

Andrea Maria Scaramella Beppler

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO
À SAÚDE

FGV – Fundação Getúlio Vargas
Curitiba 2017

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Por:

Andrea Maria Scaramella Beppler

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso MBA 01/15 Pós-Graduação Lato Sensu, Nível de Especialização, Programa FGV Management, da Fundação Getúlio Vargas

Setembro 2017

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
PROGRAMA FGV MANAGEMENT
CURSO MBA EXECUTIVO EM SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso: Políticas públicas como um instrumento de efetivação do direito à saúde

Elaborado por: Andrea Maria Scaramella Beppler

E aprovado pela Coordenação Acadêmica do curso MBA 01/15, foi aceito como requisito parcial para obtenção do certificado do curso de Pós Graduação, nível de especialização, do Programa *FGV Management*.

Jamil Moysés Filho
Coordenador Acadêmico

Professor Avaliador: Jamil Moysés Filho

RESUMO

A presente pesquisa tem por propósito discorrer sobre o direito à saúde, que tem status de direito fundamental garantido constitucionalmente. Nesse contexto, será realizado um estudo acerca da importância econômica e social da atividade profissional dos médicos, considerando as severas dificuldades enfrentadas na efetivação desse direito fundamental no Brasil. Esse estudo será realizado a partir do grande impacto humanitário e social que uma prestação efetiva do direito à saúde traz a sociedade como um todo e ao desenvolvimento nacional sustentável. Ao examinar o sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Analisa, assim, se é possível sustentar a necessidade-possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas visando melhorar esse cenário. Para a eficácia do trabalho desenvolvido é apresentado um panorama do direito à saúde no atual contexto jurídico e econômico, destacando sua relevância econômica e social, examinando o sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Verifica e confirma, ademais, a possibilidade de se sustentar a imprescindibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas, sem, contudo, afastar o controle pelo judiciário (com a devida razoabilidade e proporcionalidade), com vistas à concretização do direito à saúde, de modo a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito à saúde; desenvolvimento nacional sustentável; políticas públicas; inafastabilidade do judiciário.

SUMÁRIO

RESUMO	4
1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	8
3 DIREITO A SAÚDE E OS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS NA REALIDADE BRASILEIRA.....	14
4 DIREITO À SAÚDE E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL.....	20
5 POLÍTICAS PÚBLICAS NA SAÚDE.....	26
6 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
7 CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo discorrer sobre o direito à saúde, que tem status de direito fundamental garantido constitucionalmente. Nesse contexto, será realizado um estudo acerca da importância econômica e social da atividade profissional dos médicos, considerando as severas dificuldades enfrentadas na efetivação desse direito fundamental no Brasil.

Esse estudo será realizado a partir do grande impacto humanitário e social que uma prestação efetiva do direito à saúde traz a sociedade como um todo e ao desenvolvimento nacional sustentável. Ao examinar o sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, confirmar-se-á se é possível sustentar a necessidade-possibilidade de implementar políticas públicas visando melhorar esse cenário.

Procurando contribuir com esse debate, objetiva-se, em ordem: (i) examinar o sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais; (ii) analisar a importância uma prestação efetiva do direito à saúde, no atual contexto jurídico e econômico; (iii) confirmar se é possível sustentar a necessidade-possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas com vistas à concretização do direito à saúde, de modo a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para cumprir esse desiderato, a investigação será focada no direito, porém ainda assim será transdisciplinar e buscará apresentar uma visão integrada, sistêmica e crítico-reflexiva dessa realidade pautada no método bibliográfico; portanto, no exame de artigos e de livros, notadamente jurídicos, médicos e econômicos

Esse trabalho é relacionado à atividade profissional dos médicos, nos tempos de crise econômica com vistas à efetivação do direito fundamental a saúde, considerando as severas dificuldades enfrentadas para essa realização. Nesse contexto, o Estado e a Administração Pública são chamados a intervir, seja prevenindo, coibindo ou sancionando comportamentos quando inoportunos e inconvenientes, seja estimulando-os, quando coletivamente desejados.

Assim, será enfatizado a importância de políticas públicas que atentem para à efetivação do direito fundamental a saúde, de modo a garantir o desenvolvimento nacional sustentável.

No segundo capítulo analisar-se-á os direitos fundamentais e suas classificações, examinando o seu sentido, conteúdo e alcance desses direitos.

No terceiro capítulo estudar-se-á o direito à saúde em todas suas feições, e tendo especial atenção com os obstáculos a serem enfrentados na atual realidade brasileira de crise.

No quarto capítulo apresentar-se-á noções gerais sobre o desenvolvimento nacional sustentável e sua relação direta com o direito a saúde, tendo em vista o cenário de desigualdade brasileiro.

Por fim, salienta-se a importância de se sustentar a necessidade possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas visando melhorar esse cenário, sem, contudo, afastar o controle pelo judiciário (com a devida razoabilidade e proporcionalidade), com vistas à concretização do direito à saúde, de modo a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O tema abordado surge da necessidade de aprofundar o estudo do direito à saúde, particularmente em relação a prestabilidade desse direito por parte da administração pública e no tocante à atividade profissional dos médicos.

No atual cenário de renovada crise econômica, a análise da importância do direito à saúde merece reexame. Isto é, com o escasseamento dos recursos públicos e privados, faz-se necessário examinar se há e quais são as formas alternativas de atuação estatal no sentido de buscar manter a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Tendo em vista que o direito à saúde e o desenvolvimento nacional sustentável possuem uma ampla ligação e que a insuficiência de recursos públicos não pode ser utilizada como escusa para a carência na efetivação desse direito.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição é a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro, nela estão presentes os fundamentos da organização político-jurídica do Estado, da organização do poder, dos direitos e garantias fundamentais. Conforme a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) uma sociedade sem separação de poderes e direitos e garantias fundamentais não tem Constituição.

