

A SAÚDE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE HEALTH AND THE PUBLIC ADMINISTRATION

Ana Paula Maria Araújo Gomes¹

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo conhecer a interface entre o direito à saúde, na perspectiva da efetivação da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental a uma boa Administração Pública e o Judiciário. Buscou-se um conhecimento prévio de cada instituto, seus conceitos, características na sociedade brasileira. Foi utilizado como metodologia a pesquisa documental e bibliográfica. Observou-se a necessidade de materialização do direito a saúde do indivíduo, desde que seja primordial para a concretização do direito à vida, por isso, nas tomadas de decisões por parte do Judiciário deverá ponderar-se para não pôr em risco políticas públicas, ante a finitude orçamentária.

PALAVRAS-CHAVES: Saúde, dignidade da pessoa humana; Judiciário.

ABSTRACT

The present study aims to evaluate the interface between the right to health in the perspective of realization of human dignity, the fundamental right to good public administration and the judiciary. We attempted to have prior knowledge of each

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Público, Professora da Faculdade Católica Rainha do Sertão – FCRS- Quixadá.

² Pós-Doutora pela UFSC, Doutora pela UFPE, Mestre pela UFC, professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito. Constitucional Mestrado e Doutorado da UNIFOR. Fortaleza –CE. Coordenadora do Curso de Direito da FCRS em Quixadá-CE.

institute, its concepts, features in Brazilian society. Documentary and bibliographic research was used as a methodology. There was a need for realization of the right to health of the individual, since it is vital for the realization of the right to life, so the decision making by the judiciary should consider yourself not to bring into public policy risk, compared the budget finitude.

KEY-WORDS: Health, human dignity; Judiciary

Introdução

A dignidade da pessoa humana é marco preponderante nas legislações contemporâneas, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 a consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inc. III, no elenco dos direitos fundamentais, no artigo 5º demonstra um rol exemplificativo de direitos e deveres ao ser humano e no art. 6º especifica como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, dentre outros. São diversos os contornos apresentados pela lei maior, para garantir a efetivação da dignidade ao ser humano. A sua operacionalização pelo Poder Público, ocorre através das funções Legislativa, Executiva e Judiciária.

Revisitando a tradicional divisão dos três Poderes de Montesquieu, cujos poderes são independentes e harmônicos entre si, constatam-se as respectivas funções típicas, onde o Legislativo caberá elaborar leis que atendam às necessidades apresentadas pela sociedade, o Executivo compete administrar, gerir, executar políticas públicas aos administrados e o Judiciário, mediante provocação, deverá solucionar litígios ou homologar as requisições dos interessados, demonstrando o direito ao caso concreto.

Quando o tema a ser tratado pelo Poder Público é a Saúde, estabelece como meta a sua efetivação, entretanto, questiona-se a possibilidade de existir um limite para a sua concretização, a partir do hoje discutível princípio da supremacia do interesse público sobre o individual, isto é, poderá deixar de aplicar a dignidade da pessoa humana de um indivíduo para investir na dignidade da pessoa humana da coletividade?

Outra questão a ser debatida é sobre a atuação do Judiciário em discutir ações concretas que garantam a saúde e por via direta à vida.

A Constituição Federal de 1988 em seu Art. 198 determina ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado, garantindo a realização de políticas públicas para a efetivação desse direito, há uma tutela pelo Estado. Diversas ações judiciais são propostas com o objetivo de efetivar o direito à saúde do indivíduo, por exemplo, a distribuição de medicamentos e a concessão de terapias experimentais, as quais nem constam nos protocolos do Ministério da Saúde. Há uma participação crescente do Poder Judiciário em questões anteriormente pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo.

Associa-se o direito a saúde como a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana. O atendimento deste direito em caráter individual, pode, por vezes trazer como consequência desequilíbrio no Orçamento Público e conseqüente prejuízos para a dignidade do coletivo. O Judiciário, como intérprete da Constituição, deverá ao proferir suas decisões respeitar aos direitos fundamentais bem como aos procedimentos democráticos, principalmente em face aos outros Poderes, suas decisões deverão ser pautadas pela proporcionalidade, razoabilidade e justiça.

Para a realização do presente trabalho aplicou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, por meio da técnica de pesquisa indireta, como consulta a livros, periódicos, jurisprudência e legislação vigente.

O presente artigo traz a discussão, principalmente analisando o direito a saúde e o direito fundamental a uma boa Administração Pública.

