XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

JULIA MAURMANN XIMENES

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Rogerio Luiz Nery Da Silva

Julia Maurmann Ximenes

Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-811-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito) ocorreu em Goiânia nos dias 19-21 de junho de 2019 com a participação de vários pesquisadores. A temática do Encontro, "Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo", está totalmente alinhada às discussões do Grupo de Trabalho "Direitos Sociais e Políticas Públicas".

Diante do número de trabalhos encaminhados, o GT Direitos Sociais e Políticas Públicas é dividido em três agrupamentos de pesquisas. A apresentação e o posterior debate sobre os 17 trabalhos submetidos à avaliação por pares do primeiro GT foi coordenada pelos professores doutores Julia Maurmann Ximenes, Saulo de Oliveira Pinto Coelho e Rogério Luiz Nery da Silva. A coordenação optou por não categorizar os trabalhos em temas, o que deixou o debate transversal durante toda a tarde, sempre retomando uma questão crucial na problemática do GT – a definição de políticas públicas e seus impactos na efetivação dos direitos.

Neste sentido, vários pesquisadores apontaram a necessidade da valorização da pesquisa empírica em Direito. Objetos de pesquisa como o papel do Estado na efetivação de direitos sociais, diálogos institucionais, pacto federativo e ciclo das políticas públicas não são abstratos mas conectados à realidade brasileira, demandando levantamento de dados que contribuam para uma análise crítica da problemática.

Esta apresentação tem como objetivo apenas suscitar a curiosidade e o convite ao leitor interessado no contexto de efetivação de direitos sociais no Brasil. O atual cenário da pesquisa jurídica sobre o papel do campo jurídico na efetivação de direitos sociais está presente nesta coletânea. O amplo leque de objetos de pesquisa poderá instigar outros pesquisadores no desafio de reflexão sobre a relação entre Direito e Políticas Públicas.

Boa leitura!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Prof. Dr. Saulo De Oliveira Pinto Coelho - UFG

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: DA JUDICIALIZAÇÃO À BOA GOVERNANÇA.

THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH: FROM JUDICIALIZATION TO GOOD GOVERNANCE.

Camila Santos Cury

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar o direito à saúde, que embora previsto expressamente no texto constitucional e em normas internacionais, em certas situações, não se efetiva senão por meio da atuação ativa do Poder Judiciário. Entretanto, esta situação não seria a mais adequada para o perfeito andamento do Estado Democrático de Direito, diante do princípio da separação de poderes e de possível ofensa à isonomia. Neste contexto, surge então a boa governança, que poderá se tornar uma possível solução da efetivação deste direito social. Será utilizado o método dedutivo, com análise de artigos científicos, doutrinas e jurisprudência.

Palavras-chave: Direito, Saúde, Judicialização, Boa governança

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze the right to health, which, although expressly envisaged in the constitutional text and in international norms, in certain situations, is only effective through active action by the Judiciary. However, this situation would not be the most adequate for the perfect progress of the democracy, in view of the principle of separation of powers and possible offense to isonomy. In this context, good governance emerges, which may become a possible solution to the realization of this social right. The deductive method will be used, with analysis of scientific articles, doctrines and jurisprudence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right, Health, Judiciary, Good governance

Introdução

O presente artigo pretende demonstrar como a boa governança poderá ser útil para efetivação do direito à saúde. Desta forma, a judicialização que cresce a cada dia em busca da implementação deste direito social, poderia diminuir.

Isto porque, o direito à saúde, embora reconhecido tanto no âmbito do direito interno, no texto constitucional, quanto em âmbito internacional, em tratados e convenções internacionais, nem sempre, de fato é efetivado em favor do cidadão.

Diante disto, no Brasil, o que ocorre é que, por diversas razões, dentre elas crise econômica; consciência do exercício da cidadania e educação em direitos, a busca pela concretização do direito à saúde tem conduzido à propositura de um grande número de ações judiciais.

Em pesquisa recente realizada pelo Insper[1], constatou-se que a judicialização na área da saúde aumentou 130% (cento e trinta por cento) no período compreendido entre 2008 a 2017, no Brasil.

