A CONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

Jamisson Francisco Souza Fonseca*

RESUMO: O Direito Constitucional Brasileiro consagra o direito à saúde como um direito fundamental que exige do Estado uma postura positiva, isto é, um *facere* para que garanta o mínimo existencial. Cediço que cabe ao Legislativo o dever de criar a legislação necessária para que Executivo ponha em prática as políticas públicas de satisfação das necessidades vitais do homem. No entanto, tem-se vislumbrado certa insuficiência na atuação desses poderes e uma indevida relativização do princípio da dignidade da pessoa humana sob o fundamento da "reserva do possível". O não cumprimento por parte do Estado desse dever de promover, proteger e recuperar a saúde dos indivíduos tem ensejado, recentemente, uma calorosa discussão sobre a (im)possibilidade de o Poder Judiciário ser provocado para efetivar o direito à saúde, de modo a controlar as política públicas desta área. Existe dissenso acerca da constitucionalidade do controle judicial tanto na seara doutrinária, quanto na jurisprudencial. Obtempera-se, outrossim, os contornos originários e as nuances modernas do clássico princípio da separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional. Direitos fundamentais. Direito à saúde. Reserva do possível. Separação dos poderes.

1. INTRODUÇÃO

É diante da controvérsia existente, tanto no plano doutrinário quanto no jurisprudencial, acerca da (im)possibilidade de o Poder Judiciário poder controlar as políticas públicas da saúde, que surge este trabalho com o intuito de colaborar para a formação de um posicionamento constitucionalmente acertado.

Para tanto, levam-se em consideração as regras consignadas na atual

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduando do Curso de Especialização Telepresencial de "Direito do Estado" – Universidade Anhaguera-Uniderp – Rede LFG, Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Carta Política Brasileira, lições doutrinárias pátrias e estrangeiras, além de manifestações jurisprudenciais sobre o tema.

Como primeiro pilar, será brevemente analisada a Teoria Geral da Constituição e dos Direitos Fundamentais, passando por tópicos como a supremacia constitucional e a sua força normativa, as fases do constitucionalismo, os destinatários dos direitos fundamentais e a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Como segundo, observar-se-á o tratamento constitucional dado ao Direito à Saúde e à aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

Como terceiro, por sua vez, serão ponderadas as razões que autorizam o controle judicial das políticas públicas da saúde e apresentada uma proposta de releitura do clássico princípio da separação dos poderes.

No que tange ao método de abordagem, foi utilizado o lógico-argumentativo, no qual se formulam os argumentos fundamentados nas fontes utilizadas, até se chegar à conclusão lógica almejada pelo trabalho.

Quanto à técnica de pesquisa, foram utilizadas fontes primárias e secundárias, quais sejam: dispositivos constitucionais e legais, livros, artigos de revistas científicas de Direito e jurisprudências.

2. TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Vislumbra-se, nos mais variados sistemas normativos contemporâneos, uma pluralidade de normas jurídicas que se distinguem umas das outras de acordo com o critério adotado (órgão competente para sua elaboração, grau de hierarquia, matéria disciplinada, natureza de suas disposições, etc.). Dentre todas elas, destacam-se, em razão de sua importância, as constitucionais que, por sua vez, também são classificadas em diferentes grupos e subgrupos, com evidência para as consagradoras dos direitos fundamentais.

2.2 CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo, entendido como movimento político-social em busca da limitação do poder absoluto do governo (CUNHA JÚNIOR,

2008, p. 29-30), tem origem na antiguidade clássica, mais precisamente no Estado Teocrático dos Hebreus. Desde então, essa ideologia limitadora passou por várias fases até chegar ao atual estágio.

Observando os variados fenômenos políticos pelos quais passou o constitucionalismo, J. J. Gomes Canotilho (1997, p. 48) identificou duas fases: o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno, tendo como acontecimentos de transição a edição das constituições escritas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791).

Canotilho (1997, p. 48) aduz que o constitucionalismo moderno designa o movimento político, social e cultural que, principalmente a partir do século XVIII, questiona, nos planos político, filosófico e jurídico, os esquemas tradicionais de domínio político, além de sugerir uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

O constitucionalismo antigo, por exclusão, consiste em todo esquema de organização político-jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno, marcado por uma noção restrita de constituição, pelo fato de ela não ser escrita, de não prever sanção para os príncipes que desrespeitassem os direitos de seus súditos e de não vincular a todos[1] (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 31-32).

No constitucionalismo moderno, as constituições apresentam-se de forma escrita e rígida, manifestando-se como norma suprema e fundamental porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constituem fundamento de validade que só podem ser modificadas por procedimentos especiais e solenes previstos em seus próprios textos.

Sucede que, com a eclosão das Grandes Guerras Mundiais e com a alteração dos cenários econômico e social então existentes, houve uma profunda mudança no constitucionalismo moderno consistente no abandono das ideias liberais para se exigir do Estado uma postura social e intervencionista, de forma que as constituições começaram a tratar dos direitos sociais e econômicos em seu bojo normativo.