A construção do Estado Constitucional Democrático de Direito consiste na inclusão de regras e princípios¹ fundamentais na própria Constituição, norma fundante do Estado. Assim:

Os direitos fundamentais (incluindo suas garantias) recebem dupla caracterização: de um lado consistem em núcleos de liberdade assegurados pela Constituição, recebendo uma proteção mais forte que a concedida a outros direitos não fundamentais, reconhecidos em normas não constitucionais e, de outro lado, representam valores que servem de inspiração para a organização da comunidade política, justificando a própria existência de uma Constituição. (PAROSKI, 2008, p.102)

Os direitos fundamentais resultam de um processo de histórico de reafirmação de direitos, de jeito que são mutáveis, flexíveis e passíveis de ampliações, mas não podem ser suprimidos.

No Brasil há uma cláusula de abertura dos direitos fundamentais, por meio do § 2º do artigo 5º da Constituição, ou seja, não somente direitos fundamentais aqueles catalogados no Título II da Constituição, mas também aqueles decorrentes de outros princípios ou do regime adotado ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É importante ressaltar que esses direitos também estão relacionados a fatores temporais e culturais, de modo que são homogêneas em todo o mundo (HESSE, 2009, p.17). Nesse sentido pontua Norberto Bobbio:

¹ A diferenciação entre princípios e regras é doutrinária e tem como fundamento que estas são mais concretas, determinam condutas precisas, eventuais conflitos são resolvidos pela aplicação do “tudo ou nada” e são operadas de modo disjuntivo (plano de validade). Já aqueles são mais abstratas, apresentam diretrizes e eventuais conflitos são resolvidos pela aplicação do princípio da ponderação.

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente[...]. Não é difícil de prever que, no futuro, poderão surgir novas pretensões que no momento sequer podemos imaginar...O que demonstra que não existem direitos por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 2004, p. 1).

Embora os direitos fundamentais possuam notável importância, eles não são absolutos, pois estão sujeitos tanto a limites imanentemente intrínsecos, quanto a certos limites extrínsecos. Sobre as teorias absolutas e relativas pondera José Joaquim Gomes Canotilho:

As teorias absolutas vêm no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado; as teorias relativas vêm no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens. De acordo com a primeira orientação, o núcleo essencial é uma posição subjectiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto. Para a segunda, o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador. (CANOTILHO, 2007, p. 459).

No Estado Constitucional o princípio norteador do direito é a dignidade da pessoa humana, a qual é prestigiada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já em seu artigo 1, inciso III, da CF/88.

Esse princípio refere-se diretamente à garantia de direitos mínimos com o propósito de proteger e garantir uma vida digna a todos os cidadãos. Sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. (SARLET, 2008, p. 88).

Enfatiza-se que “a dignidade da pessoa humana é valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. (SILVA, 2010, p. 105).

Conforme a doutrina, são características dos direitos fundamentais; a universalidade², a historicidade³, a indivisibilidade⁴, a alienabilidade⁵, a imprescritibilidade⁶, a irrenunciabilidade⁷, a relatividade⁸, a complementariedade⁹, a concorrência¹⁰, a efetividade¹¹ e a vedação ao retrocesso¹².

Sobre a vedação ao retrocesso:

(...) a ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contrarrevolução social ou da evolução reacionária. Com isto, quer dizer-se que os direitos sociais e os econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia constitucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 2007, p. 432)

Esses direitos, além de possuírem eficácia direta, possuem aplicação imediata, ou seja, não são aplicadas somente às relações ente o Estado e o indivíduo, mas também incidem diretamente nas relações entre particulares. Nas palavras de Flávia Piovesan:

As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, cabendo aos poderes públicos conferir eficácia máxima imediata a todo e qualquer preceito constitucional definido de direito e garantia fundamental. (PIOVESAN, 2003, p. 350)

² Núcleo mínimo de direitos outorgados a todos.

³ Resultam de um processo de afirmação de direitos e não de um acontecimento histórico determinado, de modo que, são mutáveis e sujeitos a ampliações.

⁴ Formam um conjunto único, harmônico e coerente de proteção a dignidade da pessoa humana.

⁵ Intransferíveis e inegociáveis, pois não possuem conteúdo patrimonial.

⁶ Não se perdem no tempo, são sempre exigíveis, são personalíssimos.

⁷ Não se pode deles dispor, embora possa deixar de exercê-los.

⁸ Não são absolutos, podendo ser limitáveis no caso concreto por outro direito fundamental e em caso de conflito deve-se realizar concordância prática e harmonização de princípios, jamais a sacrifício total.

⁹ Compõe um sistema único, devem ser interpretados conjuntamente.

¹⁰ Podem ser exercidos cumulativamente.

¹¹ Os poderes públicos possuem a missão de efetivar direitos fundamentais.

¹² No tocante aos direitos fundamentais as conquistas não podem ser suprimidas pois constituem uma garantia institucional e um direito subjectivo.

Em suma, a titularidade dos direitos fundamentais é atribuída às pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas, abrangendo assim os brasileiros e estrangeiros residentes ou não no país.

De acordo com a evolução histórica os direitos e garantias fundamentais foram classificados em grupos, denominados gerações ou dimensões.

Doutrinariamente existe a discussão quanto ao uso das terminologias “gerações de direitos fundamentais” ou “dimensões de direitos de direitos fundamentais”. A nomenclatura “dimensão” é considerada mais adequada tendo em vista que o termo “geração” pode sugerir a ideia de substituição. Ingo Sarlet se posiciona em defesa da nomenclatura dimensões:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos. (SARLET, 2007, p. 55).

Os direitos de primeira dimensão (*liberté*¹³) são as liberdades negativas, o direito de defesa, surgiram como modo de proteção face ao Estado autoritário em um contexto de transformação para o Estado de direito.

