de forma resistente como na idade média que a saúde assim como as doenças eram manifestadas por meio das imposições divinas, assim os locais que eram de responsabilidade de cuidar dos enfermos eram controlados pelos religiosos. Pois a cultura os costumes sociais da época se era baseado nas leis divinas que advinha de um ser superior e aplicadas pela a igreja católica assim tornando os costumes e direitos na forma teológica, ou seja, o Estado da época era a igreja católica que garantia todo um certo bem estar da sociedade em questão (MACHADO, 2016).

Segundo pesquisas do artigo científico da universidade UNIVEM cita os renomeados doutrinadores Dirceu Pereira Siqueira e José Luiz Ragazzi aponta sobre a época em questão:

Naquele momento histórico, os padres eram os responsáveis pelos milagres, por serem tidos como ministros religiosos. Assim, deles era o direito de fazer curas, uma vez que as doenças eram castigos divinos e os ministros religiosos tinham poderes para efetuarem curas e acabarem como doenças ou não (SIQUEIRA; RAGAZZI, 2008, p.69 *apud*, MARÍLIA, 2010).

O grande marco para a história do direito á saúde foi a primeira revolução industrial, por mais que fosse de caráter capitalista a saúde passou a ser considerada como um meio para se obter produção e conseqüentemente aumento nos lucros industriais com isso passou a se investir em condições melhores de trabalho assegurando o direito á saúde. Nesse sentido observando todo o contexto histórico desde a idade média, revoluções industriais a criação da ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS) que foi criada com o objetivo de promover a cooperação internacional após a segunda guerra mundial assim gerando a criação das OMS (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE) em 1948 que foi criada com o intuito de desenvolver ao máximo possível o nível de saúde de todos os povos sendo subordinada pela ONU assim tornando o direito a saúde com caráter efetivo como um direito

fundamental garantido em vários corpos legislativos sendo incorporado aos direitos humanos (MACHADO, 2016).

A constituição federal de 1988 assegura o direito a saúde sendo um direito de todos e como garantidor desse direito o Estado, assim o mesmo tem o dever de tornar efetivo esse benefício de forma proporcional aos cidadãos por meio de políticas públicas e econômicas sendo universal nas ações e serviços referente a esse direito. Na atuação do Estado ele atua de forma preventiva, reparativa ou curativa, sendo que a atuação preventiva foi privilegiada (MACHADO, 2016).

Esse direito tem caráter individual a ser exercido na margem da coletividade, pois os entes públicos como mencionados acima tem o dever de garantir e reparar esse direito de variadas formas sem qualquer viabilidade de universalização. E assim destaca-se que o principio da universalidade da cobertura e atendimento alcança maior aplicabilidade no Brasil junto com a manifestação do principio da igualdade (MACHADO, 2016).

Para se abordar a questão da evolução histórica do direito a saúde a luz da constituição federal de 1988 tem se por necessidade entender a origem das políticas públicas que trás o principal foco deste trabalho, pois o direito a saúde e um dever que deve ser garantido pelo Estado. Nisso entra a questão do Estado providência que aborda sobre a intervenção do Estado perante o funcionamento da sociedade assim exigindo-se que ele seja moldador da vida econômica e social da sociedade assim como mencionado no artigo Estado-providência: chega de odes e críticas neoliberais que menciona o doutrinador François Ewald:

No livro *L'État providence* tem-se a problematização do “acidente” no quadro de formação do Estado-providência e do nascimento da Seguridade Social como a socialização das responsabilidades. Responsabilidades no seu par com a solidariedade e o acidente, não como um tipo de acontecimento, mas, como relação com o outro, como problema social. (artigo Estado-providência: chega de odes e críticas neoliberais *The Welfare State: no more odes and criticism*, Robson de Oliveira e Simone Sobral Sampaio, 2016, p. 303).

Assim deixando claro a responsabilidade da seguridade do Estado com os direitos sociais e entre eles o direito a saúde. No direito social a competência jurídica pertence a todos os indivíduos como o direito a vida, ou seja, direitos e deveres fundem-se e devem ser ambos respeitados por todos (MACHADO, 2016).

O Estado providencia na sua ficção de conciliar suas contradições, implementa a questão de regras para normalizar o comportamento dos indivíduos na sociedade para se

garantir uma ordem social, pois o Estado deve manter essa organização para que se haja uma melhor efetivação na distribuição das melhorias visto que, segundo Ewald, essa tendência pode ser evitada no lugar da centralização das instituições, alvo fácil de manipulações políticas, descentralização assim colocando um Estado social mais justo como citado no artigo referido acima por Ewald (p. 529) enaltece o Estado-providência:

Longe de absorver o todo da vida das pessoas, a seguridade permite, ao contrário, a cada um conduzir sua vida individualmente. A seguridade dá uma solução inédita ao problema político [...]: combinar liberdade e solidariedade, socialização e individualização; formar um todo sem que isso se faça em detrimento das partes. A seguridade é uma das formas práticas dessa combinação. Ela é uma forma política que permite garantir um maximum de liberdade individual em um mundo cada vez mais solidário e socializado (artigo Estado-providência: chega de odes e críticas neoliberais The Welfare State: no more odes and criticism, Robson de Oliveira e Simone Sobral Sampaio, 2016, p. 307).

O Estado social ou Estado de providência busca essa visão mais coletiva onde o direito se aplica a todos de forma justa e equivalente a capacidade de cada indivíduo esse Estado como já mencionado deve garantir o mínimo para a sobrevivência dos indivíduos garantindo o bem estar social (BRAVO, 2001).

Segundo o sociólogo Marshall (1949) a política como uma ciência ajuda a entender em como desvendar a natureza é o conteúdo dos problemas com os quais as políticas e mais em foco as políticas públicas e econômicas que garantem os direitos sociais tem que lidar com a eficácia relativa de alternativas para a realização de determinados objetivos como ele aborda em o bem estar social a educação sendo um dos principais meios para se garantir uma igualdade de bem estar social também como a fonte principal para se garantir a efetivação dos direitos prestacionais. A dar mais valor à educação e ao lazer do que "a um mero aumento de salários e conforto material" (MARSHALL, p. 60).

Marshall para a sua análise das políticas públicas menciona o que vem a ser cidadania visto que, para o sociólogo os direitos sociais devem ter uma aplicabilidade efetiva advindo de uma educação social o que leva a uma cidadania que se divide em civil, política e social. Especificando o elemento civil é composto pelos direitos necessários á liberdade individual liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça, já o elemento político é o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo, ou seja,

uma soberania popular e por último o elemento social que se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e social ao direito de participar.

Como Maitland disse: "Quanto mais revemos nossa história, tanto mais impossível se torna traçarmos uma linha de demarcação rigorosa entre as várias funções do Estado - a mesma instituição é uma assembleia legislativa, um conselho governamental e um tribunal de justiça... Em toda parte, à medida que passamos do antigo para o moderno, vemos o que a Filosofia da moda chama de diferenciação (CIDADANIA, CLASSE SOCIAL E STATUS, MARSHALL, p. 64).

A cultura em questão das políticas públicas são remotas percebendo que desde sempre o Estado vem a garantir seu dever assim como estabelece os deveres que a sociedade tem diante de seus direitos. Nessa evolução histórica chegamos ao ponto de perceber que os direitos sociais são assegurados desde muito antes de um texto constituinte visto que, a partir do momento que se compôs a ordem social se necessitava de direitos de caráter prestativo do Estado para manter a organização diante dos fatos. A história mostra o quanto o Estado o bem estar social evolui de acordo com as mudanças sociais como a historia dos direitos civis que garante a personalidade do individuo e a sua capacidade perante a vida civil.

A história dos direitos civis em seu período de formação é caracterizada pela adição gradativa de novos direitos a um status já existente e que pertencia a todos os membros adultos da comunidade - ou talvez se devesse dizer a todos os homens, pois o status das mulheres ou, pelo menos, das mulheres casadas era, em certos aspectos importantes, peculiar. Esse caráter democrático ou universal do status se originou naturalmente do fato de que era essencialmente o status de liberdade e, na Inglaterra do século XVII, todos os homens eram livres (CIDADANIA, CLASSE SOCIAL E STATUS, MARSHALL, p. 68).

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, o Estado deve realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante (WANG, p. 540, 2008).