A partir de então, vislumbrou-se a metamorfose da Constituição de Garantia do Estado Liberal para a Constituição Social típica do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

2.3 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E SUA FORÇA NORMATIVA

A ideia da supremacia da Constituição provém da constatação de que

ela é soberana, hegemônica e superior no ordenamento jurídico.

Importa ressaltar que essa hegemonia constitucional ocorre em dois diferentes aspectos: no material e no formal (BULOS, 2007, p. 55-56). Neste, à luz da clássica teoria do escalonamento da ordem jurídica de Hans Kelsen, consiste no fundamento supremo de validade de todas as normas jurídicas, representando o escalão de Direito Positivo mais elevado (KELSEN, 2000, p. 247).

A supremacia material remonta à profunda alteração do constitucionalismo moderno ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, quando surgiu, na Europa, um movimento intitulado de Neoconstitucionalismo, responsável por reconhecer a supremacia axiológica da Constituição de forma que o seu conteúdo passou a servir de condicionante de validade e de compreensão de todo o Direito. Desta forma, o verdadeiro acatamento à superioridade dos preceitos constitucionais passava a também depender da realização prática da Constituição (BULOS, 2007, p. 56).

Com o Novo Direito Constitucional, verificou-se a mudança do antigo paradigma do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, de forma que a Constituição, numa acepção puramente axiológica, saía da periferia dos ordenamentos jurídicos para ocupar papel de destaque com toda a sua força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Ademais, foi a partir deste momento que valores sociais foram associados às normas jurídicas, possibilitando a reaproximação entre o Direito e a Ética, a Moral e a Justiça, visto que para serem válidas já não bastava a simples edição pela autoridade competente, mas também a compatibilidade com a matéria disciplinada na Constituição.

No Brasil, a Magna Carta de 1988 é soberana tanto no aspecto formal[2] quanto no material, dispondo do mecanismo conhecido como Controle de Constitucionalidade para averiguar eventual incompatibilidade das normas infraconstitucionais com as suas disposições.

Relacionada à supremacia constitucional, encontra-se a sua força normativa, ou seja, a energia vital que lhe confere efetividade social. Trata-se de um atributo *in fieri*, ou seja, intrínseco, que só se concretizará quando o intérprete-aplicador conseguir adaptar o seu texto a uma série de fatores naturais[3] (BULOS, 2007, p. 57).

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Precisar seu conceito tem se mostrado tarefa árdua em virtude das constantes mutações pelas quais esses direitos passam para acompanhar a evolução da sociedade a que pertencem. Trilhando essas pegadas, sugere Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 522), independentemente do conceito dado, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como norte a ser sempre observado, uma vez que se trata de critério unificador de todos os direitos fundamentais.

Ainda em virtude desse núcleo comum, não se pode olvidar que todos os direitos fundamentais também são normas-princípios visto que, juntos, concretizam o respeito à dignidade humana, conferindo-lhe maior densidade semântica.

Em síntese, são considerados fundamentais por serem imprescindíveis à existência digna e livre e à convivência com outros homens - dimensão subjetiva - e por servirem como parâmetro de modelo de Estado, constituindo-se em seus pilares ético-político-jurídicos, além de impor limitações à atuação estatal - dimensão objetiva.

2.5 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cumpre destacar que as normas constitucionais estão voltadas primeiramente para o próprio Estado, isto é, para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, vez que somente estes podem efetivá-los quando da aplicação dos dispositivos nos casos concretos. Sendo que somente a partir da etapa da concretização é que o povo passa a ser destinatário da Constituição. Daí falar-se que estes são os receptores indiretos, secundários ou mediatos dos direitos fundamentais, enquanto que aqueles são os diretos, primeiros ou imediatos (BULOS, 2007, p. 407-408).

Nessa quadra, sobrepuja advertir que o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não deve ser interpretado literalmente, sob pena de se concluir, de forma equivocada, que apenas os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros residentes no Brasil são destinatários mediatos dos direitos fundamentais, excluindo-se os estrangeiros de passagem pelo país e as pessoas jurídicas.

Não é esta, entretanto, a conclusão a que se chega quando se realiza uma interpretação sistemática de toda a constituição, mormente à luz do

princípio da dignidade humana. Logo, tanto os estrangeiros não-residentes, quanto os apátridas podem se valer dos direitos fundamentais consignados em nossa *Lex Mater*.

As pessoas jurídicas igualmente são destinatárias dos direitos e garantias fundamentais, ressalvando-se, neste caso, alguns direitos em razão de sua própria natureza. Exemplifica-se: não se concebe a ideia de uma empresa impetrar *Habeas Corpus* em seu benefício; todavia, nada obsta que essa mesma pessoa ingresse com um Mandado de Segurança (BULOS, 2007, p. 409-410).

2.6 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

No Brasil, comumente se traz à baila a Classificação Tricotômica de José Afonso da Silva (2008, p. 86), segundo a qual não há norma constitucional destituída de imperatividade e eficácia. Assim, se todas elas possuem eficácia, o critério diferenciador consiste tão somente nos diferentes graus de seus efeitos jurídicos.