Por meio destas ações, se busca a concessão de medicamentos e de insumos; a realização de intervenções cirúrgicas; a prestação de atendimentos médicos e tratamentos.

É cediço que este pode não ser melhor dos caminhos para busca pela implementação de um direito social.

Referida situação, além de aumentar ainda mais as demandas perante os Tribunais brasileiros, incorre no risco de ofender o princípio constitucional da separação dos poderes.

Em razão disto, para alguns juristas, a atuação do Poder Judiciário na determinação de medidas concretas em favor do litigante pode constituir ativismo judicial. A consequência seria uma possível intervenção de um poder nas funções típicas do outro, o que, poderia inclusive, enfraquecer o Estado Democrático de Direito.

Ademais, o Poder Executivo alega que o direito à saúde é previsto em uma norma programática, cuja implementação deve ser gradativa e, em consonância com os recursos disponíveis ao gestor público.

[1] Pesquisa realizada sob encomenda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e divulgada em 18/03/2019, publicada pelo Jornal Folha de S. Paulo em 19.03.2019

Outro problema decorrente é que, em virtude da ausência de recursos, os municípios, por exemplo, ao cumprirem decisões judiciais que envolvam o direito à saúde, podem afrontar o princípio da isonomia, pois, ao passo que o litigante concretiza seu direito, outros tantos cidadãos ficarão desatendidos por aquele ente federativo, que, não terá recursos disponíveis para desenvolvimento regular de suas atividades como garantir que haja medicamentos disponíveis nos postos de saúde.

Diante disto, o artigo tem por objetivo geral abordar como tem se efetivado o direito à saúde atualmente. Como objetivo específico, verificar se a boa governança poderia ser considerada uma alternativa viável para a concretização do direito à saúde, já que levaria ao reequilíbrio dos poderes.

Ademais, poderia ainda trazer a comunidade para participar mais ativamente do Estado, exigindo prestação de contas do ente público na gestão adequada dos recursos, o que, inclusive, decorre do Estado Democrático de Direito.

O método adotado é o dedutivo, por meio do qual, serão utilizadas premissas gerais para se chegar à conclusão sobre o assunto.

O procedimento utilizado adotará análise de dados sobre a judicialização atual, bem como estudo comparado com a situação em outros países.

As referências utilizadas serão livros e artigos científicos, bem como a análise de legislação comparada.

1. Do reconhecimento do direito à saúde

O direito à saúde ganhou destaque de grande relevância a partir da Constituição Federal de 1988. Ao lado da educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, o artigo 6º definiu a saúde como um direito social.

Em sede de legislação internacional, a saúde foi mencionada pela primeira vez como direito, em 1946 na Constituição italiana. Pouco tempo mais tarde, em 1948, constou na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em 1966, no Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas.

Vale esclarecer que o direito à saúde tem um enfoque subjetivo, à medida que se refere ao direito do indivíduo de ter sua saúde preservada, bem como suas escolhas relacionadas à mesma, respeitadas, de forma que não haja qualquer influência estatal, mas também, um enfoque social, que relaciona-se ao papel ativo do Estado na garantia do direito do cidadão.

A prestação do direito à saúde decorre do art. 196 da Constituição Federal a seguir transcrito:

> 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.

Do artigo acima transcrito, o que se conclui é que o Estado tem o dever de prestar o direito à saúde a todos, sendo que deverá fazê-lo de forma preventiva, como aplicação de vacinas, medidas de vigilância sanitária, bem como garantido a recuperação, em casos de doença e necessidade de tratamentos.

Importa destacar que o direito à saúde é universal, ponto que terá bastante relevância na análise que se fará a seguir.

Ainda na Constituição Federal, o que se verifica no art. 198 é que a efetivação do direito à saúde ficará a cargo do Sistema Único de Saúde, o SUS. Ademais, são estabelecidos como princípios: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; a participação da comunidade.

Contudo, o que se verifica atualmente é que a implementação do direito à saúde não tem se demonstrado efetiva conforme previsto na Constituição Federal. Inclusive, na área preventiva, o Brasil, que era um dos países mais avançados no combate a doenças em razão de vacinação de sua população, tem visto, nos últimos anos, ocorrer o reaparecimento de diversas doenças que até então estavam erradicadas.