A cidadania como mencionada acima e uma característica marcante para que o Estado tenha a capacidade de efetivar seu dever perante a sociedade e em relação aos direitos

sociais não seria diferente para que se tenha essa efetivação mesmo tendo um caráter de falácia o cidadão em questão tem o direito de recorrer para que o seu direito seja efetivo, pois, a necessidade de manter a ordem social e o principal ponto que estado tem que cumprir. Os direitos fundamentais surgem nessa questão para se garantir o mínimo aos indivíduos por isso a constituição federal aborda os direitos sociais no artigo 6º é mais conclusivo sobre a saúde no seu artigo 196 e seguintes (MACHADO, 2016).

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES PARA A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

A constituição federal aborda o direito a saúde como uma garantia fundamental sendo mais específico como uma cláusula pétrea, e tendo o Estado nos limites da sua atividade jurisdicional como o meio de garantir sua efetivação por meios de políticas sociais e econômicas. O ponto em específico e a abordagem da efetivação dentro do contexto constitucional social referente a questões de princípios, ou seja, normas que via de regra tem o Estado o dever de cumprir. O ponto mais importante dos direitos fundamentais de segunda dimensão está no seu caráter social - prestacional como um texto abordado em uma norma constituinte passa a ter um peso de lei constitucional como exposto no artigo 6º da constituição federal (MACHADO, 2016):

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CF- 2017 p. 11).

Nesse sentido, Bonavides afirma:

Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 2006, p. 564 *apud*, MARÍLIA, 2010).

No entanto, os direitos de segunda geração são aqueles que o Estado tem o dever de proporcionar condições sociais, culturais e econômicas igualitárias e adequadas aos indivíduos. Sendo de punho constitucional a base para se ter essa efetivação do Estado são os princípios constitucionais esses princípios que regem os direitos sociais tem suas competências que a constituição instituiu dentro do capítulo da seguridade social. Mas também a constituição deixa clara a iniciativa privada a assistência a saúde no artigo 199 da constituição federal (MACHADO, 2016):

“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” e o “atendimento integral” (art. 198, II).

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Os princípios constitucionais Segundo José Afonso da Silva 1994, os princípios constitucionais são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas. Assim os princípios que garantem os direitos sociais de forma geral no teor do direito a saúde são: princípio da universalidade, princípio da integralidade, princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do mínimo existencial.

O princípio da universalidade esta implícito na constituição federal em seu artigo 196 esse princípio aborda que o direito a saúde tem um caráter universal e tem por significado a garantia estatal às condições necessárias para o exercício e acesso à atenção e à assistência à saúde em todos os seus níveis, ou seja, basta a sua condição como ser humano para que seja garantido o pleno atendimento a saúde preventiva e curativa, ficando vedadas discriminações decorrentes da condição econômica, social, profissional ou mesmo regional. A Lei nº 8080/90, no seu art. 7º, I, estabelece esse princípio da universalidade no ramo da saúde sendo um direito de todos os indivíduos (MACHADO, 2016).

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

O princípio da integralidade se encontra no texto constitucional do artigo 198, II da constituição federal que aborda “as ações e serviços públicos integram uma rede

regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;”. Esse princípio interpõe a questão que do atendimento integral que garante a todo e qualquer indivíduo o atendimento do direito a saúde assim proporcionando um caminho para a efetivação das políticas públicas (BRAVO, 2001).

Esse princípio associa-se a noção de prevenção, proteção e recuperação, devendo o direito à saúde ser considerado em todos os aspectos, e não apenas em um deles e por meio disso entende a função do Estado no dever prestacional no tocante a saúde visto que, deve ser garantido através de políticas públicas preventivas, protetivas e de recuperação assim como estabelece p artigo 7º, II da Lei nº 8080/90.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: **II** - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

O texto constitucional eleva a saúde a um patamar extremamente diferenciado dentro da estrutura jurídico-constitucional, assegurando-a como direito fundamental social de todos os indivíduos, prevendo acesso universal, integralidade, atendimento igualitário e dever do Estado, ao mesmo tempo permite o funcionamento de um sistema privado de saúde, com atendimento voltado para a parcela da população em condições de arcar com os seus custos (BRAVO, 2001).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o máximo do Estado democrático de direito, pois esse princípio é o ponto fixo para todos os outros elencados no artigo 5º da constituição federal e sendo abordado em todos os capítulos constitucionais inclusive no capítulo dos direitos sociais pelo fato desse princípio ser primordial na composição de uma vida com igualdade social, observando que todo ser humano é dotado do preceito da dignidade da pessoa humana. Sendo instituído nos direitos sociais o direito a saúde sendo de teor fundamental tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo José Afonso da Silva (2010) a dignidade da pessoa humana só foi alçada ao *status* de fundamentalidade constitucional, positivamente falando, pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 (LEI DE BONN):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Por fim o princípio do mínimo existencial que abrange o conjunto de prestações materiais necessárias e essenciais para todo ser humano ter uma vida digna. E tem por núcleo o princípio citado acima da dignidade da pessoa humana. Esse princípio entra na questão dos direitos sociais por se tratar de um dever estatal garantir o mínimo de uma vida digna ao indivíduo assim proporcionando também uma abordagem nas políticas públicas e econômicas visto que, essas políticas tem que garantir o mínimo da assistência de forma igual a todos. O mínimo existencial possui uma relação com o princípio da dignidade da pessoa humana junto com o Estado democrático de direito para o comprometimento da concretização da justiça social (TORRES APUD PENA, 2011).

Para Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; (...) é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social (TORRES APUD PENA, 2011, p. 14).

O presente princípio não se limita a garantir apenas a sobrevivência física pois deve garantir uma existência digna que garanta todos os direitos fundamentais em foco aos direitos sociais o mínimo existencial deve ser avaliado nas circunstâncias que possibilita a garantia dos direitos prestacionais em foco a saúde levando um acesso a justiça social. Sendo assim o direito a saúde não se trata só de fornecer remédios e tratamentos a população mas também garantir melhor efetivação das políticas públicas na questão das medidas preventivas e curativas como se é resignada na lei nº Lei nº 8080/90 (TORRES APUD PENA, 2011).

1.3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL MEDIANTE APLICABILIDADE AO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado que deve garanti-lo por meio de

políticas sociais e econômicas para reduzir o risco de doença, proporcionando, ainda, o chamado acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação (RIBEIRO, p. 1, 2011).

Assim os direitos fundamentais são visados pela constituição federal sendo integrado pelos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Até mesmo o supremo tribunal de justiça entende que os direitos sociais são de caráter fundamental no nosso ordenamento jurídico como expõe o julgado abaixo pelo tribunal e justiça do Rio Grande do Norte:

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AgReg em Suspensão de Liminar nº 47, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento em 17.03.2010). EMENTA: CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RECUSA DO ESTADO EM FORNECÊ-LO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA A DIREITOS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO APELANTE EM PROMOVER O FORNECIMENTO DE EXAME IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DE SAÚDE DA APELADA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ARBITRADOS DEVIDAMENTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL (TJRN, Apelação Cível 2010.015782-9, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Aderson Silvino, Julgamento: 03/05/2011).

O Estado diante da responsabilidade de cumprir seu dever tem suas falácias jurídicas que por meios constitucionais tem como garantir o mínimo mas também tem como justificar o motivo pelo qual não efetivou o direito de forma universal diante do princípio a reserva do possível. Esse princípio originou – se na Alemanha em 1970 que ficou conhecido como reserva do financeiramente possível esse princípio consiste na garantia dos direitos já previstos no caso direitos prestacionais no ordenamento jurídico desde que existente os recursos públicos adequados (RIBEIRO, p. 3, 2011).

A efetivação dos direitos fundamentais sociais sofre restrições no que desrespeita a reserva do financeiramente possível e assim a partir da construção jurisprudencial tem se exigido a comprovação da falta de recursos não bastando que o Estado afirme, mas sim através de provas. Visto que, o ordenamento jurídico na carta constitucional visa como um dos principais princípios a dignidade da pessoa humana o princípio a reserva do possível tem que estar em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana antes de alegar falta de recursos orçamentários. Essa escassez dos recursos orçamentários diante do Estado pressupõe que o Estado tem que ter preferência diante dos direitos sociais a validade jurídico social da efetivação dos direitos (RIBEIRO, 2011).

De acordo com o princípio a reserva do possível a reparação dos direitos e em foco os direitos sociais esta vinculada as questões orçamentárias do Estado assim tornando um limite para a efetividade dos direitos prestacionais, o argumento usado afirma que as necessidades necessitam ser efetivadas de formas ilimitadas aos recursos econômicos, pois eles são finitos assim são necessários critérios para a efetivação dos direitos sociais, ou seja, o Estado não tem como garantir tudo a todos (TEIXEIRA, p. 5, 2010).