1 O direito à saúde.

Para analisar o direito a saúde, é imprescindível ter um conhecimento prévio do significado do termo saúde, para tanto, a Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946) compreende a saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social, não significando a inexistência de doença ou de enfermidade. Constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano o de usufruir o melhor estado de saúde que é possível alcançar, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição

econômica ou social. Nota-se por esse conceito que a saúde não significa a ausência de doença e sim a procura por uma melhor qualidade de vida.

Apesar do direito a saúde estar positivado, previsto constitucionalmente no Art. 6º³ como um direito social e no Art. 196⁴ como integrante da Seguridade Social, ele ultrapassa a esfera das regras e participa do grupo dos princípios, pois está indissociavelmente vinculado ao direito a vida⁵ e a dignidade. Independente de previsão legal ele existi por si só, agindo como elemento de interpretação das regras.

Para visualizar um direito é mais prático que ele venha descrito numa regra, esteja positivado, apresentando uma maior riqueza de detalhes, entretanto há direitos que existem independente de uma previsão legal, de uma regra, atuam na esfera principiológica, promovendo determinadas práticas dentro das perspectivas fáticas e jurídicas.

Na distinção entre princípios e regras Alexy (2008) esclarece que ambos são normas, entretanto os princípios estabelecem a realização de uma prática dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, são mandamentos de otimização, os quais poderão ser atendidos em graus diversos, já as regras poderão ser satisfeitas ou não, executam-se conforme ao que esteja previsto em seu conteúdo, na exata medida, não ampliam nem diminuem o seu alcance, elas comportam determinações, no que seja fático e juridicamente possível, a distinção entre esses dois institutos é no critério qualitativo e não uma distinção de grau.

O direito a saúde tanto individual como coletivo é meta de efetivação para as funções Legislativa, Executiva, Judiciária, por ser o bem jurídico imprescindível a vida, ao tutelá-la verifica-se uma operacionalização do Estado. Michael Kloepfer (2009, p. 156, 161) alerta acerca da necessidade da atuação estatal quando esse direito sofrer lesão:

³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴ 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.

⁵ Artigo 4º - Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS(1969)
Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.- Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Porque a vida (e saúde) podem ser afetadas não somente pela sua lesão, mas também pela sua ameaça, torna-se exigível, na perspectiva atual, um agir estatal já antes da lesão a direito fundamental, no estágio da ameaça a direito fundamental.

[...] o dever de proteção do Estado não leva em regra a um direito prestacional individual. Pelo contrário, o dever de proteção é suportado, na perspectiva normativa, já pela garantia de um *standard* de segurança nas regulamentações de base. Outras “prestações” para a proteção da vida e da saúde da população são tão genéricas que elas se baseiam em menor teor nos direitos fundamentais basicamente relacionados aos indivíduos, sendo ancoradas, pelo contrário, de forma decisiva no Estado Social.

Colaborando com a aplicação imediata do direito a saúde Rocha (2011) compreende que não há necessidade de uma conformação legislativa para adquirir uma total aplicabilidade, assim, qualquer pessoa poderá exigir a efetivação desse direito no Judiciário, mesmo sem legislação integradora, os direitos fundamentais a saúde não vale apenas no campo das leis e sim inversamente, as leis é que valem na esfera do direito fundamental à saúde.

Dentre as Políticas Públicas, o direito a saúde, requer uma tutela pelo Estado. Esse direito foi tratado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito individual e social e constitui uma cláusula pétrea. Outorga-se às ações e serviços de saúde um caráter de relevância pública, demonstrando a sua importância jurídica, política e social no ordenamento jurídico (ASENSI, 2010).

Ao Estado cabem dois modelos de ações em matéria de saúde: as ações preventivas e as ações curativas, estas buscam tratar das pessoas que já estão doentes, tendo como grande aliado os desenvolvimentos científicos e tecnológicos e, aquelas visam evitar a debilidade das pessoas através do planejamento. Os direitos sociais exigem a intervenção do Estado, há um caráter prestacional, uma atuação positiva na efetivação desse direito, caso a Instituição Pública esquivar-se na execução do que lhe é devido, poderá o particular buscar a efetivação do serviço pelo Judiciário.

No dizer de Oliveira (2010) quem primeiro deverá agir serão os Poderes Legislativo e Executivo por meio das políticas sócias e econômicas e em segundo momento o Judiciário, por provocação da parte ante a inércia estatal. Nesse cenário, um dos direitos sociais mais buscados pelos cidadãos é a efetivação do direito à saúde, por meio da judicialização da saúde. Buscam-se vagas em UTI'S e em leitos hospitalares, a realização de cirurgias e exames, a aquisição de remédios essenciais, os suplementos alimentares, são diversas as formas de prestações exigidas ao Estado.