Ademais, ações necessárias para a recuperação de doenças também têm se mostrado frágeis, pois, o Estado não consegue, por nenhum dos seus entes federativos, atender às necessidades da população e oferecer medidas efetivas, como: vagas em hospitais para internações, fornecimento de medicamentos; realização de exames e consultas médicas.

A omissão estatal tem uma consequência bastante séria: a judicialização, a qual será tratada adiante.

A questão é que a efetivação do direito à saúde encontra-se falha seja no aspecto preventivo quanto no de recuperação. A população, por sua vez, sente-se desamparada e vítima de diversos males, como mortes decorrentes de doenças incuráveis ou contagiosas; agravamento do quadro clínico em virtude da falta de atendimento ou mesmo do fornecimento de medicamentos.

A justificativa estatal é a ausência de recursos. Contudo, o que nem sempre fica bem claro para a população é: por que os recursos materiais não são suficientes, tendo em vista que o Brasil é um dos países que mais cobram tributos dos cidadãos?

A conta, de fato, não fecha. Porém, a saúde é um direito reconhecido constitucionalmente que encontra guarida também nas legislações internacionais, inclusive nas Convenções e Tratados dos quais o Brasil faz parte.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembleia Geral da ONU, preceitua em seu artigo 12: "1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental".

Ora, denota-se que ao prever que a pessoa tem direito a um nível mais elevado possível de saúde física e mental, o que se percebe é a proteção máxima que lhe é garantida.

Com isto, a saúde passa a ser reconhecida como prioridade nas Constituições dos países.

Na Constituição brasileira, no art. 6º, sendo que trata-se de um direito de amplo espectro, pois o Estado deve oferecer uma atenção ampla, incluindo não somente a parte de recuperação, mas também a preventiva.

A Constituição espanhola, por sua vez, em seu artigo 43 determina o seguinte:

> "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto."
>
> "O direito à proteção da saúde é reconhecido. 2. É da responsabilidade das autoridades públicas organizar e proteger a saúde pública através de medidas

> preventivas e dos serviços e benefícios necessários. A lei estabelecerá os direitos e deveres de todos neste sentido" (tradução nossa).

Referida Constituição também determina de forma bem ampla como deve ser a postura do Estado espanhol, com atuação preventiva, bem como com as prestações e serviços necessários para recuperação da saúde.

Ainda em âmbito europeu, a Constituição portuguesa preceitua no Artigo 64.º:

> 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.
>
> 2. O direito à proteção da saúde é realizado:
>
> a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
>
> b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.
>
> 3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
>
> a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
>
> b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
>
> c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
>
> d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
>
> e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
>
> f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.
>
> 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

A Constituição portuguesa, conforme se pode ver, trata de forma bastante ampla e detalhada sobre a prestação de serviços para garantia da saúde pelo Estado.

Ademais, em âmbito internacional, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979 reconhece que *mulheres em situação de pobreza* tem acesso mínimo à saúde, sendo necessária a proteção e garantia deste direito, consoante artigo 11, "f".

Na Convenção sobre os Direitos da Criança que entrou em vigor no Brasil, por meio do Decreto n.º 99.710/90 preceitua também no artigo 25:

> Os Estados Partes reconhecem o direito de uma criança que tenha sido internada em um estabelecimento pelas autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação.

Por sua vez, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência assinada pelo Brasil em 30/03/2007, prevê o seguinte sobre o direito à saúde:

> Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero.

Denota-se assim que a saúde é prevista como direito constitucionalmente garantido pelos Estados, bem como em Convenções internacionais de proteção ampla ou ainda naquelas em que há previsão de direitos específicos a grupos vulneráveis.

Assim, não há como se permitir que a saúde, direito necessário para a vida com dignidade, seja relegada pelo administrador público como um direito que apenas poderá ser implementado se existir recursos econômicos para tanto.

A judicialização, então, passa a ser a única alternativa.

2. Da judicialização para implementação do direito à saúde.

O brasileiro, embora goze do direito à saúde como constitucionalmente garantido, diariamente se vê numa situação de omissão do Estado que não lhe garante o que a Constituição promete.

