

10

ASPECTOS POLÊMICOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Vitor Luís de Almeida¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar alguns polêmicos aspectos afetos à “judicialização da saúde”, fenômeno atual e reiterado no âmbito do Poder Judiciário. A necessidade de compatibilização entre a teoria do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, aliada à aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso, apresentam-se como interpretações imperativas para definição da amplitude da proteção do direito à saúde. A suposta violação ao princípio da tripartição dos poderes e a existência ou não de solidariedade entre os entes federados na efetivação das prestações inerentes à saúde, completam as discussões sobre esse direito fundamental, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e ao próprio direito à vida.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Teoria do Mínimo Existencial. Cláusula da Reserva do Possível. Princípio da Vedação do Retrocesso. Tripartição dos Poderes. Solidariedade dos Entes Federados.

¹ Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor universitário e dos cursos de formação da PMMG. Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT. Graduado e Especialista em Direito Público Municipal pela UNIMONTES/MG.

1. INTRODUÇÃO

O termo saúde, segundo reminiscências históricas, foi utilizado, desde tempos remotos, pelos pensadores da Grécia antiga. Não obstante, foi a partir do ano de 1946, com a Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, que a definição do termo foi ampliada, deixando de consistir apenas na ausência de doenças ou enfermidades, para caracterizar um estado de completo bem-estar, abrangendo os âmbitos físico, mental e social do ser humano. Ainda segundo a OMS, a saúde constitui um direito fundamental do homem, sendo os governos responsáveis pela adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas à garantia da saúde de seus povos.

No Brasil, o tema saúde foi tratado pelas constituições pretéritas apenas no sentido administrativo no intuito de estabelecerem-se medidas organizacionais, sobretudo no combate a doenças endêmicas e epidêmicas. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a “Constituição Cidadã”, a saúde passou a ser tratada como direito fundamental do ser humano, sendo dever do Estado o estabelecimento de prestações positivas no sentido de garantir sua efetividade.

Neste contexto, a saúde mostra-se como bem intangível do cidadão brasileiro, diretamente ligada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, devendo estar intimamente integrada às políticas públicas governamentais.

Dentro da temática da realização do direito à saúde e de sua garantia por parte do Poder Judiciário, no âmbito do que se tem designado como “judicialização da saúde”, assume pontual relevância o estudo das questões inerentes à compatibilização da “teoria do mínimo existencial” e da “cláusula da reserva do possível”, bem como ao princípio da proibição do retrocesso, separação dos poderes e responsabilidade solidária dos entes federados na efetivação do direito fundamental à saúde.

2. A COLISÃO ENTRE A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A vigente “Magna Carta” do Estado Brasileiro consagra em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento

da República Federativa do Brasil. Dispõe ainda, no *caput* de seu artigo 5º, o direito à vida como fundamental à pessoa humana. À saúde, além de incluída entre os direitos sociais (também fundamentais eis que contidos no Título II da Constituição), elencados no artigo 6º, foi dedicada seção exclusiva inserta no Título VIII, Capítulo II, Seção II, artigos 196 a 200, dada a importância do tema verificada pelo poder constituinte. O direito à saúde, além de qualificar-se como fundamental, apresenta-se de forma indissociável ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O artigo 196 da Constituição Federal assim expressa: “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”.

As normas constitucionais enunciam a saúde como direito subjetivo do homem, correspondente a um dever jurídico estatal. Na classificação da doutrina constitucionalista, são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer preceito complementar, aguardando apenas sua concretização pela Administração Pública. Assim sendo, a “Carta Maior” impõe o acesso à Saúde não apenas como norma programática, mas como prestação positiva do Estado, direito emoldurado como de segunda geração, consoante a tradicional classificação do renomado jurista italiano Norberto Bobbio.

Neste sentido, Luis Roberto Barroso, citado por André da Silva Ordacgv, leciona que o artigo 196 da Constituição da República, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado: “Aqui, ao contrário da hipótese anterior, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art.196) ...”²

² *Apud* ORDACGV, André da Silva. *A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br>. Acesso em: 4 maio 2011.

Ao discorrer sobre o assunto, José Afonso da Silva entende da seguinte forma a saúde como um direito social:

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”.³

A teoria do mínimo existencial pode ser vista como um subsistema da teoria dos direitos fundamentais. Sua criação coincide com o desenvolvimento da teoria da justiça e se faz a partir da virada kantiana, ou seja, do retorno do pensamento jurídico-filosófico às raízes lançadas por Kant. Sua consagração afirma a existência de direitos mínimos, os quais não podem se afastados ou negados a nenhum homem; direitos considerados como os mais básicos do ser humano, como a vida, a liberdade e a própria saúde.