Em diversas ocasiões os Tribunais Superiores manifestaram-se pela relevância do direito à saúde, admitindo a aplicabilidade da norma expressa no art. 196 da Carta Maga, reconhecendo a possibilidade da intervenção judicial em virtude da ociosidade das autoridades governamentais, pois a tutela a saúde, é um direito fundamental indissociável ao direito à vida, devendo o Poder Público efetivá-lo.

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca da judicialização da saúde, sendo favorável pela tutela a saúde, por ser um direito fundamental indissociável ao direito à vida, devendo o Poder Público efetivar a esse direito. (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).

Posteriormente, objetivando esclarecer questões técnicas, científicas, econômicas e políticas, convocou uma Audiência Pública sobre o assunto saúde no ano de 2009, da qual participaram diversos profissionais com experiência no que se refere ao Sistema Único de Saúde, em suas várias vertentes. Essa audiência motivou a criação pelo Conselho Nacional de Justiça do Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde, instituído pela Resolução n.107/2010, bem como a aprovação da Recomendação nº 31⁶ para que nos Tribunais haja apoio técnico de médicos e farmacêuticos para auxiliarem magistrados nas causas que versem sobre a assistência à saúde.

Limberger e Saldanha (2000, pág. 295)) alertam sobre o ativismo judicial, referente à saúde, propondo uma superação ao perfil individual do processo por uma perspectiva coletiva:

[...] a tensão entre a busca social pela efetivação da Constituição e o ativismo judiciário, este entendido muito

⁶ Acesso através do link : <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010/> na data de 02 de abril de 2013.

mais como expressão das opiniões pessoais ou do exacerbamento de competências do que propriamente resultado de uma atitude criadora adequada à Constituição. No caso específico das postulações judiciais por efetivação do direito à saúde, a questão crucial é superar o perfil individualista de processo, que alimenta a denominada microlitigação e favorece a atomização dos litígios, em favor da sua perspectiva coletiva, mais apta a enfrentar o referido direito na sua dimensão coletiva, então, molecularizada.

BARROSO (2007) elenca algumas críticas referentes ao ativismo judicial: a primeira refere-se ao Artigo 196 da Constituição Federal por demonstrar que a garantia do direito a saúde ocorre por intermédio de políticas sociais e econômicas e não por decisões judiciais, a segunda refere-se em conceder ou não ao Judiciário a aplicação desse direito, pois seria um problema de desenho institucional, o terceiro alude a questão da legitimidade democrática, porque o povo é quem deve decidir sobre a forma de utilização dos recursos públicos, a quarta atenta sobre a reserva do possível, há uma insuficiência do erário público para atender às necessidades sociais e por último as decisões judiciais provocam uma desorganização da Administração Pública .

O art. 196 da Constituição da República, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado, trata-se de um direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal. É, na classificação da doutrina constitucionalista, uma norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, consoante disposto no art. 5, §1º, da Carta Magna de 1988, independentemente de qualquer ato legislativo ou de previsão orçamentária, deverá ser efetivada pela Administração Pública. O acesso à Saúde apesar de ser direito subjetivo depende, em sua maioria, de uma prestação positiva do Estado.

1 Dignidade da pessoa humana e o direito a uma boa Administração Pública.

O conceito de dignidade humana remonta historicamente a algumas normas conhecidas mundialmente como a Constituição de Weimar de 1919, cujo Art. 151

enuncia a efetivação da existência humanamente digna para todos através da organização da vida econômica do país, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos onde prevê desde o preâmbulo o reconhecimento da dignidade, colaborando com essa proteção o Artigo I garante a todas as pessoas o direito de nascerem livres e iguais em dignidade e direitos, no art. III estabelece o direito de toda pessoa a vida, a liberdade e a segurança.

As nações pautam suas normas para alcançarem a defesa da dignidade da pessoa humana⁷, como um valor a ser protegido universalmente. Objetivando a sua concretização, políticas públicas são realizadas com o fim de garantir o mínimo necessário para quem delas necessitam.

A Administração Pública em suas prestações positivas, apresenta como meta atender o interesse público, mesmo no agir discricionário, ponderando acerca da conveniência e da oportunidade, valores constitucionais deverão ser respeitados.