É certo que o direito à saúde é reconhecido pelas Constituições dos Estados, bem como é previsto em Tratados Internacionais.

Enquadrado como um direito de Segunda Geração exige uma prestação positiva do ente estatal.

Neste sentido, Bobbio (2004 p.21) afirma que: "Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em '*liberdades',* também os chamados direitos sociais, que consistem em '*poderes'."*

Prossegue afirmando que os primeiros direitos exigem dos órgãos públicos, obrigações negativas, enquanto que os segundos:"[...] só podem ser realizados se foi imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas".

Porém, já está superada aquela idéia de Constituição apenas como uma carta de intenções. Com o Constitucionalismo, movimento ocorrido pelo mundo que tornou a Constituição a norma máxima nos Estados, não há como se admitir, numa sociedade, o descumprimento de um direito.

Esta seria uma das causas que conduzem à intensa judicialização que vem ocorrendo em torno do direito à saúde. Soma-se a isto, o fato de que a população, hoje reconhece seus direitos e mais ainda, há uma conscientização coletiva com a implementação das Defensorias Públicas, por exemplo, da existência destes direitos e da possibilidade de buscar sua efetivação por meio de uma demanda.

Hoje, o cidadão brasileiro, não aceita mais de forma passiva, a falta de vagas em hospital ou de medicamentos que o Estado deve lhe fornecer.

Neste sentido, Cunha e Barbosa (2015, p. 85) também se posicionam:

> Não obstante, embora a proteção dos direitos sociais tenha sido incorporada ao texto positivado da Constituição, em vários países do ocidente, a realização destes direitos tem sido vista com um olhar com viés liberal e, por isso, carente de efetivação. Na perspectiva de realização da dignidade, mediante realização dos direitos sociais, a função Judiciária do Estado tem-se revelado efetivadora de tais direitos [...].

Esta consciência do cidadão quanto à existência do direito, associada à crise econômica enfrentada pelo país, que decorre na diminuição dos recursos destinados à saúde, tem como consequência, a procura pelo Poder Judiciário para a efetivação dos direitos relacionados à saúde.

Neste sentido:

> Na medida em que uma questão – seja direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial". (BARROSO, 2009, p. 20)

Portanto, resta claro que, ao buscar a efetivação de um direito que não é cumprido de forma natural, não resta outra alternativa à pessoa senão socorrer-se do Poder Judiciário. Soma-se a isto o fato de que atualmente se tem uma consciência maior de direitos em razão da postura ativa das Defensorias Públicas dos Estados, bem como em virtude da ampla gama de informações que são disponibilizadas por meio da Internet.

Neste sentido,

> Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como conseqüência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. (STRECK, 2016, p. 724).

Ocorre que judicializar a efetivação de um direito pode não ser a melhor solução.

Isto porque há argumentos contrários à busca pela efetivação de um direito social junto ao Poder Judiciário. Dentre estes argumentos levantados estão: direitos como a saúde, são de natureza prestacional. Diante disto, é necessário que haja uma disponibilidade de recursos para seu atendimento.

Esta questão esbarra diretamente na reserva do possível alegada como justificativa para não efetivação do direito pelo Poder Executivo. Segundo esta ressalva, um direito não é implementado não por falta de vontade ou incompetência dos gestores públicos, mas sim, pela absoluta falta de recursos.

Ademais, o que se enfatiza também é que o art. 6º da Constituição Federal é uma norma de natureza programática, e, portanto, sua efetivação vai depender da possibilidade do Estado, não podendo obrigá-lo a esta implementação.

Argumenta-se, inclusive, que nos documentos internacionais, os direitos sociais são definidos numa proposta de que os Estados os realizem de forma progressiva. Neste sentido, o já mencionado art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determina que se garanta à pessoa, o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Esta expressão, aos olhos dos Estados, pode ser interpretada de forma bastante ampla, pois, podem entender como nível mais elevado, aquele que podem proporcionar ao cidadão, o que na maioria das vezes, ao menos no caso brasileiro não se mostra nem de perto como o nível mais elevado.