O direito à saúde é direito fundamental assim possui aplicabilidade imediata, ou seja, a saúde pode ser entendida como um direito subjetivo que é capaz de ser sustentado pelo poder judiciário No Brasil, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, é o dispositivo que garante a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualifi car-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema 18 SCHWARTZ, Direito à Saúde..., 2001, p.40 e seguintes. 19 Para análise mais completa do assunto, veja-se SCHWARTZ, Germano. O tratamento Jurídico...

p.129. 50 Direito e Democracia, v.11, n.1, jan./jun. 2010 da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de iní delidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

O direito à saúde está presente na maioria dos ordenamentos jurídicos. O problema não reside, portanto, na positivação do Poder Judiciário colaborar na efetivação ao direito à saúde. Ele repousa no uso das falácias que consiste no princípio a reserva do possível essas falácias são argumentos que fazem os direitos sociais abandonarem suas características de valores fundamentais constitucionais assim percebe que a reserva do possível afeta principalmente os direitos de segunda geração é possível concluir que a reserva do possível limita apenas os direitos que exigem prestações positivas por parte do Estado. Segundo Barreto, 2011;

[...] Outro argumento falacioso refere-se ao custo dos direitos sociais. Chamada, também, da falácia da “reserva do possível”, representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo. Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como limite factico à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais (BARRETO *apud* TEIXEIRA, 2011).

A saúde, como direito social subjetivo, também gera gastos. Assim, está limitada pela reserva do possível. Sendo um direito fundamental social o direito a saúde se tornou um dos valores supremos do ordenamento jurídico brasileiro, por isso mesmo diante de falácias jurídicas esse direito tem sua base os princípios constitucionais como seu pilar para a devida efetivação. O instituto da reserva do possível no Brasil recebeu um termo financeiro, gerando

a efetividade diante dos direitos sociais à prestações materiais condiciona-se a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que os direitos fundamentais dependem de prestações financiadas pelos cofres públicos (RIBEIRO, 2011).

Verifica que a reserva do possível vincula-se à escassez, bens escassos não podem ser usufruídos por todos, assim sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito à igualdade. Tal escassez resulta da escolha, se não há recursos suficientes cabe ao administrador decidir qual área irá investir em detrimento de outra. (Pena, p. 9, 2011). Mediante as dificuldades sociais que se encontra atualmente a jurisprudência vem se manifestando no sentido de afastar a reserva do possível quando ocorrer choque entre a efetivação dos direitos fundamentais exigindo que o Estado comprove a ausência de recursos (RIBEIRO, 2011).

II. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1 O DIREITO A SAÚDE NOS DIAS ATUAIS

O direito a saúde tem como definição constitucional um direito, irreclamável do Estado o qual deve atuar de forma preventiva, reparatória e curativa, mas a principal atuação deve ser a preventiva. Pois e nesse direito que se abrange o principio da universalidade que atua junto do principio da igualdade como se estabelece na Lei nº 8080/90, no seu art. 7º, I:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

Mas para se ter esse direito garantido de forma preventiva, curativa e reparatória foi necessário se criar um complexo com características que estabelecesse um sistema único que fosse ao mesmo tempo descentralizado, que de forma ampla os serviços referente a saúde seja de aplicação autônoma e política, resguardando os princípios fundamentais constitucionais junto com o caráter social dos direitos sociais, como estabelece o artigo 198 da CF\88 (MACHADO, 2016, p. 1035).

Assim surgiu a Lei nº 8080/90 que regula em todo o território nacional as ações e serviços de saúde praticados isoladamente ou conjuntamente por pessoas jurídicas de direito público ou privado. Essa lei tem como principal garantia levar o direito a saúde de forma ampla para a sociedade e estabelecer que o Estado é um dos principais garantidores desse direito como se observa no artigo 2º da lei nº 8080/90:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Uma outra característica que a lei nº 8080/90 é a constituição estabelece para se ter um sistema único de saúde é a “integralidade da assistência à saúde do indivíduo” previsto no artigo 198, II, da CF, e art. 7º, II, da Lei nº 8.080/90. Pois sem uma assistência de serviços, não é possível se garantir essa integralidade, que seja de prestação tanto social quanto econômica. E é a partir dessa integralidade que o Estado passará a exigir dos entes federativos a aplicação dos atos jurídicos administrativos para a efetivação do direito à saúde (MACHADO, 2016, p. 1038):

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Observa-se no dispositivo acima, a medida preventiva diante da ênfase nas políticas públicas sociais e econômicas que prevê a redução dos riscos de doenças e outros agravos, derivado do princípio da igualdade e da universalidade com caráter subjetivo que aborda a universalidade da cobertura como forma de integralidade é com caráter objetivo que visa a universalidade do atendimento (MACHADO, 2016, p. 1038).

Art. 7 da Lei nº 8.080/90, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Como referido acima o Estado é o garantidor da assistência no que concerne o direito á saúde, isso porque a CF\88 em seu artigo 195 esclarece que para o financiamento do SUS no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios a União tem extrema importância, com isso a lei nº 8080/90 uma norma infraconstitucional, definiu o SUS , em domínio único em cada esfera do governo, assim o ministério da saúde passou a ser gestor na esfera da União. Portanto, o Brasil passou a adotar o SUS como forma de alcançar a universalidade do direito á saúde e como um mecanismo para atender a comunidade como prevê o artigo 198, II da CF\88 (MACHADO, 2016, p. 1039).

Sendo o SUS um dos meios para se garantir a saúde e o que vincula a observância do principio do caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social como estabelece o artigo 194, parágrafo único, VII da CF\88. O principio do caráter democrático da administração tem como fundamento constitucional o Estado Democrático de Direito exposto no Artigo 1 caput da CF\88; Esse principio se justifica pela gestão quadripartite, a qual pressupõe a participação dos trabalhadores, empregados, aposentados e do governo nos órgãos colegiados que constituem o sistema de seguridade social. Já o principio da descentralização da administração da seguridade social retrata que vários órgãos, setores da sociedade e varias esferas do governo devem se ocupar do atendimento da comunidade no que se ajusta a saúde, previdência e á assistência social. Analisando esse principio junto com a lei nº 8080/90 se fosse uma centralização administrativa o sistema teria teor oneroso e ineficaz não atendendo o caráter universal e integral do direito a saúde (MACHADO, 2016, p. 1040).

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Para se garantir esse sistema de forma única e universal acessível a todos os cidadãos e necessários recursos orçamentários mínimos para garantir essa gestão. A constituição em seu artigo 198, parágrafo 1º e 2º CF\88 abrange essas questões orçamentárias. Os fundos mínimos destinados a União, Estados, Distrito Federal e Municípios referente ao SUS, foi estabelecido pelo artigo 55 do ADCT, e a EC N. 29\2000, pois regulamenta a

aplicação anual e obrigatória dos recursos para o funcionamento dos serviços públicos concernente a saúde (MACHADO, 2016, p. 1036).

Os recursos são calculados de forma percentual condizente com cada ente e esses percentuais deveriam ser definidos por lei complementar como é referido no artigo 198, parágrafo 3º da CF/88. A EC.Nº 29\2000 para melhor regulamentar a distribuição financeira introduziu o artigo 77 do ADCT, que fixa todos os percentuais dos recursos para os serviços públicos da saúde. Sendo os recursos mínimos os entes podem aplicar uma quantia a mais do que se é estabelecido na lei, como exemplo se nessa aplicação existir uma demanda maior por ser um serviço público da saúde para crianças e adolescentes por se tratar do princípio do melhor interesse para a criança e adolescente (MACHADO, 2016, p. 1038).

Portanto, a EC.Nº 86\2015, foi introduzida para aplicar a quantidade orçamentária mínima para a União no percentual de 15% em ações e serviços públicos de saúde a ser cumprido gradualmente do primeiro ao quinto exercício subsequente ao da promulgação da emenda, procedendo de 13,2% como é vinculado no artigo 2º Da EC.Nº 86\2015, assim rompendo a aplicação estabelecida no artigo 77 do ADCT como na LC. Nº 141\2012 que referia a porcentagem no exercício financeiro anterior dos serviços públicos e ações no que abrange a saúde que dispunha o PIB (produto interno bruto); e através da lei complementar a fixação dos recursos ficou vinculado aos Estados, Distrito Federal e Municípios (MACHADO, 2016, p. 1045):

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000):

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) Regulamento

I - os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

Art. 55 ADCT. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde.