Odete Medauar (1992, p.184) adverti acerca da necessidade de efetivação do interesse público:

[...] No entrecruzar-se da atividade da Administração e do interesse público que ela deve realizar, surge a figura da discricionariedade. Tradicionalmente vem conceituada como a faculdade conferida à autoridade administrativa de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de seus atos; ou de escolher uma solução entre muitas. Sobressai a ideia de escolha livre, de espaço livre, de identificação do interesse e seleção de meios para efetivá-los.

Acerca da discricionariedade e do interesse público, Gustavo Binbenjy (2006) inclui esses preceitos de direito como passíveis de estarem em xeque em virtude do Estado Democrático de Direito, para ele estão ameaçados:

- a) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois a concepção unitária de interesse público, que engloba tanto o interesse individual e como o coletivo, impõem para a Administração Pública o dever de ponderar acerca dos interesses, buscando a máxima otimização;
- b) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, onde a Administração não é apenas uma instância de execução de normas heterônomas e sim uma fonte de normas autônomas. Tem-se atualmente a Constituição como fundamento primeiro das ações

⁷ Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.16), “o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade”.

administrativas. A atividade administrativa realiza-se segundo a lei, se esta for constitucional, mas poderá encontrar fundamento direto na Constituição ou, eventualmente, validar-se perante o direito;

c) intangibilidade do mérito administrativo, a discricionariedade deixa de ser espaço livre do administrador para ser um sistema de vinculação à juridicidade, não há a dicotomia entre atos vinculados e atos discionários e sim diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Os atos serão fundamentados e as políticas públicas adotadas estão previstas nos parâmetros da Constituição e da lei. Se os atos praticados pela Administração sejam desproporcionais ou irrazoáveis, caberá ao Judiciário invalidá-los;

d) Poder Executivo unitário, uma vez que a noção de Poder Executivo único cede espaço para as autoridades administrativas independentes, são as agências reguladoras independentes, há uma independência política dos seus dirigentes, nomeados por indicação pelo Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, tendo estabilidade pelo período do mandato, é a Administração Pública Policêntrica.

Justificam-se essas mudanças em virtude da constitucionalização do direito administrativo, pela adoção do sistema de direitos fundamentais, cujo princípio maior é a dignidade da pessoa humana. A Constituição passa a ser o centro da vinculação administrativa e não mais a lei, a definição de interesse público pondera-se entre os interesses fundamentais e a outros valores metaindividuais constitucionalmente consagrados.

Intimamente ligados a essas novas concepções Administrativas, pondera-se acerca do direito fundamental a uma boa Administração Pública, onde sejam desempenhadas atividade eficientes, morais, que atendam às necessidades dos administrados.

Há uma junção de direitos subjetivos para uma correta compreensão acerca do significado do direito fundamental a uma boa administração pública, no dizer de Juarez Freitas (2007, p. 20 e 21):

[...] o direito fundamental à boa administração é um lídimo plexo de direitos encartados nessa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. No conceito proposto abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos:

a) o direito à administração pública transparente, quem implica evitar a opacidade (princípio da publicidade), salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente, com especial ênfase às informações inteligíveis sobre a execução orçamentária;

- b) o direito à administração pública dialógica, com as garantias do contraditório e da ampla defesa (...) o que implica o dever de motivação consistente e proporcional;
- c) o direito à administração pública imparcial, isto é, aquela que não pratica a discriminação negativa de qualquer natureza;
- d) o direito à administração pública proba, o que veda condutas éticas não-universalizáveis;
- e) o direito à administração pública respeitadores da legalidade temperada e sem “ absolutização” irrefletida das regras, de modo que toda e qualquer competência administrativa supõe habilitação administrativa;
- f) o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de economia e teleologicamente responsável, redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação.

Tais direitos não excluem outros, pois se cuida de “*standard* mínimo.

Nessa máxima de uma boa administração pública⁸, quando o assunto é o direito a saúde, as prestações a esse serviço público deverão ser progressivas, garantido pelo menos o essencial para a cura ou a melhora do convalescente.

Assim poderá ampliar-se o número de profissionais da saúde no quadro do Poder Público, o quantitativo de vagas nos hospitais, a atualização dos medicamentos nas listas da Anvisa e a ampliação de métodos preventivos à saúde, como o saneamento básico, as campanhas de vacina, dentre outros.