Ainda, outra questão frequentemente levantada que enfraquece a questão da judicialização, é o fato de que, a implementação de um direito social pelo Poder Judiciário beneficiará um indivíduo ou ao menos um grupo de indivíduos, não garantindo que o direito será assegurado a todos de forma ampla e respeitando a isonomia.

Mais delicada é a questão que envolve a prestação de um direito social, como a concessão de um medicamento de alto custo, que importa num expressivo gasto a ser realizado pelo Poder Público.

Isto porque, no âmbito de entes federativos de menor poder aquisitivo, como um município, se, uma decisão proferida pelo Poder Judiciário determina que o gestor arque com o pagamento de um medicamento de alto custo ou mesmo com os custos de um tratamento, certamente o impacto financeiro não será pequeno.

Ora, o orçamento de um município, em grande parte, já estará comprometido com despesas previstas anualmente. Algo que saía desta previsão, gerará um impacto de grandes proporções. Desta forma, é possível que naquele município, os outros indivíduos sejam impactados.

Assim, à título de exemplo, é possível que falte o medicamento mais básico no posto de saúde que atende milhares de pessoas daquela região em virtude do cumprimento desta decisão em favor de um.

A questão que se levanta é: o direito de um valeria mais do que dos outros?

Estas situações constituem o que se chama pela doutrina norte-americana de *tragic choices:*

Neste sentido:

> [...] O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, vem enfrentando dilemas e decisões trágicas, frente a cada cidadão que clama por um serviço e/ou um bem de saúde, os quais, muitas vezes apresentam-se urgentes para que uma vida seja salva e um sofrimento minimizado. (MARQUES, 2008, p.66).

Mensura-se se a vida daquele que necessita do medicamento valeria mais do que a de outros tantos que precisam de um medicamento simples, porém que não será distribuído nos postos de saúde porque faltam recursos para tanto.

Não menos importante é a alegação de que a interferência judicialização na concretização de um direito social poderia gerar uma afronta ao princípio da separação dos poderes e, em consequência, um enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Ora, o Brasil é um Estado Democrático de Direito por força do art. 1º da Constituição Federal. Em virtude disto, o art. 2º prevê que os poderes da União são: Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo os três independentes e harmônicos entre si.

Desta forma, caberá a cada um dos poderes, funções típicas, cujo exercício é necessário para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Ramos (2010, p. 112) afirma que: "[...] o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins".

À separação dos poderes também se associa ao sistema de freios e contrapesos. Assim, para que o Estado funcione de forma regular e efetiva, cada poder deve exercer suas funções com exclusividade, não havendo que se falar na interferência de um, na atuação do outro.

Contudo, na prática, no dia-a-dia de um Estado, esta questão não se mostra tão simples.

No caso do Brasil, como mencionado acima, para efetivação de direitos é necessária a judicialização. Este fato decorre de uma omissão intencional ou não do Poder Executivo.

Diante disto, se o Executivo não realiza suas funções típicas da forma esperada, não há efetividade de direitos e, ato contínuo, não há efetividade constitucional.

Sobre a efetividade constitucional Hesse (trad. de Gilmar Ferreira Mendes, 1991, p.15), afirma: "A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser [...]. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social."

Assim, a atuação ativa do Poder Judiciário no sentido de determinar a concessão de um medicamento ou a realização de uma intervenção cirúrgica, ao mesmo tempo que constitui uma medida de eficácia constitucional, poderá ser vista como afronta à separação de Poderes.

Pois, ao obrigar um poder a realizar uma de suas funções, estaria intervindo em sua atuação, o que, aos olhos de alguns juristas, é uma afronta direta à separação de poderes constituindo ativismo judicial.

Neste sentido: "Ao se fazer menção ao ativismo judicial o que se está a refletir é a ultrapassagem das linhas democráticas da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo". (RAMOS, 2010, p.116).

A questão é que a efetivação de um direito constitucionalmente previsto não pode ficar ao livre critério do Administrador. Afirmar que o direito à saúde é uma norma programática e de efetivação progressiva, é quase que autorizar o gestor público a cumprir este direito, quando der, quando puder.