Servem para restringir a ação do Estado sobre o indivíduo (dever-abstenção), podem ser vistos sob duas perspectivas; sob a perspectiva de não ingerência do Estado na esfera individual, bem como sob a perspectiva de se ter poder de individualmente exercer seus direitos e de exigir do Estado a correção das omissões a eles relativos. Correspondem aos direitos civis e políticos, tais como, a vida, a propriedade, a liberdade, a locomoção, dentre outros.

Sobre os direitos de primeira dimensão Daniel Sarmento observa:

¹³ As três dimensões de direitos fundamentais têm como ideia central o lema da revolução francesa, *liberté, égalité, fraternité* respectivamente.

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. (SARMENTO, 2006, p. 12).

Os direitos de segunda dimensão (*égalité*) ao contrário dos anteriores, caracterizam deveres de atuação estatal, são prestações positivas, tais como a maioria das normas programáticas e direitos de bem-estar. Esses direitos têm como marco de origem a crise do Estado liberal; com o surgimento de doutrinas socialistas, reivindicações trabalhistas e a Constituição de Weimar de 1918. Correspondem aos direitos sociais econômicos e culturais, tais como, educação, saúde, trabalho, dentre outros. Nessa perspectiva, Daniel Sarmiento discorre sobre os direitos de segunda dimensão:

Dentro As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade (SARMENTO, 2006, p. 19).

Os direitos de terceira dimensão (*fraternité*) ultrapassam o âmbito dos direitos e valores individuais de modo a visar a realização de desenvolvimentos coletivos, podem ser ditos direitos difusos, transindividuais ou supraindividuais. Correspondem aos direitos do consumidor, direito ao meio ambiente, direito ao desenvolvimento, dentre outros.

Paulo Bonavides ressalta o altíssimo teor de humanismo e universalidade desses direitos:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2005, p.569)

Há ainda doutrinadores que reconhecem a existência de outras dimensões além dessas supracitadas. Os direitos fundamentais de quarta geração para Paulo Bonavides seriam aqueles relacionados a globalização tais como democracia, informação, dentre outros. Já para Norberto Bobbio os direitos de quarta geração seriam aqueles relacionados a engenharia genética. Paulo Bonavides ainda reconhece a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais, a qual corresponderia aos direitos relacionados a paz.

3 DIREITO A SAÚDE E OS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS NA REALIDADE BRASILEIRA

Em 1988, com a nova Constituição, conhecida como constituição cidadã, os direitos fundamentais foram significativamente ampliados, de modo que, o Estado deve sempre elaborar metas que o permitam de se encarregar garantir, tutelar e promover esses direitos.

Sobre a essencialidade dos princípios constitucionais e a forma que se deve ocorrer a interpretação considera Luís Roberto Barroso:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a espécie. (BARROSO, 2009, p. 155.)

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais de segunda dimensão caracterizam deveres de atuação estatal, são prestações positivas, são obrigações de fazer que se destinam a busca da justiça social e de uma igualdade material.

A igualdade material consiste em garantir condições para que todos possam exercer seus direitos integralmente, dessarte, cabe ao Estado garantir a aqueles com maiores necessidades, sejam financeiras, cognitivas, motoras ou de qualquer natureza tenham possibilidade de exercer seus direitos tal como os com menores necessidades.

Na área da saúde se intensifica ainda mais a necessidade de isonomia. “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, 1999, p. 42), sempre analisando “se há justificativa racional para, a vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”. (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p.38.)

O direito à saúde assegurado expressamente na Constituição Federativa da República de 1988 assegura expressamente em seu artigo 6º, além de ressaltar esse direito social em diversas passagens.

Segue o posicionamento do STF sobre o direito à saúde:

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. 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 infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) 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.

Cabendo ressaltar que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, conforme o artigo 23, inciso II da Constituição Federal.

Nesse sentido o STF:

Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidades ou doenças e tem como um dos seus princípios fundantes a extensão

à todas as pessoas dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para o alcance do mais alto grau de saúde.

Ressalta-se que logo após a promulgação da Constituição de 1988 foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) disciplinado nas leis 8.080/90 e 8.142/90, visando a promoção, proteção e recuperação da saúde. Porém, na realidade “é inegável a inexistência de recursos suficientes ou de adequada gestão dos recursos públicos de forma a vislumbrar a execução das políticas públicas de saúde”. (MACHADO, 2010, p.21.). Ainda neste sentido:

É inegável que o Brasil não conseguiu até hoje fornecer a todos os cidadãos uma condição de vida digna, mormente em saúde. Cabe dessa forma ao Judiciário, como guardião do ordenamento jurídico brasileiro, quando concitado a fazê-lo, zelar para que esses direitos não fiquem esquecidos. Mas essa intervenção não pode ser feita sem critérios. Como comentado, devem-se observar as necessidades básicas do ser humano, sem afetação do conteúdo mínimo, mas também sem dilatar desnecessariamente o previsto nas normas; ademais, é necessário seguir os regramentos do Sistema Único de Saúde. Cabe salientar que a doutrina e a jurisprudência estão muito distantes de chegar a um consenso nesse âmbito. (NAKAMURA, 2015)

No tocante ao direito à saúde, ressaltar-se a importância da aplicação de três importantes princípios; o princípio da reserva do possível que consiste no limite do financeiramente possível, é preciso fundamento para que o poder público deixe de realizar e dar efetividade aos direitos, demonstrando objetivamente a inexistência de recursos e a falta de previsão orçamentária. O princípio do mínimo existencial que consiste em prestações mínimas essenciais para a existência digna e não a sobrevivência, consiste em uma limitação à reserva do possível. E o princípio da vedação do retrocesso que consiste em evitar que as conquistas sociais sejam destituídas, como exemplo conforme jurisprudência do STF, o poder judiciário poder decidir determinando que a administração pública forneça medicamento e tratamento médico, obrigando a administração pública a manter estoque mínimo de medicamentos para tratamentos contínuos e decidir determinando bloqueio de verbas públicas para fornecer medicamentos.