Deste modo, as normas constitucionais agrupam-se nas seguintes categorias: Normas Constitucionais de Eficácia Plena, Normas Constitucionais de Eficácia Contida e Normas Constitucionais de Eficácia Limitada ou Reduzida.

As primeiras devem ser entendidas como aquelas que possuem todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta, são as que produzem, ou que têm possibilidades de produzir, todos os seus efeitos desde quando entrarem em vigor. Tratam-se de normas suficientes em si cuja aplicabilidade é imediata, direta e integral (SILVA, p. 92-96).

As segundas são normas que não necessitam de lei integrativa ulterior para fazer incidir os seus efeitos. No entanto, admitem a restrição de sua eficácia tanto por conceitos indeterminados (exemplos: ordem pública, bons costumes, segurança nacional) quanto por atuação do legislador ordinário. Daí falar-se que são normas de aplicabilidade imediata, direta, mas não integral. (SILVA, 2008, p. 96-99)

Por fim, as Normas Constitucionais de Eficácia Limitada ou Reduzida consistem em normas que exigem intervenção legislativa ordinária para complementação do seu conteúdo e possibilitar o surgimento dos efeitos desejados pelo constituinte. São normas de aplicabilidade mediata, indireta

e reduzida em razão na imprescindibilidade de normatividade ulterior que lhes devolva a eficácia (SILVA, 2008, p. 105-109).

Esta terceira categoria de normas constitucionais divide-se em dois grupos, a saber: (*i*) normas definidoras de princípio organizativo ou instutivo, "através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo mediante lei" (SILVA, 2008, 119); (*ii*) normas de princípios programáticos, que são "aquelas em que foram traçados princípios a serem obedecidos pelos órgãos estatais, como programas, visando à realização e persecução dos fins sociais pelo Estado" (MACHADO, 2005, p. 91), elas revelam, pois, "um compromisso entre as forças liberais tradicionais e as reivindicações populares de justiça social" (SILVA, 2008, p. 130).

3. DO DIREITO À SAÚDE

3.1 DA ORDEM SOCIAL

Como já afirmado alhures, a ordem social somente passou a integrar os textos constitucionais com o término da Primeira Guerra Mundial e com o surgimento do Estado Social, prevendo, com fundamento nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, inúmeros direitos sociais como forma de se resolver as profundas desigualdades sociais existentes.

Cediço que esses direitos têm como objeto um *facere* permanente por parte do Estado consistente em prestações positivas em prol dos indivíduos, garantindo-lhes o mínimo existencial[4] de recursos indispensáveis para uma existência digna, o que se dá através das políticas publicas[5]. É neste ponto que eles diferem dos direitos de defesa, haja vista que estes se caracterizam, de forma genérica, pelo *non facere* do Estado para proteger os particulares das investidas abusivas dos órgãos estatais.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 695-696):

> Os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o

> efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

3.2 DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde surge como consequência direta do direito à vida, que deve ser compreendido não apenas como o direito de nascer, mas também o de continuar vivo e com dignidade. É neste ínterim que Uadi Lammêgo Bulo (2007, p. 1280-1281) aduz que a saúde "é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças".

Atentos a sua importância, os constituintes de 1988 foram os primeiros, na história do constitucionalismo pátrio, a constitucionalizar a saúde, elevando-a a condição de direito fundamental. Neste sentido, o art. 196 da atual Magna Carta reza que: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Assim, não restam dúvidas de que é do Estado Social a obrigação de proporcionar ao indivíduo os recursos necessários à garantia de um padrão mínimo de satisfação das necessidades pessoais, de forma a garantir-lhe uma existência saudável e digna.

Para a efetivação deste direito, bem como de todos os outros direitos sociais, faz-se mister o cumprimento de prestações negativas (abstenção do Estado em praticar atos obstaculizadores para o pleno exercício do direito) e positivas (medidas preventivas ou paliativas adotadas para combate e tratamento de doenças) por parte do Poder Público (BULOS, 2007, p. 1281).

Ressalta-se que quando a Constituição determina que a saúde é dever do Estado, ela se refere ao Estado Brasileiro *lato sensu* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e não apenas aos Estados-membros da Federação.

Tanto assim que o próprio texto constitucional prevê que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único organizado de acordo com as diretrizes: (i) da descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) do

atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (iii) da participação da comunidade (art. 198, CF/88). Evidente, portanto, "o caráter de direito social individual, de um lado, e de direito social coletivo, de outro" (SILVA, 2008, p. 831).

No que tange à formulação e execução de políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum à União (através do Ministério da Saúde), aos Estados (mediante as Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes) e aos Municípios (por suas Secretarias de Saúde ou entidade correspondente). Isto implica na possibilidade de os três entes que compõem a federação brasileira poderem formular e executar políticas de saúde (art. 23, II, CF/88).

3.3 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Carta Política Brasileira preceitua que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5º, § 1º), restando perquirir, no momento, se a referida disposição é aplicável apenas aos direitos elencados no art. 5º ou a todos os presentes na Constituição.