Enquanto isso, o cidadão se vê em uma situação de desespero e ao cair doente, encontra um Estado despreparado que não lhe fornece a condição de vida com dignidade também prevista no texto constitucional.

A judicialização é a saída encontrada e que, até o momento, parece ser a única alternativa.

3. A boa governança como alternativa à efetivação do direito à saúde

O conceito de boa governança ainda é um pouco vago, especialmente no Brasil onde não goza de uma definição específica.

Na Europa, no início do ano 2000, buscou-se estabelecer princípios que pautassem a boa governança, com o objetivo de melhor convívio entre os estados componentes do bloco político e econômico.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia preceitua no art. 41 que todas as pessoas têm direito a uma boa administração, consoante abaixo descrito: "1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. (tradução nossa)."

Ademais, a Recomendação CM/REC do Comitê de Ministros dos Estados Membros trata da boa administração.

Ainda, em âmbito europeu, o art. 3º do Convênio Europeu de Direitos Humanos aborda também a boa administração da justiça, prescrevendo o seguinte:

> ARTÍCULO 3
>
> El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal podrá igualmente, en interés de una buena administración de justicia, invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiências
>
> O Comissário dos Direitos Humanos do Conselho da Europa e a Alta Parte Contratante a quem depende o órgão jurisdicional responsável pela execução do pedido terá o direito de apresentar observações por escrito e de participar nas audiências. O Presidente do Tribunal pode também, no interesse de uma boa administração da justiça, convidar qualquer outra Alta Parte Contratante ou pessoa a apresentar observações escritas e participar nas audiências (tradução nossa).

Conforme se vê na Europa, já há quase duas décadas se fala sobre a boa governança, estando o princípio incorporado em diversos documentos legais.

Inclusive, como medida prática para exercício da fiscalização da boa governança, foi criada no âmbito europeu, a EHFCN (European Healtcare Fraud & Corrupcion Network)[2]. Trata-se de uma organização, sem fins lucrativos, que visa o combate à fraude, gastos excessivos e corrpução na área da saúde. Como medida concreta, foi estabelecida uma

[2] Informações disponíveis em: http://www.ehfcn.org/who-we-are/. Acesso: 26 mar 2019.

plataforma para troca de informações e alternativas para evitar desvio de recursos destinados à saúde.

O que se verifica, no continente europeu, é que há uma cultura de controle para efetivação da boa governança, que se trata de uma obrigação de meio que deve ser adotada tanto em âmbito privado, quanto público.

De forma concreta, os gestores públicos devem atuar com diligência, em observância com a lei e em busca do benefício comum. Assim, a boa governança será efetivada quando se alcançarem os objetivos pretendidos pelo Estado.

É possível ir além: um gestor público, atuará realizando a boa governança, quando forem alcançados os objetivos do texto constitucional. Seria possível dizer então que, efetivados os direitos previstos na Constituição Federal, por meio da atuação do Poder Executivo, ter-se-ia alcançado a boa governança.

Assim, a boa governança tem sido enxergada como necessária em diversos aspectos tanto globais, quanto regionais, no âmbito dos Estados.

No caso do Brasil, certamente ao se pensar em boa governança, vem à mente, os princípios que devem nortear a atuação do administrador. A Constituição Federal, em seu artigo 37, define como princípios que devem ser observados pelo Estado (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Referidos princípios são necessários para garantir a atuação de um Estado voltado totalmente para os interesses públicos, sem qualquer desvio de condutas, que possam buscar mais o interesse privado do que o público.

Ademais, o gestor público deve pautar sua atuação aos ditames legais e na busca do melhor atendimento às necessidades do povo.

Diante disto, o que se vê é que a boa governança é essencial também para a concretização de direitos, especialmente sociais, como a saúde, que está abordada neste artigo.

Para efetivação da saúde, o ente estatal tem obrigações a cumprir como: prestação de serviços de atendimento à saúde, prevenção de doenças, como campanhas educativas e de

vacinação; fiscalização de locais públicos; saneamento básico; fornecimento de medicamentos e insumos necessários para a vida digna.