Cada vez mais se torna comum ouvir as pessoas manifestarem seu desejo de buscar por planos de saúde, é paradoxal ter que procurar a iniciativa privada quando se esta expressamente garantida na Constituição que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, conforme o artigo 23, inciso II da Constituição Federal.

No entanto, a essa tendência brasileira de buscar por planos de saúde, tem como fator limitador o alto custo do processo, o que inviabiliza um acesso mais abrangente. Para uma análise mais ampla dos usuários de planos de saúde pública segue os dados

Nas regiões metropolitanas, os titulares dos planos de saúde representavam 16,5% do total de pessoas, enquanto que nas demais localidades apenas 7,5%. O valor pago pela mensalidade do plano de saúde representava em 1998, de 7,6% a 10,2% da renda familiar para o total do país com variações de 6% a 11%, nas regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste; e de 6% a 17%, nas regiões Norte e Nordeste. Essa relação também foi estudada por Reis (2001) ao analisar a evolução do gasto médio mensal familiar para 1987 e 1996 a partir dos micro dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) do IBGE, que considera as regiões metropolitanas, Brasília e Goiânia, encontrando uma participação de 6,5%. O co-pagamento está presente em 21,4% dos planos e é mais freqüente nos planos de pouca abrangência, ou seja, naqueles que cobrem apenas consultas médicas (38,5%) e consultas/exames complementares (45,6%). Por outro lado, o co-pagamento é praticamente inexistente nos planos de saúde com cobertura que abrange apenas internação hospitalar, sendo responsável por apenas 7,5% dos casos. Os titulares dos planos de saúde têm em média 1,4 dependentes e entre aqueles com mais de 10 anos de idade, 80,1% exerciam alguma ocupação na semana de referência da pesquisa. Por exemplo, 16,0% dos titulares atuavam no setor da economia que responde pelos serviços comunitários e sociais, serviços médicos, odontológicos e veterinários e serviços de ensino; 15,8% trabalham na indústria de transformação e cerca de 10% trabalham nas áreas de comércio de mercadorias e de administração pública. A freqüência de titulares de plano de saúde que trabalham nos ramos da agricultura e da construção é pequena: 2,1% e 1,8%, respectivamente. Se levamos em consideração a abrangência do contrato, 91,7% dos planos de saúde (exceto planos odontológicos) no Brasil ofereciam uma cesta de serviços que inclui consulta médica, exames complementares e internação hospitalar. A distribuição deste tipo de plano é semelhante entre os titulares de ambos os gêneros e nas diferentes faixas etárias. (PINTO, 2015)

Deveria ser comum a percepção de que os impostos altíssimos que os brasileiros pagam estão diretamente relacionados ao dever do Estado de garantir direitos fundamentais à toda população, e na realidade não esta nem mesmo atingido toda a população carente.

A Constituição da República Federativa traz em seu artigo 196 a seguinte redação “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”. Tal artigo se consubstancia como o fundamento da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual tem a incumbência de oferecer ações e serviços de saúde para todos os cidadãos brasileiros.

No entanto, o modelo criado para a saúde do Brasil, onde o custo e a efetividade não foram avaliados, ou seja, estava desde o início fadado ao fracasso, de modo que, a situação precária e a inviabilidade do sistema só estão aumentando, tendo em vista que não foram observadas as achoes gerenciais necessárias para a construção desse sistema, sem previa análise de custos, lucros, ou quaisquer aspectos econômicos.

A saúde é uma das principais preocupações do povo brasileiro e com certeza um dos principais desafios para os governantes, grande parte disso devido ao fato de o Sistema de Saúde Brasileiro estar estruturado de uma maneira impossível de funcionar.

Os bens e serviços devem ser distribuídos de acordo com as necessidades e utilidades do Sistema de saúde, o que devido a má gestão de recursos vem gerando um impacto negativo imediato na prestação dos serviços de saúde como um todo.

Na saúde, o processo decisório de natureza política está centralizado muitas vezes nas mãos de maus gestores, os quais nem sempre determinam uma destinação previa para a utilização de recursos, sem uma ampla análise econômica.

Nota-se que no Brasil cada vez se assemelha mais ao sistema americano de *managed care* em detrimento do sistema brasileiro de universalização da saúde, esquecendo-se de que cuidar da saúde é pressuposto do Estado e direito de todos os cidadãos.

Se os cidadãos mal reconhecem quais são seus direitos natos, quem dera serão capazes de reivindicá-los e transpondo os formalismos jurídicos.

A realidade de insuficiência de recursos é enfrentada por muitos médicos diariamente, ressalta-se ainda que as dificuldades não estão somente na prestação da saúde pública, pois as condições da saúde na iniciativa privada também se encontram muito aquém do desejado.

Assim, reconhece-se a rigorosa tarefa de exercer profissões ligadas à área da saúde, mas além disso muitos profissionais que lutam diariamente e para se manter atualizado e exercer sua profissão com excelência sofrem com a falta de recursos para realizar procedimentos, recursos tais que deveriam ser providos pelo Estado.

4 DIREITO À SAUDE E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, enunciados no art. 3º da Constituição: constituir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Considerando que na própria Constituição se proclama assegurar o desenvolvimento, faz-se mister estudar maneiras de garantir esse direito.

“O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”. Este é a definição de desenvolvimento nacional sustentável encontrada na convenção de Brundtland de 1987.

Sobre o desenvolvimento:

Desse modo, desenvolvimento pode ser compreendido como um processo intencional e autodirigido de transformação e gestão de estruturas socioeconômicas, direcionado no sentido de assegurar a todas as pessoas uma oportunidade de levar uma vida plena e gratificante, provendo-as de meios de subsistência decentes e aprimorando continuamente seu bem-estar, seja qual for o conteúdo concreto atribuído a essas metas por diferentes sociedades em diferentes momentos históricos. (SACHS, 2007, p.293.).