Esclarece a doutrina que a localização topográfica sugere, à primeira vista, que seu destino é somente aos direitos previstos no referido dispositivo, mas, em seguida, adverte que esta não é a melhor hermenêutica, haja vista que uma interpretação sistemática e teleológica leva à conclusão de que "o constituinte não pretendeu excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais", (SARLET, 2007, p. 275).

No que atine ao grau eficacial dessas normas, doutrina e jurisprudência são pacíficas ao afirmar a necessidade de um estudo mais aprofundado do tema, indicando, para tanto, observância às funções desempenhadas por esses direitos. Neste contexto, de vital importância a classificação em direitos prestacionais e direitos de defesa.

Os direitos de defesa têm por objeto uma conduta negativa do Estado consistente em determinar que seus destinatários (poderes estatais e particulares) se abstenham de intervir na esfera da autonomia pessoal de cada indivíduo. São integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantias, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral.

Os direitos prestacionais, por sua vez, reclamam uma conduta positiva do Estado tanto para que se criem e sejam postas à disposição dos indivíduos

as prestações que constituem o seu objeto, como também para implementar as condições que possibilitem o seu efetivo exercício. A finalidade é uma só: realizar a igualdade material, garantido a participação do povo na redistribuição pública de bens e materiais.

Em razão de os direitos prestacionais causarem maiores repercussões econômico-financeiras em sua concretização, é que há quem, a exemplo de Canotilho, fortemente inspirado no Direito Germânico, defenda que a eficácia e efetivação dos direitos sociais prestacionais está condicionada a uma "reserva do possível", apontando a dependência à disponibilidade financeira do Estado (KRELL, 2000, p. 40).

O que se faz necessário advertir é a inviabilidade de se importar um instituto jurídico do direito estrangeiro sem que ele se adapte às condições culturais, econômicas, históricas e políticas pátrias. Destarte, se na Alemanha a cláusula da reserva do possível é compreendida como "aquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade" (KRELL, 2000, p. 41), qual seria, então, o seu significado considerando a realidade brasileira?

A respeito do tema, Andreas Krell (2002, p. 107-109) que é alemão e que conhece bem a realidade do Estado Brasileiro, onde vive desde 1993, é preciso quando enfatiza que:

> Vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar o maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como 'mandados', 'diretrizes' ou 'fins do Estado', mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais. Afirmam que – seguindo a 'linha alemã' – seria teoricamente impossível construir direitos públicos subjetivos a partir de direitos sociais e que o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar decisões sobre determinados benefícios individuais. Essa interpretação é duvidosa e, na verdade, não corresponde às exigências de um Direito Constitucional Comparado produtivo e cientificamente coerente. Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem. [...] Devemos nos lembrar também

> que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram os seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente *excluídos*. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar a sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de 'assistência social' que recebem, etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta de condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).

O posicionamento de Andreas Krell não é isolado, outros estudiosos do tema como, por exemplo, Dirley da Cunha Júnior[6], Celso Antônio Bandeira de Mello[8], Flávia Moreira Guimarães Pessoa e Clara Cardoso Machado[7], comungam do mesmo entendimento, segundo o qual a reserva do possível não se constitui em um limite válido para a não efetivação dos direitos sociais prestacionais, visto que não foi esta a vontade do constituinte e também pelo fato de ir de encontro aos ideais do Estado do Bem-Estar Social.

Em se tratando do direito à saúde, há de se atentar para o fato de ele ser decorrência do direito à vida e que ao Estado é vedada a prática de qualquer ato tendente a tirar a vida dos indivíduos (caráter negativo), também é imposto a ele o dever de proteger a vida humana (caráter positivo), já que "esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental ou não)" (SARLET, 2007, p. 373).

Considerando a magnitude do direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 346) afiança que:

> A mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea *a*). Cumpre relembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.

Com efeito, considerando o princípio da máxima efetividade da Constituição, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que o art. 5º, § 1º de nossa Constituição Federal também é aplicável aos direitos sociais prestacionais, mormente ao direito à saúde, independentemente de seu grau de eficácia e de qualquer intermediação concretizadora, lembrando ser este o entendimento da jurisprudência moderna[9]. (MACHADO; PESSOA, 2008, p. 1).

4. DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

4.1 DA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Considerando que as normas constitucionais são dotadas do atributo da imperatividade e desprovidas de cunho meramente sugestivo e/ou

recomendativo, tem-se que, se descumpridas, por ação ou por omissão, causam violação e exigem do próprio sistema constitucional e/ou do infraconstitucional meios para prover a tutela do direito ou do bem jurídico afetado, além da restauração da ordem jurídica.

Nesta senda, de bom alvitre relembrar o conteúdo do art. 196 de nossa Magna Carta:

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

Interpretando o dispositivo, facilmente perceptível, como já afirmado anteriormente, que é obrigação do Estado promover, proteger e recuperar a saúde.