Art. 77 ADCT. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

O serviço destinado a saúde ele pode ser oferecido na forma de serviço público quanto serviço particular, pois a esfera particular tem essa competência por se tratar de um direito social e subjetivo, assim o Estado pode vincular essa atribuição ao ramo particular. Como mencionado nos parágrafos anteriores os serviços destinados a saúde tem sua fixação de recursos, ou seja, a forma de distribuição de cada ente federativo, assim a lei nº 8080\90 menciona outras fontes de financiamento desse sistema em seu artigo 32, como exemplo recursos provenientes de serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência á

saúde, a ajuda, as contribuições, doações, alienações patrimoniais, os rendimentos de capital, multas e taxas, preços públicos arrecadados no âmbito do SUS e rendas extras como comerciais (MACHADO, 2016, p. 1049):

Art. 32 da Lei n. 8080\90: São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - (Vetado)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

§ 1º Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.

§ 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.

§ 3º As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

§ 4º (Vetado).

§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co- financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

Além dessas formas citadas no artigo para o financiamento da saúde em relação a seguridade social, tem os mecanismos introduzidos por emendas constitucionais e ADCT como o caso do fundo de emergência exposto nos artigos 71 e 79 do ADCT, que tem por finalidade a destinação prioritária de recursos para a saúde é a educação, como erradicar a pobreza (MACHADO, 2016, p. 1049):

Art. 71 ADCT. É instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, bem assim nos períodos de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997 e 1º de julho de 1997 a 31 de dezembro de 1999, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, incluindo a complementação de recursos de que trata o § 3º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e despesas orçamentárias associadas a programas de relevante interesse econômico social.

§ 1º Ao Fundo criado por este artigo não se aplica o disposto na parte final do inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição.

§ 2º O Fundo criado por este artigo passa a ser denominado Fundo de Estabilização Fiscal a partir do início do exercício financeiro de 1996.

§ 3º O Poder Executivo publicará demonstrativo da execução orçamentária, de periodicidade bimestral, no qual se discriminarão as fontes e usos do Fundo criado por este artigo.

Art. 79 ADCT. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida (Vide Emenda Constitucional nº 67 de 22 de dezembro de 2010).

Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei.

Todos esses mecanismos são para uma melhor aplicabilidade do direito á saúde, pois se e verídico que a saúde nos dias atuais mesmo sendo um dever do Estado garanti- lá, ela não e efetiva como nos moldes citados pela lei, o sistema de saúde brasileiro não deixa de ser utópico, generoso e incorporado a uma ideologia de saúde para todos. Por isso, se é necessário o Estado atribuir ao poder privado a garantia desse direito, assim como criação de políticas publicas sociais e econômicas para uma melhor efetivação, mas mesmo diante das políticas públicas a saúde e falha é a doutrina já não se baseia em soluções de caráter Estatal por meio das políticas publicas na verdade essas medidas não deixam de serem falácias jurídicas da seguridade social (MACHADO, 2016, p. 1048).

2.2 O DIREITO Á SAÚDE PERANTE AS FALÁCIAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são criadas como forma do Estado atender as exigências da sociedade é sendo de atuação a longo prazo para a sua respectiva eficácia. Sendo de caráter prestacional o direito á saúde se vincula a demanda de política públicas, devido ser uma referencia exclusiva do Estado mas, também de preferência e de competência privada (BRAVO, 2001).

O direito a saúde á saúde é vinculado a política social pois esse tipo de política se da através de princípios, diretrizes, normas e objetivos de natureza permanente que dispõe o poder público. Mas as crises sociais que a sociedade enfrenta devido a crise financeira como desemprego , aumento na desigualdade social, mudanças na estrutura familiar , falta de acesso a necessidades básicas como educação de qualidade, informações entre outros o Estado não consegue garantir de forma eficaz esse direito (BRAVO, 2001).

E como forma de atender todos os meios de direitos sociais de forma geral os Estados aplica corte de benefícios, ou uma melhor flexibilização de acesso a esses benefícios , uma seletividade entre pobres que sejam mais necessitados, a privatização de programas de bem estar social que isenta o Estado da responsabilidade de garantir o mínimo de subsídios para a sobrevivência do indivíduo. A necessidade de se criar as políticas públicas decorre dessa falta da gestão de forma ampla para atender a comunidade por um todo (BRAVO, 2001).

Mesmo com a criação de políticas públicas foi necessário se delegar competência de garantir o direito á saúde a outros entes federativos além da União , assim transferindo as atribuições aos governos estaduais e municipais como também atribuindo uma autonomia aos Estados e Municípios para gerir suas políticas. Isso tem proporcionado o Estado a se afastar de suas responsabilidades diante das políticas sociais, dessa forma a opção do Estado e estabelecer programas seletivos e focalizados em demandas mais importantes, entrando em contraversão com o principio da universalidade do acesso á saúde e assim gerando uma dificuldade na institucionalização das políticas especialmente na esfera federal (CARVALHO; SALES; GUIMARÃES; e EDE, 2003).

Além das delegações do Estado no poder público em relação a aplicabilidade do direito á saúde o Estado delega competência para o poder privado atuar nesse ramo. A constituição federal de 1988 em seu artigo 199 § 1º e § 2º estabelece a forma de atuação na assistência á saúde na iniciativa privada (CARVALHO; SALES; GUIMARÃES; e EDE, 2003):

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

O Estado favoreceu a atuação do poder público nas ações e serviços de assistência á saúde, mas o Estado de forma exclusiva atua no âmbito da forma preventiva, genérica ou específica. No meio individual da saúde, ou seja, no ramo das medidas curativas, é onde entra a atuação da iniciativa privada (CARVALHO; SALES; GUIMARÃES; e EDE, 2003).

Mas a constituição delimitou como seria essa atuação privada como se vê nos parágrafos do artigo citado acima as instituições privadas poderão participar de forma complementar no SUS mediante contrato ou convenio de direito público e em especifico de

preferência em entidades filantrópicas e as que não têm fins lucrativos (CARVALHO; SALES; GUIMARÃES; e EDE, 2003).

Essa participação complementar das instituições privadas no SUS compreende a regra dos serviços públicos que advém de sua rede regionalizada e hierarquizada. Essa participação complementar autoriza a execução dos serviços públicos pelo poder público e por terceiros, como e pautado no artigo 24 da lei nº 8080\90:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.
Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

E a participação complementar das instituições privadas no SUS mediante contrato de direito público ou convenio se remetem às mesmas normas técnicas e administrativas que os órgãos públicos do sistema único de saúde, assim como segue seus princípios principalmente o princípio da impessoalidade e moralidade e diretrizes como se refere o artigo 26 § 2º da lei nº 8080\90, como obedecem a questão referente aos valores para a remuneração desses serviços (CARVALHO; SALES; GUIMARÃES; e EDE, 2003):

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.
§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

A assistência a saúde na esfera particular veda a destinação de recursos públicos para entidades com fins lucrativos por tratar no corpo da lei a preferência por entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para assim afastar a ideia de uma visão comercial da prestação dos serviços públicos referente a saúde por se tratar de um direito universal (CARVALHO; SALES; GUIMARÃES; e EDE, 2003).

Mesmo com todas essas competências e atribuições do Estado e ainda a criação de políticas públicas para uma melhor efetivação do direito a saúde o Estado deixa a desejar na reparação dessa assistência. A crítica maior em relação as políticas publicas advém desse preceito da não eficácia da lei e dessas políticas. Devemos ressaltar que diante de algumas situações mesmo não sendo de grande eficácia a lei e essas políticas agem de forma conveniente como no caso em que se refere a criança e ao adolescente. O estatuto da criança e do adolescente e constituição federal abrange o melhor interesse para essa classe como

exposto no artigo 227 da CF\88, artigo 1º que garante a criança e adolescente a proteção integral e 100 ambos do ECA (ARAÚJO; SILVA; COLLET; NEVES; TOSO; e VIERA, 2014):

Art. 227 CF\88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Art. 100 ECA. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

O estatuto da criança e do adolescente (ECA), modifica a gestão, método é o conteúdo das políticas de atendimento a criança e ao adolescente, tratando eles como sujeitos de direitos. Com essa modificação se adota como preceito a municipalização das políticas, concernindo a instância federal a normatização e aos municípios, e em alguns casos os Estados a sua execução. A política de atendimento da criança e do adolescente se manifesta por intermédio de um conjunto de ações governamentais e não governamentais (ARAÚJO; SILVA; COLLET; NEVES; TOSO; e VIERA, 2014).