Em suma, para que ocorra o desenvolvimento, deve haver liberdade de escolhas e oportunidades, assim, uma nação só será desenvolvida quando as pessoas que nele habitam forem desenvolvidas. Desta maneira, para transpor os complexos óbices apresentados na sociedade brasileira, devem ser implementadas diversas medidas.

Sobre o desenvolvimento pondera Amartya Sen, “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdades que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente” (SEN, 2010, p.10).

E,

O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo. (SEN, 2010, p.160)

Ainda, sobre o processo de desenvolvimento:

A visão que tenho do desenvolvimento é a de um processo criativo, de invenção da história pelos homens, em contraste com o quadro mimético e repetitivo de que são prisioneiras as sociedades dependentes. Em nossa civilização, o processo de desenvolvimento se faz com crescente ampliação da base material da cultura e também com enriquecimento do horizonte de expectativas do ser humano. Desenvolver-se é ascender na escala de realização das potencialidades dos homens como indivíduos e como coletividade. (FURTADO, 1984, p. 63)

Na sociedade brasileira se evidencia um nível crítico de desigualdade social e a necessidade de transpor essas desigualdades possui um papel essencial para o desenvolvimento.

O que pode ser amplamente verificado ao se analisar dados da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE de 2016. Assim, “o Brasil é classificado historicamente como um país de alta e persistente desigualdade de renda, em compasso com a América Latina” (IBGE, 2016, p.91).

Sobre a Síntese de Indicadores Sociais do IBGE:

Essa pesquisa é fonte rica de informações e permite abordar simultaneamente algumas dimensões importantes para a avaliação do padrão de vida das pessoas. Em segundo lugar, será abordada a evolução da desigualdade de renda, também importante para estudar padrões de vida (uma vez que a renda permite às pessoas acessar bens e serviços necessários ao seu sustento), fundamentada em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD 2005 a 2015. (IBGE, 2016, p.83)

Evidencia-se que “o problema da desigualdade realmente se magnifica quando a atenção é desviada da desigualdade de renda para a desigualdade na distribuição de liberdades substantivas e capacidades” (IBGE, 2016, p.160). Assim, faz-se mister sanar essas desigualdades para poder garantir o desenvolvimento.

De modo abrangente, os planos nacionais e internacionais devem conter estratégias de longo prazo para o desenvolvimento, como pode se verificar na agenda 21 da ONU:

Conter uma estratégia de longo prazo voltada para o estabelecimento das melhores condições possíveis para um desenvolvimento sustentável local, regional e nacional que elimine a pobreza e reduza as desigualdades entre os diversos grupos populacionais. Essa estratégia deve assistir aos grupos que estejam em posição mais desvantajosa. (ONU, 1995, p.28.).

“A saúde e o desenvolvimento estão intimamente relacionados” (ONU, 1995, p.51.). Essa é a premissa publicada na agenda 21 da ONU, em relação à proteção e promoção das condições da saúde humana.

Devido sua importância, cabe a todos, ou seja, cabe ao Estado juntamente à sociedade em geral, o dever de garantir, com prioridade, a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à saúde. Devendo assim, refletir sobre as mudanças a serem realizadas.

Deve-se ter principal atenção quanto aos mais necessitados, e mais vulneráveis, tais como, os idosos, os quais segundo a síntese de indicadores sociais do IBGE de 2016, “são proporcionalmente a parcela de população que mais faz uso dos serviços de saúde” (IBGE, 2016, p. 52):

Dado ao processo de envelhecimento populacional que vem sendo experimentado no País, é importante destacar os desafios que surgem neste cenário, que estão relacionados principalmente com a previdência social, a saúde, a assistência social, o cuidado e a integração social dos idosos. (IBGE, 2016, p. 17)

No âmbito da saúde há diversos problemas diagnosticados, tais como, a quantidade de pacientes sem atendimento, os serviços não correspondem às necessidades da população, a falta de material disponível, filas intermináveis, falta de profissionais, a não contenção de doenças preveníveis, o uso excessivo de medicamentos, a falta de informação e educação dos brasileiros, a insuficiência de recursos, dentre outros.

Ao lado desses traços, a desigualdade social e a hipossuficiência financeira consubstanciam-se em grandes limitadores do acesso à saúde.

Problemas esses que dificultam e desestimulam tanto os médicos ou outros prestadores de saúde como a população que carece de tratamento médico.

Ao promover a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à saúde o Estado, a Administração Pública, e a própria sociedade devem sempre objetivar efetivar a igualdade material.

Sobre a igualdade material:

Isso não equivale a dizer, contudo, que todo e qualquer sujeito tenha direito a ele indiferentemente, ou seja, mesmo aquele em injustificada inércia. É preciso fazer-se merecedor dele e, ao mesmo tempo, permitir-se que as pessoas possam almejar alcançá-lo, não de forma a perpetuar as desigualdades materiais, mas de modo a propiciar meios de igualização substancial, por intermédio de ações afirmativas, expressivas de políticas públicas e/ou de determinações regulamentares. (FERREIRA, 2012, p. 55).

Como visto anteriormente, a igualdade material consiste em garantir condições para que todos possam exercer seus direitos integralmente. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello pronuncia-se pontualmente sobre o princípio da isonomia:

[...] a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinada à rubrica constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.” (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p.23)

O direito à saúde é de imensurável relevância em qualquer sociedade ao redor do mundo, sendo um direito mínimo existencial, em vista disso, não se pode jamais ignorar as repercussões decorrentes da não garantia desse direito. A conjuntura de crise que a sociedade brasileira vem enfrentando evidencia a necessidade de uma maior precaução com a prestação efetiva da saúde.

O direito é um núcleo inviolável, nas palavras de Rogério Gesta Leal “o direito à saúde se apresenta como direito primário e absoluto, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos, e por esta razão inviolável”. (LEAL, 2009, p. 1525), nesse caso cabendo ressalvas ao comentário de ser um direito absoluto.