Com referência à amplitude e ao significado do termo Estado ali consignado, José Afonso da Silva (2008, p. 831) assevera que a referida palavra expressa tanto a ideia do Estado Brasileiro num sentido amplo para designar a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, quanto a de que esse dever é atribuído aos três Poderes estatais, ou seja, ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário.

Estabelecida a competência do Judiciário, insta salientar que sua atuação não deve ocorrer em termos absolutos, tanto assim que ela recebe severas críticas da doutrina e da jurisprudência. Sobre o tema, Luiz Roberto Barroso (2009) suscita algumas objeções à judicialização excessiva.

A primeira delas tem fundamento no mesmo art. 196 de nossa *Lex Maxima* e consiste na ideia de que a referida norma foi positivada de forma programática, isto é, para ser efetivada mediante políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais, o que condicionaria a atuação do Judiciário à mediação legislativa.

A segunda diz respeito à inadequação de se atribuir o problema a uma questão meramente hermenêutica, visto que se trata, antes de tudo, de questões institucionais. Assim, se é conferido ao Poder Executivo avaliar a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde, bem como a tomada de decisões, em razão de sua visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas, não incuberia ao Judiciário

modificar a "alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988" (BARROSO, 2009).

A terceira objeção atine à legitimidade democrática. Considerando que os recursos públicos têm origem nos impostos pagos pelo povo e considerando que o poder do povo é exercido indiretamente por seus representantes, apenas aos poderes Executivo e Legislativo é que competiria decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos, visto que somente eles são legitimados pelo voto popular. Desta forma, pode o povo preferir priorizar medidas preventivas ao invés de curativas.

A quarta censura é referente à questão financeira, que encontra no fato de as receitas públicas estarem aquém das demandas sociais o seu grande argumento. Assim, em razão de os recursos públicos serem insuficientes para atender todas as necessidades sociais, impõe-se ao Estado a difícil tarefa de decidir quais necessidades terão prioridade, haja vista que investir recursos em um determinado setor sempre implica em deixar de investi-los em outros. Luiz Roberto Barroso assevera ainda que essa linha de argumentação era a que predominava antigamente, citando a título exemplificativo um julgado[10] do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro dos anos 90.

Outra crítica que se faz concerne às decisões judiciais que provocam desorganização da Administração Pública e isto porque toda vez que uma determinação judicial impõe o cumprimento de uma obrigação de fazer com repercussões econômicas, a exemplo do fornecimento de medicamento, o Governo deixa de continuar atendendo um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Ponderando, ainda, que a jurisprudência brasileira se apoia, na maioria das vezes, em casos individuais, enquanto que a dimensão dos problemas é coletiva.

Dentre outras, cita-se, por fim, aquela que defende que os gastos com a recuperação da saúde, a exemplo dos resultantes da distribuição de medicamentos, são significativamente superiores a aqueles que se destinariam a prevenir doenças, *v. g.* as políticas de saneamento básico[11] e de construção de redes de água potável, e que as decisões judiciais que determinam a imediata efetivação do direito à saúde "privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública" (BARROSO, 2009).

Elencadas as principais críticas, demonstrar-se-á, ao longo deste capítulo, que elas não merecem ser agasalhadas em termos absolutos.

Cediço que, no plano do dever-ser, a implementação de políticas públicas cabe ao Poder Executivo, que agirá conforme os critérios da conveniência e oportunidade nas suas escolhas; já ao Legislativo, por seu turno, incumbe a missão a concretizar as normas constitucionais, tornando possível a fruição dos direitos fundamentais pelos indivíduos (SILVA, 2007, p. 22-23).

Todavia, tem-se notado, no plano do ser, que o direito à saúde, além de alguns outros direitos sociais previstos na Constituição (a exemplo da moradia, da educação, da segurança e do trabalho), não é devidamente regulamentado pelo Legislativo de forma a assegurar sua concretização e, tampouco, efetivado de forma satisfatória pelo Executivo (REINA).

Diante de tal situação, surge o Judiciário como a última alternativa capaz de preencher tais omissões para aqueles que são privados do exercício de seus direitos e como único meio de se evitar que os dispositivos constitucionais garantidores de direitos fundamentais se tornem "letras mortas" (CARDOSO, 2009, p. 48). Tanto assim que Ana Cristina de Monteiro de Andrade Silva (2007, p. 22) afirmou que se deixarmos "somente ao encargo do Executivo a justificativa para a escassez dos recursos e consequentemente para a impossibilidade de atendimento ao pleito dos cidadãos, reduziremos a eficácia dos direitos fundamentais a quase nada e relegaremos ao Judiciário um papel de mero expectador das mazelas nacionais, o que não é desejável".

Logo, quando o processo político (Legislativo, Executivo) falhar ou se omitir na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, caberá ao Poder Judiciário, se provocado, a adoção de mecanismos para realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços sociais básicos (KRELL, 2000, p. 56).

De mais a mais, salienta-se que "qualquer ação do Poder Público ou de particulares que viole o direito à saúde é, em princípio, inconstitucional e pode ser objeto de demanda judicial individual ou coletiva em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade" (SILVA, 2007, p. 16).