Resta claro que a boa governança na prestação de serviços públicos deve contar com melhoria na gestão de recursos financeiros. Já por este primeiro objetivo poderia ser afastada a reserva do possível, argumento utilizado pelo administrador público como justificativa para a não implementação de direitos relacionados à saúde.

Neste sentido,

> No entanto, o que se percebe no atual estado da arte é que, desafortunadamente, a discricionariedade do Poder Público, em especial no que tange ao emprego de verbas e concretização de políticas públicas, tem aberto flancos, possibilitando toda a sorte de arbitrariedades e mau uso do dinheiro público pelos agentes que deveriam ter como norte a aplicação dos preceitos constitucionais e a implementação dos direitos fundamentais. (CALDEIRA, 2013, p. 22).

Isto porque se houvesse uma melhor gestão dos recursos, especialmente pela adequada distribuição do Poder Executivo, não haveria que se falar em insuficiência para a tutela de direitos como a saúde. Em consequência, não seria necessária a judicialização buscada pelo cidadão e o Poder Judiciário não necessitaria intervir para determinar a efetivação de um direito.

Ainda, neste sentido,

> Devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a optimização dos direitos sociais não deriva só, ou primordialmente, da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da *good governance* dos recursos públicos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2008 *apud* CALDEIRA, 2013, p. 73).

É inequívoco, portanto, que a boa governança é necessária para a gestão adequada dos recursos econômicos, necessários para a efetivação do direito à saúde.

Solé (2016, p. 6) pontua que:

> Em lãs sociedades democráticas, la ciudadanía cada vez tolera menos la mala administración negligente, que conlleva gastos públicos ineficientes e ineficaces, y la mala administración dolosa, que supone utilizar las potestades (em la contratación, en el urbanismo, etc.) para el beneficio privado, bien sea de la autoridad pública misma que la ejerce, bien sea de um tercero. Todo ello en detrimento de derechos sociales y econômicos básicos para la cuidadanía.

> Nas sociedades democráticas, os cidadãos toleram cada vez menos a má administração, o que leva a gastos públicos ineficientes e ineficientes e a má administração fraudulenta, o que significa usar os poderes 'na contratação, no planejamento urbano, etc.' para o benefício. privado, seja da própria autoridade pública que a exerce, seja de um terceiro. Tudo isso em detrimento dos direitos sociais e econômicos básicos para a cidadania. (tradução nossa).

O que se conclui, portanto, é que a boa governança além de ser necessária para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito, permitirá que os direitos possam ser efetivados sem a necessidade de se buscar a judicialização da questão.

Por outro lado, a participação democrática também será muito importante, pois, a intensa participação popular, permitirá uma melhor atuação do gestor público, com a utilização dos recursos adequada e a concretização dos direitos, como se verifica no exemplo da plataforma europeia mencionada.

Diante disto, ainda que pareça uma utopia, há que se buscar a concretização da boa governança no Brasil para que se chegue à natural efetivação dos direitos e em consequência, a tão esperada efetivação do texto constitucional.

Conclusão

O presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema. Porém, o direito à saúde, embora previsto constitucionalmente, bem como em tratados e convenções internacionais, nem sempre é efetivado em favor do cidadão.

Diante disto, na realidade brasileira, o que se tem visto é uma intensa judicialização motivada na busca pela implementação da saúde. Ações buscando obrigar o ente público a conceder medicamentos; arcar com o pagamento de procedimentos cirúrgicos e tratamentos são cada vez mais comuns e aumentam ainda mais a demanda do Poder Judiciário.

Por outro lado, os julgadores se vêem compelidos a deferir as medidas pretendidas, pois, sabem que está em suas mãos a efetivação do direito à saúde, sendo que o cidadão não encontra outro caminho senão a propositura de uma ação judicial seja individual ou em âmbito coletivo.

Por outro lado, a atuação judicial é acusada, por alguns juristas e estudiosos do assunto, como ativismo judicial.

O ativismo, geralmente enxergado de forma negativa, constituiria uma atuação em excesso do Poder Judiciário que estaria exacerbando suas funções. Ademais, por conta desta atuação, poderia se estar ocasionando uma ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes.