Nesse sentido o STF:

O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à administração estadual (...) ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções.

E,

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.

Já no que diz respeito à real prestabilidade desse direito, o cenário Brasileiro está bem aquém do desejado, o que justifica ressaltar a necessidade de agir. Assim, sendo necessário “menos promessas e retórica e mais realismo e atitude”. (PAROSKI, 2008, p.56.).

Segue a ponderação de José Afonso da Silva:

(...) não basta que os direitos sociais sejam reconhecidos e declarados, é necessário que sejam garantidos. E a experiência constitucional brasileira comprova que a afirmação desses direitos nos textos constitucionais não tem sido garantia necessária e suficiente de sua efetividade. (SILVA, 2008, p.332):

Vale destacar que:

Para promover a saúde física e mental e o bem-estar, e para aumentar a expectativa de vida para todos, temos de alcançar a cobertura universal de saúde e o acesso a cuidados de saúde de qualidade. Ninguém deve ser deixado para trás. Comprometemo-nos a acelerar os progressos alcançados até o momento na redução da mortalidade neonatal, infantil e materna, dando um fim a todas essas mortes evitáveis antes de 2030. Estamos empenhados em garantir o acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, inclusive para o planejamento familiar, para a informação e para a educação. Iremos igualmente acelerar o ritmo dos progressos realizados na luta contra a malária, HIV/AIDS, tuberculose, hepatite, ebola e outras doenças e epidemias transmissíveis, incluindo a abordagem em relação à crescente resistência antimicrobiana e ao problema das doenças negligenciadas que afetam os países em desenvolvimento. Estamos comprometidos com a prevenção e o tratamento

de doenças não transmissíveis, incluindo distúrbios de comportamento, de desenvolvimento e neurológicos, que constituem um grande desafio para o desenvolvimento sustentável. (ONU, 2015, p.7)

Assim, o Estado, a Administração Pública, e a própria sociedade deverão realizar metas e programas que promovam, com prioridade, a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à saúde.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS NA SAÚDE

Como visto anteriormente enumeram-se complexos óbices a serem ultrapassados. A administração pública precisa enfrenta-los, de modo, a permitir um amplo e efetivo acesso a saúde pública, sempre atentando para a realização do interesse público.

Se define que “um interesse é reconhecível como interesse público, quando assim é qualificado pela lei ou pelo direito” (BASSI apud BUCCI, 2002, p. 265). Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 62)

[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

O desenvolvimento de políticas públicas, assim como processo de realização do interesse público estão ligadas diretamente a discricionariedade da administração pública na medida que “o momento essencial da discricionariedade é aquele em que se individualizam e se confrontam os vários interesses concorrentes” (GIANNINI apud BUCCI, 2002, p. 265).

Nesse contexto, sobre a relação entre o direito à saúde e o interesse coletivo, pondera Zanobini:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político. (CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 4331):

Assim, torna-se indispensável ressaltar que “as políticas públicas devem ser vistas também como um processo ou um conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito” (BUCCI, 2002, p. 265).

Conforme a Constituição da República “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”.

Em vista disso, implementação de políticas públicas se evidencia como um instrumento efetivo para a realização de direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais.

Conceitua-se política pública:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Atualmente, uma das maiores dificuldades, se não a maior, para se efetivar o direito à saúde, realizando o desenvolvimento nacional, é a realidade de recursos escassos (tanto no âmbito público quanto no privado) e de recorrente crise no país.

Cabendo ressaltar que a mesmo em uma realidade de falta de recursos não se pode levar ao retrocesso. Nesse sentido pondera com magnitude José Joaquim Gomes Canotilho:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática, numa “anulação”, “revogação” ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. (CANOTILHO, 2007, p.339.).

Se sobressai com o nível crítico de desigualdade social da sociedade brasileira, a necessidade de mudanças substanciais na estrutura social e até mesmo na estrutura econômica do país. Reforçando que transpor essas desigualdades possui um papel essencial para o desenvolvimento.

Para transcorrer essas mudanças se evidencia a indispensabilidade de uma implementação efetiva de políticas públicas por parte do poder público. Pois o que esta ocorrendo é somente a mitigação de danos decorrentes da não prestação efetiva da saúde pública.

“Devendo-se ressaltar que a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e os agentes envolvidos” (BUCCI, 2002, p. 249).

Destaca-se que as políticas públicas correspondem as necessidades da coletividade em um dado momento histórico, se essas necessidades não subsistirem ou as políticas públicas não se mostrarem eficazes para atingir os fins pretendidos, deverão essas serem extinguidas ou substituídas por outras com maior aplicabilidade na realidade atual.

Cabe evidenciar que embora muitas vezes o desenvolvimento e o crescimento sejam obtidos conjuntamente, um não é pressuposto para a existência do outro.

Destaca-se o pensamento de Ignacy Sachs:

O desenvolvimento, tal como ele é entendido hoje em dia, é um conceito abrangente, que difere do conceito de crescimento econômico – considerado ainda como uma condição necessária, mas de forma alguma suficiente -, englobando as dimensões ética, política, social, ecológica, econômica, cultural e territorial, todas elas sistematicamente inter-relacionadas e formando um todo. A natureza processual do desenvolvimento exige, além disso, que se leve em consideração sua sustentabilidade (perenidade) para satisfazer o postulado ético da solidariedade diacrônica com as futuras gerações, simétrico ao postulado da solidariedade sincrônica com a geração presente, o que, por sua vez, explica a primazia atribuída às considerações sociais na determinação dos objetivos de desenvolvimento. (SACHS, 2007, p.271.).

A liberdade humana é condição substancial para atingir o desenvolvimento, assim, ressalta-se a necessidade de políticas públicas que visem ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral. Expõe Amartya Sen:

As políticas públicas visando ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral podem funcionar por meio da promoção dessas liberdades (os cinco tipos distintos de liberdade são; as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora), distintas, mas inter-relacionadas (SEN, 2010, p. 25).