Não significa que o Estado responsabilizar-se-á por qualquer problema individual, como uma cirurgia estética por mera vaidade do indivíduo, ou realizar a um tratamento experimental, pois o Estado não tem o dever de ser um garantidor universal, mas sim perfazer o que seja imprescindível a manutenção de uma vida saudável ao cidadão, propiciando um bem-estar.

O Poder Público ao desempenhar suas funções, deverá agir de maneira proba, eficiente, pautada nos princípios constitucionais, atendendo as necessidades sociais, efetivar-se-á a dignidade da pessoa humana tanto no plano individual como da coletividade.

⁸ MUÑOZ (2012, p. 135; 147) ao tratar de uma boa administração pública pondera acerca da necessidade da existência dos valores cívicos e democráticos, bem como a ampliação do serviço público com o Estado Social: “Tratar sobre boa administração pública constitui tarefa que deve estar presidida pelo valores cívicos e pelas correspondentes qualidades democráticas, que são exigíveis a quem exerce o poder na Administração Pública a partir da noção constitucional de serviço objetivo ao interesse geral. Poder que deve ser aberto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensível, cooperativo, atento à opinião pública, dinâmico e compatível. (...) O advento do Estado Social colocou de novo o serviço público agora sob uma perspectiva mais ampla, num lugar central. É o tempo da expansão das atividades estatais na sociedade e aparecem, por isso, sob a batuta do Estado, os serviços de educação, saúde, transporte, entre outros tantos.

2 Limitação ao direito social

A Constituição Federal elenca como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, enfim, são diversos direitos que necessitam de uma operacionalização, uma prestação positiva por parte do Poder Público, entretanto, não há como serem plenamente realizados para todos os indivíduos.

Fazendo um recorte dentro desses direitos sociais, como já argumentado anteriormente, o direito a saúde, representa um agir positivo do Estado, entretanto os problemas referentes a ela são inúmeros. A efetivação plena desse direito corresponde quase a uma utopia, posto que não haja como amparar a todas as deficiências nessa área.

Nos últimos anos, uma maneira de obrigar o Estado a cumprir esse direito ocorre por meio do Poder Judiciário, em que o autor da demanda requer a efetivação desse seu direito e o magistrado defere ao pedido.

Essa temática de judicialização da saúde é bastante debatida entre estudiosos, juristas, profissionais da saúde, há os que defendem a realização, pelo Estado, da efetivação do direito à saúde, seja pelo fornecimento de serviços ou de produtos, que garantam a cura ou uma sobrevida ao indivíduo, pois entre a questão econômica e o risco de vida de uma pessoa, prefere a essa última (VENTURA 2010).

Em posição contrária, há os que argumentam pela impossibilidade do Estado garantir a efetivação plena dos direitos sociais, pois não há um direito absoluto, não há previsão orçamentária para esses gastos, caso seja contemplado um tratamento de auto custo para os cofres públicos será deslocada uma verba pública que seria empregada para financiar ações ou serviços para a coletividade (MATIAS e ALBUQUERQUE, 2009).

Nessa discussão, a reserva do possível⁹ e o mínimo existencial são abordados como tópicos inafastáveis do orçamento público.

⁹ Para Bruno Miragem (2011, p. 36 e 37) a reserva do possível significa a possibilidade de exigir do Estado o que seja possível de realização em virtude do orçamento público: "...o Estado não pode dar conta de todas as necessidades da população, em especial no tocante a serviços públicos que gradativamente se tornam mais complexos e custosos, contará inclusive com autorizada classificação como princípio jurídico: a reserva do possível. Em linhas gerais, a reserva do possível significa que o Estado só se pode exigir aquilo que é financeiramente possível frente à disponibilidade limitada de recursos orçamentários para fazer frente às diversas necessidades públicas. A ausência de recursos ou,

Para Torres (2010) o significado de reserva do possível foi modificado, tendo uma ampliação de alcance, vindo a ser uma reserva fática, em permitir a adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira. Se imaginar um dinheiro público inesgotável, haverá sempre uma expectativa da garantia de direitos. A reserva do possível aumentou inclusive o campo da judicialização da política orçamentária, pois considerou os direitos sociais com os direitos fundamentais. Já o mínimo existencial refere-se aos bens protegidos por direitos fundamentais, há um *Status Positivus* quando há a entrega de serviço público específico, divisível e gratuito como a distribuição de remédios. Problema acontece quando há uma junção aos direitos sociais, pois o Poder Judiciário ao decidir sobre Políticas Públicas obriga a realização de políticas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

O orçamento público limita o agir estatal, não há possibilidade de serem realizados todos os direitos sociais, principalmente referente a saúde, em que justificando-se por meio da dignidade da pessoa humana e da saúde psíquica, há uma progressão de demandas judiciais. Busca-se, inclusive a realização de questões de relevância mínima ante os graves problemas sociais, como no caso do Estado conferir uma operação estética.