A separação dos poderes, prevista constitucionalmente como um princípio do Estado Democrático de Direito busca preservar o equilíbrio do Estado, por meio de um sistema de freios e contrapesos. Assim, cada poder tem suas funções típicas previamente determinadas e para que o Estado funcione regularmente, cada um deles deve atuar no exercício de suas funções.

Diante disto, a efetivação do direito à saúde pelo Judiciário é considerada uma ofensa à separação de poderes.

O gestor público afirma, em suas teses defensivas nas ações judiciais, que a saúde, não é implementada por ausência de recursos. Alega que, por força da reserva do possível, o direito à saúde depende da disponibilidade de recursos que, na maioria das vezes, é insuficiente para arcar com o direito de todos.

Porém, há uma alternativa: a boa governança. O conceito de boa governança surgido na Europa no início dos anos 2000 prevê que o agente público deve pautar sua atuação no alcance das funções estatais e efetivação do texto constitucional.

Isto seria efetivado por meio de princípios, dentre eles, a melhora na gestão dos recursos públicos para permitir sua aplicação adequada para efetivação de direitos, bem como a participação democrática na fiscalização desta atuação.

Assim, embora pareça um tanto utópico, é certo que a busca pela boa governança poderia ser uma saída para a implementação do direito à saúde de forma a evitar a intervenção judicial, bem como a efetivação do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação jud**icial. Disponível em: http://www. tjmg. jus. br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122. htm. Acesso em 30 jun 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, 2009. Disponível em:http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf. Acesso em 24 jul 2018.

BARROSO, Luís Barroso. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista de Direito Aministrativo, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 1- 42.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo. Revista de Informação Legislativa, Publicação trimestral da Subsecretaria de Edições Técnicas Senado Federal**, Brasília, ano 34, 1997, n. 133, p. 90.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. **O Direito à saúde e sua "curiosa" efetividade em *terrae brasilis*: Do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização**. São Leopoldo, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Tradução Sergio Antonio Fabris Edit or. Rio de Janeiro, 1992.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Disponível em: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso realizado em 10 mar 2019.

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA.

Disponível:https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso realizado em 10 mar 2019.

CUNHA, Mércia Miranda Vasconcellos; BARBOSA, Amanda Querino dos Santos. **A Efetivação dos Direitos Sociais *Versus* Democracia**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, 2015, p. 83-102.

DA SILVA, José Afonso. **Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 13, 1988, p. 15-34.

DE CASTRO, Marcos Faro, "**O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**". Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_09.pdf. Acesso em 30 out 2018.

DE MACEDO, Eloisa Israel; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. **Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial**. Revista de Saúde Pública, v. 45, n. 4, 2011, p. 706-713.

DWORKIN. Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.272-331.

EDUARDO DIEDER REVERBEL, Carlos. **ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DE DIREITO**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, 2009. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246. Acesso em: 17 jan. 2019.

EM UMA DÉCADA, JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA CRESCE 130%. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. b1, 19 mar. 2019.

EUROPEAN HEALTHCARE FRAUD & CORRUPTION NETWORK. Disponível em: http://www.ehfcn.org/who-we-are/. Acesso em: 26 mar. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, "**O Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça**". Revista de Direito Administrativo, 1994, p. 198.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. Ed. ver. Atual. e ampl – São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo**. Revista de saúde pública, São Paulo, 2008, p. 101-107.
Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rsp/article/viewFile/32199/34304. Acesso em: 03 jul 2018.

RAMOS. Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: 2010, p.104-137, p. 138-152 e 235-267.

RIBEIRO. Flávia de Oliveira. **Reflexões acerca do Ativismo Judicial e da Autocontenção na judicialização de medicamentos**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017.

SOLÉ, Juli Ponce. **El Derecho a uma buena administración y el derecho administrativo iberoamericano Del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena adminsitracións contra arbitrariedad y corrupción**. Revista Española de Derecho Administrativo, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Joaçaba, 2016.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, and María Isabel (eds) Garrido Gómez. **Los Derechos Sociales Como Una Exigencia De La Justicia.** 1. Universidad de Alcalá. Servicio de Publicaciones, 2012.