Nestas circunstâncias, de destaque o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, de nossa Carta Política, que garante que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", isto é, basta a plausibilidade da ameaça ao direito para obrigar o Poder Judiciário a efetivar o pedido de prestação jurisdicional, ainda que se trate de questão política, desde que pleiteado regularmente

pela parte reclamante (MORAES, 2007, p. 72; REINA).

Com efeito, o Poder Judiciário, quando provocado, indubitavelmente possui legitimidade para concretizar direitos fundamentais. Aliás, enfatiza-se que negar competência ao Judiciário para intervir nas questões de políticas públicas implicaria em negar a preservação dos direitos daqueles que são desprovidos de acesso ao processo político, o que parece não se coadunar com o Perfil do Estado do Bem-Estar Social (SILVA, 2007, p 20).

Inobstante, relembra-se que os órgãos de cúpula do Judiciário são integrados pela vontade tanto do Executivo quanto do Legislativo (os ministros dos tribunais superiores, *verbi gratia*, são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, nos termos dos arts. 101 e 104 de nossa Constituição), sendo a eles, portanto, conferido considerável grau de representatividade (SILVA, 2007, p. 20).

Além disso, destaca-se que aos magistrados são asseguradas prerrogativas para proporcionar a independência em seus julgamentos, os quais, por força do art. 93, IX[12], da Constituição Federal, devem ser sempre motivados de forma racional e lógica, o que destoa das deliberações puramente políticas dos outros dois poderes. Como se não bastasse, as decisões judiciais, em sua imensa maioria, podem ser revistas por órgãos superiores, o que garante a correção de eventuais erros (SILVA, 2007, p. 20).

O que se tem vislumbrado através dos julgados do Supremo Tribunal Federal[13] e do Superior Tribunal de Justiça[14], é que os Ministros têm se inclinado favoravelmente à possibilidade de o Poder Judiciário outorgar prestações positivas através da jurisdição.

De fato, a nossa *Lex Mater* não atribuiu ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão somente o poder de impor a execução daquelas já estabelecidas em seu próprio texto e na legislação ordinária. Assim, "o juiz deixa de ser um funcionário estatal para se transformar em uma expressão originária do Poder Estatal" (SILVA, 2007, p. 20).

No caso de insuficiência de recursos, Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva (2007, p. 20) comunga do entendimento jurisprudencial de que eles devem ser retirados de outras áreas, a exemplo das verbas destinadas a propagandas, ao patrocínio de festividades públicas[15] e até mesmo ao transporte, ao fomento econômico, cuja aplicação não está diretamente ligada aos direitos essenciais do homem: vida, integridade física e saúde. A razão é simples: "o direito a saúde deve ser priorizado pelo Estado, vez que é *conditio sine qua non* para a cidadania" (PESSOA; MACHADO, 2008, p. 1).

Quanto à alegação de que o controle judicial privaria a Administração Pública de sua capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa, insta enfatizar que a atuação judicial é subsidiária, ocorrendo apenas quando os outros dois poderes demonstrarem, por si mesmos, suas incapacidades para gerir os recursos públicos e satisfazer o direito vital dos cidadãos da forma almejada pela carta política.

Por conseguinte, não resta outra alternativa senão revisar o dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado social, bem como reinterpretar a "cláusula da reserva do possível" e a discricionariedade administrativa, visto que os poderes Legislativo e Executivo têm se mostrado, por diversas vezes, incapazes de garantir satisfatoriamente o cumprimento dos respectivos preceitos constitucionais (SILVA, 2007, p. 16-17; PESSOA; MACHADO, 2008, p. 1).

4.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Numa retrospectiva histórica, constata-se que a Teoria da Separação dos Poderes, cuja ideia central consiste nas premissas de que o homem investido no poder tende a dele abusar e que o poder só pode ser limitado por outro poder, possui matriz nas obras *A Política* de Aristóteles, *Two Treatises of Government* do inglês John Locke e, posteriormente, na *De L'esprit des Lois* do francês Montesquieu, quando, então, assumiu os contornos hoje conhecidos.

Considerando o contexto histórico em que foi criada a teoria da separação das funções estatais de forma sistematizada, mais precisamente o absolutismo europeu do século XVIII, verifica-se que ela foi elabora em "sentido forte"[16]. Todavia, nos dias atuais, são necessários temperamentos e ajustes para que possa ser compreendida de forma constitucionalmente adequada. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008. p. 156)

Nesta senda, há de se notar que o princípio da Separação dos Poderes, na atual ordem constitucional pátria, constitui-se em fundamento da República Federativa do Brasil e em cláusula pétrea, estando expressamente assentado no art. 2º ("São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário") e protegido no art. 60, § 4º, inciso III ("Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação dos Poderes"), de nossa *Lex Mater*.

Ao preceituar que os três poderes são harmônicos entre si, nada mais

almejou a constituição que garantir a cortesia e o trato respeitoso entre eles, mesmo nos casos em que houvesse a necessidade de interferências de um nos demais para garantir os freios e contrapesos.