Da mesma forma defende Gilberto Bercovici que “o próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando às demais” (BERCOVICI, 2003, p. 174).

É inquestionável que:

[...] oportunidades sociais de educação e assistência médica, que podem requerer a ação pública, complementam oportunidades individuais de participação econômica e política e também favorecem nossas iniciativas de vencer privações (SEN, 2010, p. 10).

Evidencia-se que “o planejamento é absolutamente necessário para a promoção do desenvolvimento. A coordenação das atividades do Estado se dá por meio do planejamento, que não se limita a definir diretrizes e metas, mas determina, também, os meios para a realização destes objetivos” (BERCOVICI, 2003, p. 191).

Assim, considerando que com o advento da Constituição de 1988, os direitos fundamentais foram significativamente ampliados, de modo que, o Estado deve sempre elaborar metas que o permitam de se encarregar garantir, tutelar e promover esses direitos, trazendo respostas a todos os anseios dos cidadãos.

Assim deve-se destacar a importância das políticas públicas e do efetivo controle na realização de direitos fundamentais, sobretudo no âmbito dos direitos sociais.

Face a ineficácia do Poder público na implementação de políticas públicas efetivas, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, o controle das políticas públicas.

Iniciando com o conceito de políticas públicas “como um complexo de processos encadeados, as fases políticas e administrativas se tornam nítidas sem perder sua unidade, de modo a permitir a clara incidência dos controles adequados sobre cada uma delas, mas garantindo sempre o controle judicial, não importa em

que fase, sempre que houver direito subjetivo ameaçado ou violado” (NETO, 2008, p. 58).

Ressalta-se que “O controle judicial das políticas públicas no país emerge do interior de uma sociedade fragmentada pelas desigualdades sociais e marcada pela limitação decisória imposta aos mecanismos tradicionais de representação do Estado” (APPIO, 2009, p. 137).

Assim manifesta-se Arenhart:

Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o modus operandi da medida. Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo. (ARENHART, 2009, p.6)

Cabe ressaltar a imperiosa necessidade de aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade por parte do judiciário no controle de políticas públicas que concernem o direito a saúde. Nesse sentido:

[...] com relação à intervenção do judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada (GRINOVER, 2008, p. 19).

Resumindo, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas quer para implementá-las, ou para corrigi-las quando equivocadas (GRINOVER, 2008, p. 28). Ressalte-se que, há limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas

de acordo com as disposições constitucionais. Tais limites são: a restrição à garantia do mínimo existencial; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; a reserva do possível (GRINOVER, 2008, p. 28).

6 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto anteriormente, considerando que na própria Constituição se proclama assegurar o desenvolvimento, faz-se mister estudar maneiras de garantir esse direito.

Sabendo-se que existe uma importante relação entre o desenvolvimento nacional e uma prestação efetiva de serviços a saúde, em países tais como o Brasil, que possuem o modelo prestacional de universalismo.

Que o direito à saúde é de imensurável relevância e um direito mínimo existencial, não se podendo ignorar as repercussões decorrentes da não garantia desse direito, além de que na conjuntura de crise que a sociedade brasileira vem enfrentando se evidencia a necessidade de uma maior precaução com a prestação efetiva desse direito.

E, que cabe a todos, ou seja, ao Estado juntamente a sociedade em geral, o dever de garantir, com prioridade, a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à saúde. Devendo assim, refletir sobre as mudanças a serem realizadas.

Assim, devidamente evidenciada a importância de uma garantia do direito à saúde, cabe-se dizer que face a inércia do Poder público na implementação de políticas públicas efetivas, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, dar efetividade aos direitos fundamentais.

No Brasil com a realidade de desigualdade e com ampla necessidade de melhoria na saúde, a judicialização se apresenta muitas vezes como a única forma de acesso face a inércia ou negligência dos responsáveis pela má gestão desse serviço.

A busca pelo judiciário é apresentada como mais uma garantia de efetividade dos direitos fundamentais, entende Canotilho que:

[...]um dever do Estado, no sentido de criar e assegurar, sob o ponto de vista processual/procedimental, a eficácia de um direito, corresponda sempre um direito subjetivo do particular ao processo e procedimento. De qualquer forma, configurado subjetivamente como direito, ou objetivado obrigatoriamente através do cumprimento de um dever pelo Estado, o

processo torna-se indispensável para assegurar uma proteção eficaz dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2008, p.78)

Em tempos de estímulos a formas alternativas de resoluções de conflitos, cabe-se sempre ressaltar que resolver problemas de acesso a saúde pela via administrativa ou por vias consensuais traz benefícios a todas as partes, mas se esse cenário for impossível, cabe sim a busca pelo judiciário.

Trazendo a autocomposição como medida efetiva para a resolução de conflitos, pondera Cahali:

A solução da divergência é buscada pelos próprios envolvidos, de forma consensual, não imposta. Caminha-se pela trilha da autocomposição, no espaço da liberdade de escolha e decisão quanto á solução a ser dada ao conflito. O terceiro, quando aqui comparece, funciona como um intermediário ou facilitador da aproximação e comunicação entre as partes, instigando a reflexão de cada qual sobre o conflito, sua origem e repercussões, para que estas, voluntariamente, cheguem a um consenso ou reequilíbrio da relação. (CAHALI, 2012, p.38)

Ou seja, a judicialização da saúde deve ser utilizada como medida supletiva, ante a eminente necessidade de reestruturação do sistema. Sobre essa necessidade de reestruturação:

Em uma sociedade exigente, que evolui de acordo com a cultura e os costumes, à medida que a informação é disseminada, ela cobra os resultados de forma rápida e eficaz, disposta a experimentar tais alternativas visando garantir o sucesso final, tanto econômico como satisfatório. Daí, não somente o Poder Público como também, a iniciativa privada, conseguem investir em sistemas de administração alternativa de conflitos, sendo que poucos, conseguem chegar à conclusão de seus resultados, em razão da ausência mínima de condições necessárias à implementação desses novos métodos e habilidades para negociar. (...) Mas hoje, as organizações inseridas no ambiente econômico e tecnológico – no mundo empresarial, passam por grandes transformações e tentam se sustentar na busca de novas parcerias, em um cenário não só de extrema competitividade, como amplo e dinâmico, necessitando constantemente de reestruturação nas relações entre os indivíduos com o propósito de serem avaliadas. (MONTEIRO, 2009, p.55).