Nessa esfera, as políticas públicas tem que ter sua eficácia, pois é assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente por intermédio do SUS, garantindo o acesso universal, igualitário e de preferência as ações e serviços ao bem estar da criança e do adolescente no âmbito dos direitos sociais em específico ao direito à saúde. Essas políticas públicas junto com a atuação do Estado e voltado para diminuir a mortalidade infantil visando proporcionar uma melhor qualidade de vida para que essa criança ou adolescente cresça com melhor expectativa de vida (ARAÚJO; SILVA; COLLET; NEVES; TOSO; e VIERA, 2014).

Um exemplo referente a proteção da criança e do adolescente sobre a proteção mais eficaz em relação as políticas, ocorreu em 1970 a implantação do programa nacional de saúde materno infantil que tinha como destaque a redução da mortalidade das crianças e de suas mães, com ações de caráter preventivo, e no final da década o programa passou a se chamar divisão nacional de Saúde Materno-Infantil (DINSAMI) que se tornou dirigente na assistência social da criança e do adolescente. Mas se era necessário ter um amparo de forma integral para crianças e adolescentes assim foi criado Programa de Assistência Integral à Saúde da Criança (PAISC) em 1984 (ARAÚJO; SILVA; COLLET; NEVES; TOSO; e VIERA, 2014).

Com a implantação em 1991, do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e, em 1994 do Programa Saúde da Família (PSF) pelo MS, é que a saúde da criança foi efetivamente potencializada. O PACS inspirou-se nas vivências de prevenção de doenças pela aproximação com a comunidade proporcionando a comunicação e a orientação como meta para reorganizar os serviços de saúde (História da saúde da criança: conquistas, políticas e perspectivas, ARAÚJO, SILVA, COLLET, NEVES, TOSO, VIERA, 2014, p. 1002).

Contudo a assistência do direito á saúde em relação a criança e ao adolescente ainda está em construção para um sistema de rede voltado para a família de forma universal como e garantido constitucionalmente por diretrizes organizacionais e administrativas dos entes federados com intuito de melhor fortalecimento das políticas públicas (ARAÚJO; SILVA; COLLET; NEVES; TOSO; e VIERA, 2014).

2.3. OS PRINCÍPIOS RESERVA DO POSSÍVEL É O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO FORMA DE ATUAÇÃO NO DIREITO Á SAÚDE

O Estado tem como forma de atuação o dever de garantir o direito a saúde através da lei e das políticas públicas para a sua execução, com isso o poder judiciário vem aplacado em relação aos princípios reserva do possível é o mínimo existencial (RIBEIRO, 2011).

O Estado como fonte principal da prestação dos serviços públicos da saúde tem sua prestabilidade de forma imediata e direta, ou seja, independentemente de ato legislativo ou de estimativa orçamentária o Estado tem o dever de garantir assistência á saúde. Mas o problema envolve a questão de como será aplicado na forma direta e imediata, pois os direitos sociais devido a aplicação ser fundada no poder público consiste em uma certa variação de

necessidades de cada ente federado e assim ocorrendo de forma variada a soma para garantir as individualidades da população (RIBEIRO, 2011).

Por ter essa dependência dos recursos públicos que o direito á saúde tem por necessidade ter a postulação das políticas públicas por se tratar de uma norma programática. Como citado no tópico anterior a prestação do direito á saúde ainda e algo que deseja uma melhor eficácia por conta das divergências de proteção constitucional em relação a natureza prestacional desse direito fundada na necessidade de compatibilizar com o mínimo existencial é a reserva do possível (RIBEIRO, 2011).

Considerando-se a carência de recursos financeiros do Estado para atender a demanda dos direitos sociais e em especifico o serviço público da saúde, é preciso prover políticas que assegura essa justiça distributiva. Com isso, em função com o principio da dignidade da pessoa humana é o direito á vida essas políticas, são propostas com o objetivo de atender com melhor eficácia o direito a saúde junto com o poder judiciário, essa inserção judicial levou a uma apreciação denominada judicialização da saúde, que provocou vários debates sobre a sua atuação (PENA, 2011):

“Judicialização da saúde”, este fenômeno recebe muitas críticas. A principal delas indica que a intromissão do Judiciário acarretará, num futuro próximo, a inoperância total do sistema público de saúde, considerando vultosos gastos financeiros disponibilizados para a cobertura das decisões judiciais, que consomem uma boa parte do orçamento da Saúde (artigo científico: Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito Fundamental à Saúde. PENA. 2011. p. 7).

Sendo assim, o direito á saúde e um beneficio indisponível, e quando ocorre uma vulnerabilidade dos direitos fundamentais em especifico os direitos sociais cabe ao judiciário agir, assim juízes e tribunais podem interferir com as diligências dos órgãos que representam a maioria política, ou seja, o poder executivo é o legislativo, atuando de forma coerente com a necessidade prevista, e o poder judiciário não pode atuar de forma inequívoca, para ser legitima essa atuação não pode fazer um ato de vontade expressa do órgão julgador sendo visado a iniciativa majoritária do constituinte ou do legislador (BARROSO, 2009).

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental ou infraconstitucional estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático (BARROSO, 2009, p. 39).

Quando o Estado não cumpre de forma efetiva a sua prestação social em foco ao serviço público da saúde ele pode se justificar com base no princípio a reserva do possível que tem como análise que a obrigação impossível não pode ser exigida., ou seja, a prestação dos serviços sociais são condicionadas com a reserva financeira do Estado, assim observando a existência de limitações na prestação dos direitos fundamentais se resumindo a uma escassez de recursos orçamentários. Com essa escassez não da para atender a necessidade de um todo assim a distribuição desses recursos e feito mediante regras que presume o direito á igualdade. Sendo assim, não havendo recursos cabe ao administrador decidir qual área deve ter o investimento com mais urgência (BARROSO, 2009).

Todavia, não se pode usar o princípio a reserva do possível para contrariar a efetivação dos direitos fundamentais no caso ao direito á saúde, pois a dignidade da pessoa humana não visa essa escassez. A ideia de limitação dos recursos deve ser observada diante da realidade exposta pelo Estado não justificando o repasse financeiro dos Estados e da União em locais com grandes índices de se ter mais necessidades como em metrópoles cujo a população e mais evidente. Tendo como base nessa distribuição dos recursos a saúde por e tratar de um direito universal (BARROSO, 2009).

O princípio reserva do possível se ampara, com as competências constitucionais, a separação dos poderes, a retenção dos recursos orçamentários, e ao princípio federativo exposto no artigo 1º da constituição federal. A reserva do possível e um meio justificável do Estado para se readmitir diante dos custos financeiros para gerir uma administração pública voltado aos serviços de análise social, observando a alternativa de acolhimento da ordem judicial sem colocar em perigo a estabilidade financeira do SUS; no entanto, não adianta o judiciário propiciar decisões que o poder executivo não irá cumprir (PENA. 2011).

Sendo, observado a decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5o, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Todo o serviço público voltado para á saúde deve observar o equilíbrio entre reserva do possível e o mínimo existencial. O princípio do mínimo existencial baseia-se na

integridade física e na vida digna, ou seja, tendo sustento no princípio da dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial atua na forma de garantir uma vida digna que assegura o proveito dos direitos fundamentais, e não a garantir apenas uma sobrevivência mínima física.

Para Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das conseqüências do estado de necessidade; (...) é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social (artigo científico: Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito Fundamental à Saúde. PENA, 2011. p. 23).

O mínimo existencial deve ser observado de acordo com cada situação para se ter um norte de qual direito fundamental se estabelecer. Ele é analisado junto com princípio a reserva do possível por também depender de custos do Estado para uma gestão efetiva, devendo ser observado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que assim cada caso tenha sua aplicação direta do que se necessita (PENA, 2011).

Entretanto, esse princípio deve ser acordado com a melhoria dos recursos, para assim gerar uma aplicação do máximo possível para viabilizar a eficácia dos serviços públicos da saúde e de modo geral dos direitos fundamentais. E com a ineficácia dessa atuação do Estado o poder judiciário toma as decisões para um melhor atendimento das necessidades da comunidade, pois a justiça não pode se omitir a justiça social tem como principal objetivo a tutela do bem comum, para que assim seja garantido um acesso universal e igualitário a esses serviços sociais (PENA, 2011).