Igualmente, a independência entre os poderes não significa a exclusividade no exercício das funções que a cada um foram atribuídas, mas sim a predominância no seu desempenho. Daí falar-se em funções típicas como aquelas inerentes de cada órgão e atípicas (impróprias, secundárias ou subsidiárias) como as garantidoras de sua própria autonomia e independência.

Assim, o Poder Judiciário tem como função própria a de julgar (aplicando a lei de forma autoritária para pacificação de conflitos concretos, intersubjetivos e litigiosos) e como atípicas, *verbi gratia*, a de legislar os regimentos internos dos tribunais e a de administrar seus próprios órgãos, serviços e servidores.

Desse controle mútuo entre os poderes, verifica-se a intenção dos constituintes em evitar a instauração de instâncias hegemônicas de poder, em alcançar e manter o equilíbrio entre as funções estatais, assim como a de propiciar uma convivência harmônica entre elas. Para José Afonso da Silva (2008, p. 117), essas interferências mútuas visam "ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados".

Destarte, as funções estão longe de ser exclusivas do Poder respectivo, podendo cada um deles exercer função que originariamente pertence aos demais. Logo, resta evidente a imprudência de se manter, nos dias atuais, a separação dos poderes de forma absoluta (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 508).

A fim de sanar eventuais dúvidas, assevera-se que somente haveria violação ao princípio da separação dos poderes, se o Judiciário pudesse criar a legislação e aplicá-la sem que nenhum outro Poder pudesse controlar essa atividade, o que, na realidade, não ocorre.

A respeito da necessidade de revisão da clássica doutrina da separação dos poderes para melhor ajuste às novas tendências e exigências dos sistemas jurídicos, obtempera Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 510):

> Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação de Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da

> aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente dirigente de nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídicos-constitucionais., É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado do Bem-Estado Social, uma nova leitura sobre o vetusto dogma da separação dos Poderes, a fim de que ele não produza, com sua força simbólica – como lamentavelmente vem produzindo – um efeito paralisante às reivindicações da sociedade moderna, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido [...].

Por conseguinte, o que se pode inferir deste princípio concreto é uma relação de coordenação ou colaboração entre os Poderes, haja vista que somente uma doutrina da separação dos poderes de forma relativa é que se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o espírito do atual Estado Constitucional Social e Democrático de Direito (ANDRADE SILVA, 2007, p. 16-17; CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 508-509; KRELL, 2000, p. 52-55).

5. CONCLUSÃO

Os direitos sociais, considerados como uma espécie dos direitos fundamentais, surgem como forma de amenizar as desigualdades existentes, outorgando aos indivíduos o direito de exigir do Estado uma postura ativa para que ele crie e coloque a sua disposição as prestações necessárias para permitir o efetivo exercício das liberdades fundamentais e possibilitar a realização da igualdade de situações sociais distintas, além de proporcionar

melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais, concretizando o princípio da dignidade humana.

É neste esteio que a atual Carta Política Brasileira ganha relevo ao afirmar que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), além de trazer em seu próprio bojo normativo os parâmetros e diretrizes que devem regular as ações políticas dos administradores e dos legisladores na concretização desse direito vital (art. 198), que se dá, no plano fático, mediante as políticas públicas voltadas para a prevenção, tratamento e recuperação do estado de higidez do homem.

A despeito da clareza do comando constitucional, o Estado tem tentado se desincumbir dessa tarefa alegando, principalmente, a insuficiência de recursos financeiros, apegando-se a "teoria da reserva do possível" para tentar justificar a sua postura inativa. Ocorre que esses fundamentos não prosperam em virtude de esta não ter sido a vontade do constituinte e também em razão de sua incompatibilidade com os ideais do Estado do Bem-Estar Social.

Diante desta situação, é que surge o Judiciário para corrigir as omissões dos outros poderes e para efetivar o direito à saúde, controlando as políticas públicas a fim de resguardar o mínimo de uma existência digna não passível de mitigações: a saúde.

Não obstante, ainda há quem alegue que a atuação do Judiciário fere o princípio da separação dos poderes, uma vez que se estaria invadindo a esfera de competências dos outros poderes. Por conta disto, procedeu-se a uma detalhada análise deste princípio para se demonstrar a necessidade de sua releitura de modo que se admitam temperamentos e que não se desprezem as circunstâncias atuais, concluindo por uma separação relativa em que os controles recíprocos objetivam a colaboração entre os três poderes.

Logo, constatada a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário pode, se provocado, concretizar o direito à saúde, atendendo ao fundamento positivado no inciso III do artigo 1º da *Lex Maxima*, a saber: a dignidade da pessoa humana.