Se o Judiciário continuar deferindo os pedidos de efetivação ao direito a saúde por ser inerente ao indivíduo, sem ponderações e razoabilidade, as questões mínimas necessárias à sociedade sofrerão sérios riscos, e a concretização do direito fundamental a uma boa Administração Pública distanciar-se-á da realidade brasileira.

3 Considerações Finais

A questão da saúde é preponderante para o desenvolvimento nacional em todos os aspectos como: desenvolvimento econômico, de justiça social, saneamento básico, moradia, lazer, preservação do meio ambiente, dentre outros. Através de planejamento

ainda, a demonstração de que a ação do Estado se deu nos limites admitidos pela legislação e dos recursos disponíveis, serviria para eliminar qualquer espécie de pretensão que lhe fosse dirigida. (...) a reserva do possível apresentará uma tríplice dimensão a ser considerada: “ a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas, entre outras; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolver o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.”

haverá uma melhor oferta de serviços e as ações a serem realizadas irão satisfazer as necessidades da sociedade. Caso o indivíduo se sentir lesado ao seu direito a saúde, poderá buscar o Judiciário.

O Estado Democrático de Direito tem a jurisdição constitucional como uma garantia, o Judiciário ao interpretar a Constituição não poderá abolir a política, muito menos suprimir ou exercer as funções executivas ou legislativas, por serem funções essenciais aos respectivos Poderes Executivo e Legislativo. As decisões judiciais devem pautar-se na razoabilidade, possibilidade, proporcionalidade e serem todas fundamentadas.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercem funções típicas e atípicas, nessas atribuições para a harmonia do Sistema Democrático executam um controle recíproco sobre as atividades de cada um. Interpretam e executam a Constituição, se houver divergência ao Judiciário caberá a última análise e no plano da saúde, por envolver orçamento público, deverá ser criterioso em sua decisão para não afetar o sistema democrático.

O Poder Judiciário ao manifestar-se pela procedência do pedido de efetivação ao direito a saúde do cidadão, deverá analisar cuidadosamente o pedido, para que a verba direcionada a uma causa individual não afete as causas coletivas da população, ante a finitude orçamentária.

O Judiciário não poderá através do Ativismo executar o “papel” dos Poderes Executivos e Legislativos, terá como limitação a própria Constituição e o Estado Democrático de Direito, para que não ponha em risco inclusive o direito fundamental a uma boa administração pública, pois neste caso, quem estará deliberando acerca dos serviços públicos na seara da saúde não será a Administração Pública e sim o próprio Judiciário.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>. Acesso em 01 de novembro de 2013.

BRASIL, Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Diário Oficial da União, 07 de abril de 2010. Brasília: 2010. Disponível em : < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>.

Acesso em 02 abr de 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5.ed.São Paulo: Malheiros, 2008.

Asensi FD. Judicialização ou jurisdição? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Revista de saúde coletiva**. Rio de Janeiro: IMS-UERJ, 2010, pp.33-54.

Barroso LR. Da falta de efetivação à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Inuinteresse Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, Nov./dez. 2007, pp. 31-63.

BINENBOJM. Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

Acesso em 01 de novembro de 2013.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **A constituição de Weimar: Um capítulo para a educação**. *Educ. Soc.* [online]. 1998, vol.19, n.63, pp. 83-104. ISSN 0101-7330. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73301998000200006>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso

em 01 de novembro de 2013.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

Limberger T., Saldanha JML. A judicialização da Política Pública e o direito à saúde: a construção de critérios judiciais e a contribuição do Supremo Tribunal Federal. **Espaço**

Jurídico/Universidade do Oeste de Santa Catarina. Vol.1, n. 1 (jan- jun.). Joaçaba: Ed. Unoesc, 2000. pp. 283-302.

OLIVEIRA, VB. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Fortaleza: Premius, 2010.

MATIAS, JLN., ALBUQUERQUE, APM. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; KLOEPFER, Michael, et al. **Dimensões da Dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

TORRES, RL, NETO, CPS. de, Sarmento D., . **Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VENTURA, M. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Revista de saúde coletiva.** Rio de Janeiro: IMS-UERJ, 2010, pp.77-99.