III. A ATUAÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

3.1 A IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

As decisões judiciais acerca do direito à saúde tem uma análise atual sobre o controle normativo exercido pelo poder judiciário, por se verificar uma expansão das necessidades sociais referente ao poder judiciário e a judicialização da política (CIARLINI, 2013).

Essa judicialização da política decorre das peculiaridades do poder judiciário no processo das decisões judiciais, pois o poder judiciário ele tem o direito de atuar no âmbito do direito prestacional quando a lei e as políticas públicas não resolver o problema, em específico o direito à saúde assim surgindo o fenômeno da judicialização da saúde. Com isso se e analisado em duas etapas essa atuação do poder judiciário a primeira se verifica as possibilidades de revisão judicial no âmbito dos poderes executivo e legislativo e a segunda etapa decorre do amparo dos procedimentos judiciais dos poderes executivo e legislativo (CIARLINI, 2013).

E notável que no Brasil os estudos referente as decisões judiciais dos tribunais não são de ampla veracidade, mas no âmbito das políticas sociais tem a implementação de estudos sobre essa judicialização. Conforme e analisado sobre a repercussão de determinadas decisões referente a concretização dos direitos de cidadania o Estado tem o dever de garantir o mínimo existencial, mas como se foi estudado o Estado deixa muito a desejar em relação a distribuição dessa justiça social prestacional assim se é necessário a intervenção dos poderes para a efetivação do direito à saúde (CIARLINI, 2013):

No Brasil, muito embora seja reconhecida a escassez de estudos acerca da correlação entre o funcionamento dos tribunais e sua repercussão na democracia 8, sobretudo no âmbito das ciências políticas e do direito, alguns trabalhos testificam, como paradigmas, de que modo a atuação de juizes, advogados e demais atores dos processos judiciais repercutem na vida política da sociedade, influenciando, inclusive, “a formulação e implementação de políticas públicas, a distribuição da riqueza e a definição de identidades sociais”. Nesse contexto, emerge a importância, na órbita da judicialização da política, de uma análise da repercussão política de determinadas decisões judiciais e, portanto, de como ocorre a interação entre o processo judicial e o sistema da política, notadamente no que se relaciona à adoção de determinadas políticas públicas¹⁰ (CIARLINI, 2013, p. 91).

No campo do direito à saúde as decisões judiciais visa o modo normativo de atuar sobre a efetividade de forma particularizada, mesmo se tratando de um direito universal o direito à saúde demanda preferência. Essa forma de atuação fortalece os procedimentos ausentes de efetividade, proporcionando demandas igualmente fragmentadas e individualizadas, pois a desconformidade do sistema único de saúde (SUS) no que se refere a garantir o direito à saúde de modo amplo e efetivo provoca cada vez mais a acessibilidade da sociedade perante ao poder judiciário de ir em busca do seu direito, mesmo contendo limitações de ordem orçamentária o direito à saúde é uma garantia constitucional fundamental, assim devendo ser garantida. (BELLATO; ARAÚJO; e MUFATO, 2013).

Para se ter um direito garantido sendo dever do Estado se é necessário rotular o que o Estado deve garantir para a sobrevivência do individuo. Assim o STF em 1990 no Rio Grande do Sul estabelece que o Estado deve fornecer gratuitamente remédios ou tratamentos médicos a cidadãos que não possuem recursos financeiros, primeiro caso foi o fornecimento

de medicamentos relacionados ao HIV. Por se tratar de uma obrigação do Estado como é mencionado no texto constitucional de 1988 a atuação dos tribunais nas decisões judiciais para de garantir o direito á saúde se tornou recorrente como nos casos citados abaixo: (ENGELMANN e CUNHA FILHO, 2013).

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualifi car-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema 18 SCHWARTZ, Direito à Saúde..., 2001, p.40 e seguintes. 19 Para análise mais completa do assunto, veja-se SCHWARTZ, Germano. O tratamento Jurídico... p.129. 50 Direito e Democracia, v.11, n.1, jan./jun. 2010 da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infi delidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, DO CPC – PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e

oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, § 5o, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. 5. Precedentes da Primeira Seção: (REsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24.3.2006). Recurso especial improvido. REsp 857502/RS, Recurso Especial 2006/0138024-6, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 17-10-2006, publ. DJ 30-10-2006 (CIARLINI, p. 42).

No ano 2000 se foi analisado um aumento nas decisões judiciais referente ao direito á saúde nos tribunais, e essas decisões são fundamentadas de acordo com a realidade social. Nesse sentido começamos a observar que o direito passa a ser mais interpretativo deixando o seu caráter normativo como segunda opção, pois ao adequar a necessidade que se encontra de um cidadão com a interpretação jurídica se obtém um direito mais justo com caráter de justiça social, ou seja, a não efetividade dos direitos sociais de modo geral proporcionou uma visão hermenêutica jurídica dentro do contexto constitucional. O STF e o STF passou a ser vinculado como um mecanismo de justiça social a procura eminente para decisões judiciais proporcionou uma prerrogativa jurídica indisponível, pois a interferência do poder judiciário as decisões dos tribunais visou um direito amplo e mais universal (ENGELMANN e CUNHA FILHO, 2013).

Mas a casos em que a jurisprudência majoritária se posicionou contra a interferência do poder judiciário na efetivação do direito á saúde sobre a perspectiva das políticas públicas como ocorreu no caso do recurso em mandado de segurança n. 6564/RS, julgado pelo STJ, em 23 de maio de 1996.

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA. DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAUDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, ‘OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA’, POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE

“TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER” - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, “NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES”. NO SISTEMA JURÍDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE.” (STJ, RMS 6564/ RS, Primeira Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448).

Nesse caso se foi impedido por se tratar de um recurso advindo de outro país que no presente momento não se tinha decisões baseadas nessas circunstâncias e também a família da menor conseguiu através de campanhas uma certa quantia em dinheiro para se obter o aparelho necessário. Como a decisão judicial era muito recente esse pedido foi compelido, por não se verificar uma previsão legal para sustentar essa demanda. Esse pedido foi justificado pelo ministro Demócrito Reinaldo que fundamentou essa decisão sobre a ótica de que as normas do direito à saúde na constituição tinha sua natureza programática, assim ausente de regulamentação legal, assim não cabendo um direito líquido e certo e também sustentou essa alegação nos termos em que o Estado não tinha condições orçamentárias para arcar com essa demanda. Essa decisão se baseou nos requisitos das cláusulas restritivas de natureza programática e sobre as cláusulas do princípio a reserva do possível por se tratar de uma escassez orçamentária (BALESTRA NETO, 2015).

No entanto, se é perceptível que as decisões judiciais se evoluem conforme a necessidade exposta, o julgamento dos tribunais acerca dessas decisões para se garantir o direito à saúde tem como principal objetivo garantir uma melhor efetivação desse direito apesar do direito à saúde ser de caráter público e universal tem como meio garantidor o Estado que tem como base para se justificar princípios constitucionais e também decisões. Mas não se deve esquecer que essas decisões judiciais veio para suprir a falta das políticas públicas, sendo essas decisões a serem os últimos recursos a serem analisados (BALESTRA NETO, 2015).

3.2 O CONTROLE SOCIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS PELA SUBJETIVIDADE DO DIREITO A SAÚDE

As decisões judiciais elas são controladas pelos tribunais de acordo com a sua motivação como e estabelecido pela administração pública por se tratar de um direito que se vincula como dever do Estado. Essa motivação ela é uma característica fundamental do Estado democrático de direito por se tratar de uma justificativa do ordenamento jurídico para se garantir a ampla defesa nos procedimentos judiciais (QUEIROZ, 2011).

Essa motivação das decisões judiciais devem ser fundamentas conforme o artigo 93, IX, e X da constituição federal, pois todos que tem acesso ao amparo em especifico do direito á saúde tem direito de saber sobre a aplicação da fundamentação do pedido que se foi exigido. Isso demonstra um controle sobre as decisões administrativas dos tribunais e também deixa claro que os atos do poder judiciário deve ser público, tendo caráter popular, ou seja, o povo é legítimo detentor do poder ao acesso livre a todos os atos processuais, judiciais, ou administrativos (QUEIROZ, 2011):

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X- as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

Essa motivação é uma condição para o controle social das decisões, ou seja, expor os motivos que levaram á aquela decisão, assim afastando a vinculação do juiz. Todo esse meio para se motivar uma decisão é para se ter esse controle, pois na prestação do serviço social do direito á saúde se é necessário a interferência do poder judiciário, quando não se é efetiva a sua demanda. O poder judiciário e os tribunais tem requisitos e limites constitucionais para seguir, a partir da sua interferência no poder do Estado de garantir a universalização do direito á saúde (QUEIROZ, 2011).