THE CONSTITUTIONALITY OF JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC HEALTH POLICIES

ABSTRACT: Brazilian Constitutional Law devotes to the health right, that requires an active posture from the State, in other words, it has to do

to assure the minimum existential. It is known Legislative obligation is to create the necessary legislation to Executive practice the public politics to satisfy man vital necessities. Nonetheless, is it realized that certain insufficient in performing these powers and the inadequate relativization oh human being dignity principle is under the basis of "possible ressources". When what was mentioned is not accomplished by the State, this obligation to promote, to protect and to recover individual health has recently caused an enthusiastic discussion the (im)possibility of Judiciary can be provoked to effect the health right as well as to control public politics of this area. There are multiple views about the judicial control of constitutionality as much as doctrine field as in the jurisprudence field. It is considered, therefore, the original lines and the modern subtles of the classical principle of power separation.

KEYWORDS: Constitutional law. Essential rights. Health right. Possible ressources. Power separation.

Notas

[1] A exemplo dos Parlamentos que, inclusive, podiam facilmente proceder a sua alteração pelas vias ordinárias sem dificuldades.

[2] A supremacia das Constituições emana do princípio da rigidez constitucional, isto é, na imposição de um procedimento solene e dificultoso para alteração de suas normas (Bulos, 2007, p. 55).

[3] Fatores de ordem política, econômica, cultural, social, ética, religiosa, etc.

[4] Expressão também conhecida como "mínimo vital" ou "mínimo social" utilizada para designar a ideia da quantidade mínima de recursos indispensáveis para a satisfação das necessidades pessoais.

[5] Conjunto de ações afirmativas desenvolvidas pela máquina do Estado (programas, projetos, regulamentações, leis e normas, princípios e diretrizes) com o objetivo de oferecer respostas às necessidades e demandas de alguns setores da sociedade (FILHO; NOBRE, 2009, p. 219).

[6] "Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pupulam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamento do tipo *reserva do possível* [...] Os problemas de 'caixa' não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de 'caixas cheios' do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*". (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 716-717)

[7] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (CELSO DE MELLO na decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF em 29.04.2004)

[8] "Impende salientar que se infere da interpretação da Constituição da República a obrigação dos órgãos estatais e agentes políticos de maximizar os recursos e minimizar os impactos da "reserva do possível", a fim de otimizar a plena efetividade dos direitos sociais prestacionais, seguindo, assim, as diretrizes estabelecidas pelo poder constituinte." (MACHADO; PESSOA, 2008, p.1)

[9] 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. (STF. RE 271286 AgR/RS - RIO GRANDE DO SUL. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 12/09/2000. Órgão Julgador: Segunda Turma).
AGRAVO INTERNO. RECURSOS DE APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E FRALDAS DESCARTÁVEIS. DEVER DO ENTE PÚBLICO, CONSOANTE A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA AO ASSEGURAR O DIREITO À VIDA E O DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIAS FUNDAMENTAIS, DE ACORDO COM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (ART. 196 DA CF/88). AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70041915786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 11/05/2011)

[10] Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração publica destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel Des. Carpena Amorim)

[11] Segundo Luiz Roberto Barroso, o Estado do Rio de Janeiro gastou R$ 240.621.568,00 (duzentos e quarenta milhões, seiscentos e vinte e um mil reais e quinhentos e sessenta e oito reais) com os programas de Assistência Farmacêutica, montante bastante superior aos R$ 102.960.276,00 (cento e dois milhões, novecentos e sessenta mil e duzentos e setenta e seis reais) que foram investidos em saneamento básico.

[12] "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." (art. 93, IX, CF/88)

[13] PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - 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, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-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 da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)

[14] Constitucional. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Fornecimento de medicação (interferon beta). Portadores de esclerose múltipla. Dever do Estado. Direito fundamental à vida e à saúde (CF,

arts. 6º e 189). Precedentes do STJ E STF. 1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto. 2. Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento. 3. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF. 4. Recurso ordinário conhecido e provido" (ROMS Nº 11.129/PR, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 18/2/2002).

[15] Caso Sergipano do Município de Japaratuba, em que o membro do Ministério Público atuante naquela comarca ingressou com Ação Cautelar para determinar que fosse suspensa a realização de algumas festividades em razão dos vultosos gastos com entretenimento, enquanto algumas entidades estavam prestes a fechar as portas por conta da diminuição do repasse de verba municipal (Processo nº 200972000368).

[16] Expressão utilizada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco na obra *Curso de Direito Constitucional* para designar a rigidez da divisão de atribuições de cada uma das funções estatais (2008, p. 156).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: < http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf >. Acesso em 29/10/2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29.04.2004. DJ de 04.05.2004. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002182&base=baseMonocraticas > Acesso em: 07 out. 2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 13/09/2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2008.
KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: _____. *A Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
MACHADO; Carlos Augusto Alcântara Machado. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
MACHADO, Clara Cardoso; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Direito à saúde e controle judicial de políticas públicas*. Aracaju: Evocati Revista n. 33, set. 2008.
Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=277>. Acesso em: 09/10/2009.
MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
REINA, Cláudia Regina. *A judicialização da política*. Disponível em <http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=320>. Acesso em: 15/05/2011.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
_____. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. In: *Revista CEJ*. Ano XI, n. 37, p. 14-24, abr./jun. Brasília: 2007.