Cândido Rangel Dinamarco defende que a institucionalização do poder judiciário é vital e indispensável para a subsistência do Estado:

Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação com um poder, percebe-se que a sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas. Então pensar somente nos conflitos transindividuais que um a um chegam clamando por solução, mas na massa de todas as pretensões deduzidas à Justiça, às quais o Estado imporá com a sua autoridade imperativa a força de seu direito; não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado que o institui e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento. (DINAMARCO, 2008, p.181)

No Brasil reina o imperativo de inafastabilidade do poder judiciário, disposto expressamente no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988 que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Esse imperativo traz uma maior segurança jurídica aos administrados. Lembrando que "até mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno ou as pessoas jurídicas de direito público estrangeiras gozam do direito de proteção judicial efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direito". (MENDES, 2009, p.553).

Enfatiza-se que "acesso à justiça é a expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é justiça social. Todos têm o privilégio de reconhecer e defender suas prerrogativas". (LIEBMAN, 1947, p.175)

Sobre o princípio de acesso a justiça Kazuo Watanabe esclarece que:

O princípio de acesso á justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso á ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica [...] (WATANABE, 2015)

Ainda sobre o acesso a justiça Fabio Teneblat:

Acesso à justiça significa possibilidade de alcançar determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, com o exercício da cidadania plena e a instituição de uma estrutura jurídica harmoniosa e

isonômica. Por sua vez, o Poder Judiciário tem como função típica a prestação jurisdicional, consistente na aplicação da lei ao caso concreto que lhe é submetido quando há conflitos de interesses. Nesta sua principal função, o Judiciário configura importante ferramenta de pacificação social, ou mais precisamente, um mecanismo por intermédio do qual as desavenças e disputas sobre a alocação de direitos são dirimidas a partir de normas e regras pré-estabelecidas pela sociedade.(TENEBLAT, 2011, p.23.).

Assim, conclui-se que é preciso garantir o amplo acesso a justiça de modo a garantir que o direito a saúde não seja cerceado, ou seja, é impressionável a implementação de polícias públicas efetivas, a quais podem eventualmente ser submetidas ao controle. Além disso cabe de modo supletivo ao Poder Judiciário, quando provocado, dar efetividade aos direitos fundamentais.

7 CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houveram expressivas mudanças referentes aos direitos do cidadão, inclusive reconhecendo a saúde como direito fundamental. No entanto, estamos muito aquém de uma realidade que esse direito seja plenamente exercido.

Assim, considerando que a saúde consiste em um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidades ou doenças e tem como um dos seus princípios fundantes a extensão à todas as pessoas dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para o alcance do mais alto grau de saúde.

Assim foi realizado uma análise em amplo espectro das dificuldades enfrentadas na prestabilidade do direito a saúde, na implementação do sistema único de saúde (SUS), no exercício diário da profissão dos profissionais da saúde, no acesso aos tratamentos, dentre outros.

Conclui-se que é de imensurável importância sustentar a necessidade possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas visando melhorar o sistema de saúde brasileiro, de modo a dar mais efetividade ao direito a saúde

A necessidade de implementação de políticas públicas, contudo, não afasta a possibilidade de controle pelo judiciário, com a devida razoabilidade e proporcionalidade e respeitando o orçamento público

Assim, a efetiva implementação de políticas públicas se mostra como uma aliada à concretização do direito à saúde, garantindo assim, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Cabendo de modo supletivo, face a inércia do Poder público na implementação de políticas públicas efetivas, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, dar efetividade aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**, 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de direito administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.3, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco; Coelho, Inocêncio Mártires; Mendes Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL, Lei nº 9.887, de 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**, vol. III. São Paulo: Forense universitária, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 55.

FURTADO, Celso. **Cultura e Desenvolvimento em Épocas de Crise**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.164, out. 2008.

IBGE, **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida**. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>>. Acesso em: 3 maio. 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p.175

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MACHADO, Aline Caraciki Morrucchi et al. **Aspectos Jurídicos em Saúde**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

MONTEIRO, Sônia Valesca Menezes. **A arte da negociação no mundo globalizado**. Publicado na Revista Justilex, ano VII, no 76, abr. 2009.

NAKAMURA, Fernanda de Castro. **Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável**, 2015. Disponível em: <<https://nandaninna.jusbrasil.com.br/artigos/179349219/judicializacao-da-saude-em-busca-de-uma-contencao-saudavel>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ONU, **Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponível em <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 3 maio. 2017.

ONU, **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**, 1995. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção jurídica contra omissão legal**, 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

PINTO, Aline Luiz Felipe et al. **Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional no Brasil**, 2015. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/630/63013499009/>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

SACHS, Ignacy. **Rumo a ecossocioeconomia: teoria prática e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7a edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STF, **A Constituição e o Supremo**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 3 maio. 2017.

TENEBLAT, Fabio. **Limitar o Acesso ao Poder Judiciário para Ampliar o Acesso à Justiça**. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, jan/mar/2011.

USP, **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10 maio 2017.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>> Acesso em: 10 maio 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**: Principles. Disponível em: <<http://www.who.int/about/mission/en/>>. Acesso em: 11 mai. 2017.