Esses limites e requisitos constitucionais que o poder judiciário e os tribunais tem para interferir no Estado para garantir os direitos sociais de modo geral e em especifico o

direito á saúde se é vinculado principalmente aos princípios que são normas com elevado grau de generalidade e abstração. Como também se é analisado o exercício da jurisdição que tem por fundamento o interesse do povo, e somente esse povo poderá limitar a publicidade dos atos processuais que regem as decisões judiciais. E por último a possibilidade de limitar o exercício do poder judiciário e dos tribunais se dar mediante lei em determinadas decisões, e nos atos que contem sigilo somente uma lei complementar poderá estabelecer exceções (QUEIROZ, 2011).

A atuação dos poderes para garantir os direitos sociais prestacionais se é justificada para se ter o controle judicial, esse controle não atinge somente o poder judiciário, mas também o poder executivo quando envolver materialização dos direitos sociais prestacionais, no caso o direito á saúde, sendo caracterizado como programático se tem uma certa atuação do poder executivo. As decisões dos tribunais são vinculadas ao estudo das jurisprudências que predomina o entendimento e a aplicação no que se refere o direito á saúde (QUEIROZ, 2011).

STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60 28ª CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que

princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.” (STJ, RMS 11183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000, p. 121).

A administração pública pretende trazer para a sociedade as inovações e a publicidade dos atos referente a aplicação do direito á saúde, mostrando um desempenho e eficiência na sua gerência. Essas decisões judiciais são vinculadas para poder atender a necessidade social existente, pois a interferência do poder judiciário nas demandas do direito á saúde só pode ser controlada pela sociedade assim gerando também decisões vinculantes dos poderes executivo e legislativo. Assim o poder judiciário passa por democratização do processo interpretativo das decisões judiciais com a subjetividade dos direitos fundamentais sócias (QUEIROZ, 2011).

As decisões judiciais conseguiu gerir uma melhor atuação do poder público na garantia do direito á saúde, pois se e perceptível toda a evolução de meios para se atender a demanda da efetividade da assistência á saúde. Assim fica claro que a gestão na saúde pública através da administração pública e ate mesmo no âmbito privado pode melhorar através de mudanças referente aos recursos orçamentários que são partilhados pelo ministério da saúde e seus projetos, assim não cumprindo a lei que 50% dos recursos deveriam ir para a população e o restante para os critérios do artigo 35 da lei n.º 8.080/1990, e com isso teria uma melhor eficácia da aplicação financeira do direito á saúde, possibilitando menos a interferência do poder judiciário como também das decisões dos tribunais (QUEIROZ, 2011):

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

- I - perfil demográfico da região;
- II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;
- III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;
- IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;
- V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;
- VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;
- VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

Como se é analisado as decisões judiciais são de caráter vinculativo com a administração pública nas presentes motivações dos julgados dos tribunais proporcionando uma melhor efetividade do direito á saúde para a população, como também uma melhor aplicabilidade do sistema único de saúde (SUS) nas suas alegações de competência público e privado, e em sua gestão se e necessário o requerimento das decisões colegiadas do SUS no âmbito administrativo para uma melhor gestão de seus atos processuais e administrativos. A postura judicial tem prevalecido na busca de se resolver os problemas jurídicos sociais de maior importância por isso e tão necessário os julgados acerca do controle das decisões judiciais (QUEIROZ, 2011).

3.3 ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS DECISÕES JUDICIAIS PARA UMA GESTÃO EFETIVA DO DIREITO Á SAÚDE

A administração pública com todos seus regulamentos constitucionais para gerir uma efetividade do direito á saúde mediante a criação de políticas públicas, leis e o sistema único de saúde ainda consiste em uma efetivação não tão concretizada, observando uma demanda de preferência na urgência do tutelado referente a assistência do direito á saúde (SANTOS, 2010).

Assim se é perceptível todos os meios para a obtenção dessa gestão efetiva do direito á saúde, mas é possível melhorar essa gestão? É possível sim desde que seja observado os requisitos de orçamento, competência do SUS, atuação da administração pública de forma geral. As ilegalidades presentes em relação aos custos financeiros da administração pública deve ser o primeiro ponto a ser modificado, são partilhados pelo ministério da saúde e seus projetos, determinado por a l que 50% dos recursos deveriam ir para a população e o restante para os critérios do artigo 35 da lei n.º 8.080/1990, e com isso teria uma melhor eficácia da aplicação financeira do direito á saúde. A lei existe para uma melhor distribuição de limites nesse caso orçamentário para ser distribuído e se é perceptível a não aplicação desses recursos por completo na sociedade (SANTOS, 2010).

Segundo ponto a ser analisado para se melhorar essa gestão do direito á saúde e referente as atribuições do SUS, ou seja, suas competências, conforme o artigo 200 da CF88 junto com a lei nº 8080\1990, diferenciando ações e serviços públicos de saúde, como a previdência social, alimentação vinculada a cestas básicas, ao saneamento entre outros, abordando que á saúde vai além de uma medida curativa de doenças mas sim medidas de

proteção a integridade física, saúde mental, saúde do bem estar social entre outros (SANTOS, 2010):

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O controle dos recursos orçamentários da união para os municípios deve ter uma fiscalização melhor e um controle, pois esse repasse e através de sistematização, se o recurso e destinado a um determinado vinculo á saúde e depois se tornar um certo convênio de financiamento de plano de saúde, a aplicação do recurso para esse meio será ineficiente deixando de prestar seu real objetivo. A responsabilidade dos entes federativos nessa distribuição previsto no contexto constitucional em seu artigo 198,I aborda essa descentralização que a administração pública precisa para garantir aos entes federativos municipal e estadual a transferência de recursos federais necessários a assistência do direito á saúde. E com isso foi determinado a descentralização do SUS, em suas ações e serviços, pontuando uma verticalização dos programas referente a prestação dos serviços da saúde, tirando o caráter de descentralização de forma efetiva, se isso for retirado e colocando a prática constitucional ocorre um equilíbrio entre essa descentralização do público e o privado (SANTOS, 2010).

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

A administração pública precisa ser inovada trazendo às considerações constitucionais de forma efetiva, assegurando uma operabilidade melhor dos recursos e meios a assistência do direito à saúde. São necessárias mudanças na sua gestão de forma ampla adotando novos meios legais condizentes com as necessidades da população em relação aos serviços públicos de caráter estatal (SANTOS, 2010).

Na área da saúde, três vertentes devem ser perseguidas: a) a mudança estrutural da Administração Pública, engajando seus gestores nas discussões que ora se promovem quanto às alterações da legislação de organização administrativa vigentes; b) a cessação de ilegalidades cometidas por autoridades públicas, como é o caso das transferências constitucionais dos recursos da saúde; c) disciplinamento de vácuos legislativos essenciais para a gestão da saúde, como o padrão de integralidade, a qual compreende a assistência farmacêutica. (SANTOS; e AMARANTE, 2010. p. 84).

Portanto, para se ter uma melhor efetivação do direito á saúde se e necessário investir em medidas vinculadas com a gestão da administração publica, visando também o bem estar social que conduz com a realidade presente. Não deixando de ser observado o posicionamento do poder judiciário com suas demandas de decisões judiciais junto com a jurisprudência dos tribunais para uma melhor garantia desse direito, deixando claro o papel que o poder judiciário tem na sua interferência na garantia dos direitos sociais prestacionais (SANTOS, 2010).

Quando se trata de medidas referente a se guardar um direito constitucional fundamental social, a aplicabilidade e o posicionamento da legislação cabível junto com a hermenêutica jurídica tem sua amplitude coerente com a demanda, pois se tratando de um direito de segunda geração o direito á saúde não pode ser caracterizado de caráter subsidiário dentro dos princípios vinculados a dignidade da pessoa humana. Por isso, e dotado métodos e meios para se ter uma garantia efetiva desse direito universal (SANTOS, 2010).

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são divididos em direitos de primeira geração, segunda geração e terceira geração, destacando-se neste trabalho a importância do direito social saúde que entra no âmbito do direito de segunda geração, ou seja, são direitos que têm caráter prestacional que o Estado tem seu papel de cumprir, juntamente com a aplicabilidade de princípios constitucionais visando principalmente o princípio da teoria da reserva do possível.

O direito à saúde está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196 sendo assegurado para todos os cidadãos. A importância desse direito se consiste em garantir o mínimo para a sobrevivência do indivíduo e como um dever do Estado se é garantido mediante políticas sociais e econômicas que irá ser um auxílio para a sua efetividade.

Nesse sentido, cabe questionar a atuação do Estado diante da sua eficiência no cumprimento do direito social à saúde, analisando a importância das políticas públicas na sua efetivação, um dos meios para se garantir esse direito, que se é possível obter através dos meios administrativos do poder executivo, assim como o poder judiciário tem a sua importância diante da efetivação deste direito em relação ao princípio da reserva do possível, assim como o princípio do mínimo existencial que assim percebe-se que o indivíduo tem o básico assegurado pela Constituição Federal de 1988.

A legislação atual vigente como a Constituição Federal apresenta em seu artigo 196 e seguintes assim como no artigo 6º a garantia de ter esse direito como algo essencial para o indivíduo, assim determinando uma forma de como se manter um Estado organizado diante da administração pública para a aplicação financeira na efetivação deste direito. O direito à saúde também de punho material sua consumação como exposto acima e imprescindível à dignidade da pessoa humana.

A doutrina possui concepções diferentes a respeito da efetivação do direito à saúde ligadamente ao princípio da reserva do possível. Uns abordam a questão da judicialização em conjunto com o princípio da reserva do possível sendo uma questão muito além de uma garantia constitucional mas também uma garantia de educação social por parte dos indivíduos que deveriam aplicar de forma legal correspondente aos meios da administração pública para uma efetivação complexa do direito em questão; assim como tem posicionamentos doutrinários que abordam a questão da efetivação do direito à saúde como um conjunto em todo patamar legal de falhas na aplicabilidade diante da sociedade.

No entanto, fica apurado que as políticas públicas e a lei por si só não passa de falácias jurídicas, pois concluímos que não são eficientes como deveria ser. Assim analisamos a divergência jurisprudência que esta nesse sentido que aborda que para se ter de maneira mais efetivada e necessário reajustar a lei de acordo com a realidade social, já outro ponto aborda que sendo uma clausula pétrea deve se manter sem alterações buscando melhor eficácia com a intervenção do poder judiciário que tem sua atuação quando as políticas publicas da saúde são ineficientes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, J. P.; SILVA, R. M. M.; COLLET, N.; NEVES, E. T.; TOSO, B. R. G. O.; VIEIRA, C. S.; **História da saúde da criança: conquistas, políticas e perspectivas**. 2014, p. 1002-100000Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/2670/267032876020/>.

BALESTRA NETO, O.; **A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O DIREITO À SAÚDE – EVOLUÇÃO RUMO À RACIONALIDADE** . 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/novo/Downloads/100025-Texto%20do%20artigo-174419-1-10-20150703.pdf>.

BARROSO, L. R.; **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Biênio 2017.

CARVALHO, A.; SALES, F.; GUIMARÃES, M.; EDE, W.; **POLITICAS PUBLICAS**. Editora: UFMG, 2013. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=FsafZXeaolMC&lpg=PA9&ots=4Fb3seErSe&dq=pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20de%20sa%C3%BAde%20relacionado%20ao%20ECA&lr&hl=pt-BR&pg=PA9#v=onepage&q&f=true>.

CIARLINI, A. L. A. S.; **Direito à saúde – Paradigmas Procedimentais e Substanciais da Constituição**. Saraiva: 2013.

ENGELMANN, F.; CUNHA FILHO, M.; **AÇÕES JUDICIAIS , CONTEUDOS POLITICOS UMA PROPOSTA DE ANALISE PARA O CASO BRASILEIRO**. Disponível em: <file:///C:/Users/novo/Downloads/AÇÕES%20JUDICIAIS%20CONTROLE%20TCC.pdf> .

FARIA, L.; **A Saúde como Direito Fundamental Social: Regime Jurídico-Constitucional e Exigibilidade Judicial** 1. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/3_A_Saude_como_Direito_Fundamental_Social_Regime.pdf. Acesso em: 20/11/2018.

FROTA, M. A.; MAIA, J. A.; PEREIRA, A. S.; NOBRE, C. S.; VIEIRA, L. J. E. S.; **Reflexão sobre políticas públicas e estratégias na saúde integral da criança.** Enfermagem em foco. Artigo Oficial. Disponível em: <http://revista.cofen.gov.br/index.php/enfermagem/article/view/42/42>. Acesso em: 25/02/2019.

GEBRAN, J. P.; **DIREITO À SAÚDE Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas.** Disponível em: <http://www.conass.org.br/consensus/wp-content/uploads/2015/04/Artigo-direito-a-saude.pdf> . Acesso em: 20/11/2018.

MANUAL DE ELABORAÇÃO DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO Projeto de Pesquisa, Monografia e Artigo Científico. Uni-ANHANGUERA Centro Universitário de Goiás. Organizadora FELIPE, C. R. P.; Goiânia: 2017

MARSHALL, T. H.; **Professor Emérito de Sociologia da Universidade de Londres CIDADANIA, CLASSE SOCIAL E STATUS.** Disponível em: [file:///C:/Users/novo/Downloads/cidadania_classe_social%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/novo/Downloads/cidadania_classe_social%20(1).pdf). Acesso em 20/11/2018.

MARTINS, L. E. M.; **O princípio da reserva do possível como forma de abstenção do estado ao cumprimento do direito fundamental à saúde** Disponível em: <file:///C:/Users/novo/Downloads/O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%20Como%20Forma%20de%20Absten%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20ao%20Cumprimento%20do%20Direito%20Fundamental%20%C3%A0%20Sa%C3%B Ade.pdf>. Acesso em: 20/11/2018.

MASSON, N.; **Manual de DIREITO CONSTITUCIONAL.** 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NEPOMUCENO, M. A. S.; BELLATO, R.; ARAÚJO, L. F. S.; MUFATO, L. F.; **O campo jurídico na garantia do direito à saúde.** 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/novo/Downloads/64321-Texto%20do%20artigo-84772-1-10-20131104.pdf>

OLIVEIRA, R.; SAMPAIO, S. S.; **Estado- providência: chega de odes e críticas neoliberais.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n126/0101-6628-sssoc-126-0302.pdf>. Acesso em: 20/11/2018.

PENA, I. L. P.; **Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito Fundamental à Saúde.** Rio de Janeiro, 2011. Disponível em:

file:///C:/Users/novo/Downloads/M%C3%ADnimo%20Existencial,%20Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%20e%20Direito%20Fundamental%20%C3%A0%20Sa%C3%BAde.pdf.
Acesso em: 20/11/2018.

QUEIROZ, M. S. A.; JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS - A EFETIVIDADE PELA INDEPENDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. EDITORA: JURUÁ, 2011.

RIBEIRO, P. G.; DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. Disponível em:
file:///C:/Users/novo/Downloads/O%20DIREITO%20%C3%80%20SA%C3%9ADE%20E%20O%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20RESERVA%20DO%20POSS%C3%8DVEL%20(1).pdf. Acesso em: 20/11/2018.

RIBEIRO, P. G.; O direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Disponível em:
file:///C:/Users/novo/Downloads/O%20DIREITO%20À%20SAÚDE%20E%20O%20PRINCÍPIO%20DA%20RESERVA%20DO%20POSSÍVEL.pd. Acesso em: 20/11/2018.

ROCHA, J. C. S.; Direito da Saúde, Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, N. R.; AMARENTE, P. D. C.; Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde. 2010. Disponível em:
file:///C:/Users/novo/Downloads/a%20gest%C3%A3o%20da%20adm%20na%20saude.pdf.

SILVA, J. A.; Os princípios constitucionais fundamentais. Disponível em:
http://files.camolinaro.net/200000095-6856a703c/principios_constitucionais_fundamentais.pdf. Acesso em: 20/11/2018.

TEIXEIRA, G. S. V. R.; O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. Disponível em:
file:///C:/Users/novo/Downloads/O%20direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde.pdf. Acesso em: 20/11/2018.

TEIXEIRA, G. S. V. R.; O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. Disponível em:

file:///C:/Users/novo/Downloads/TCC%20DIREITO%20A%20SAUDE%20o%20direito%20a%20saude%20no%20brasil%20(1).pdf. Acesso em: 20/11/2018.

WANG, D. W. L.; **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do stf.** Disponível em: file:///C:/Users/novo/Downloads/TCC%20DIREITO%20A%20SAUDE%20ESCASSEZ%20DE%20RECURSOS,%20CUSTOS%20DOS%20DIREITOS%20tcc.pdf. Acesso em: 20/11/2018.