No Estado Democrático de Direito, em que nos encontramos inseridos, aprofunda-se a reflexão sobre o mínimo existencial, sob a ótica da teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo, sendo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “eradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, consoante a norma disposta no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. O direito mínimo existencial positivado tem também se manifestado nas declarações internacionais dos direitos humanos. Assim, está no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 312.

A teoria do mínimo existencial apresenta-se, portanto, como elemento constitucional de caráter essencial, com a finalidade de garantir a qualquer homem o acesso a um conjunto de necessidades básicas, sem as quais não poderá sobreviver.

Assevere-se que não pode qualquer direito, ainda que fundamental, transformar-se em mínimo existencial. Apenas aqueles direitos diretamente ligados à dignidade da vida humana, sem os quais não há a mínima possibilidade de sobrevivência do homem, são assim tratados. Neste contexto, entretanto, não pairam dúvidas de que o direito à saúde encontra-se abrangido pelo mínimo existencial, eis que sem sua efetivação não se pode compreender a viabilidade de existência do homem. Nesse sentido é o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.⁴

Lado outro, é constante a arguição defensiva dos entes federados, nas ações que envolvem a “judicialização da saúde”, baseada na cláusula da reserva do possível, a qual é assim explicada por Ana Paula Barcellos:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.⁵

A reserva do possível, para a doutrina, assume as formas fática e jurídica, como bem apresentadas por Salazar e Grou:

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 326.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

O condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos é que recebe a denominação de Reserva do Possível. Tem-se falado em duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a denominação, diz respeito à inexistência fática de recursos, ou seja, o vazio dos cofres públicos. A jurídica, por sua vez, corresponde à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo.⁶

Assim, segundo a cláusula da reserva do possível, deverá sempre existir uma reserva orçamentária para a garantia das necessidades públicas básicas, a qual não pode ser afetada para o custeio de despesas específicas de um ou mais cidadãos. Com base nesse argumento, os entes públicos aduzem que caso forneçam determinado tratamento ou medicamento a cidadão específico, estarão impedindo que o restante da população tenha garantido seu acesso ao menos aos serviços básicos necessários.

Não obstante, acredita-se que tal argumento não pode prosperar, tendo em vista, especialmente, que a cláusula da reserva do possível não se reveste de caráter absoluto sendo que o direito à saúde encontra-se inserido no mínimo existencial, basilar à garantia da vida digna ao ser humano. Não se pode tolerar que a reserva do possível seja utilizada como meio a tornar legítima a negligência do Estado em viabilizar e tornar efetivas as políticas públicas necessárias ao custeio de medicamentos, tratamentos e outros procedimentos ligados à saúde dos cidadãos. Tal justificativa seria cabível apenas em casos excepcionais, nos quais a situação de calamidade do Estado, provocada por guerras, trágicos fenômenos naturais, graves crises econômicas, entre outros, comprovaria a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos orçamentários. Desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais não poderá ser acatada, ainda mais quando da existência de controvérsias sobre o não desperdício das verbas públicas, sua regular aplicação aos fins para os quais foram orçadas ou mesmo sua desnecessária vinculação

⁶ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. Teoria e prática. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 93-94.

a áreas não prioritárias do ponto de vista da efetivação dos direitos fundamentais.

Sobre a utilização da cláusula da reserva do possível perante os direitos fundamentais, posicionou-se o Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental:

(...) não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência (...) a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, não poderá ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁷

Assim, apesar das divergências doutrinárias e também jurisprudenciais, a efetividade do âmbito de proteção do direito à saúde, norma constitucionalmente prevista, será garantida pela consideração da natureza prestacional desse direito e da compatibilização entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Como já referido, na condição de prestacional, o direito fundamental à saúde exige uma atuação positiva e ativa por parte do Estado. O alto significado social e o valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo poder público ante a omissão na implementação e efetivação de políticas públicas eficientes e responsáveis, sob pena de grave e injusta frustração de um compromisso constitucional que visa a preservação, em favor da população, de condições mínimas de existência.

Analisando a questão já se pronunciou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, utilizando a doutrina jurídica alemã:

⁷ ADPF 45/DF. Relator Ministro Celso de Melo. *Informativo* n. 345/2004. Disponível em: www.stf.jus.br.

(...) Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar a expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Ubermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).⁸

Ademais, o devido cumprimento da norma constitucional que determina a efetivação e garantia ao direito fundamental à saúde nada mais faz do que respeitar a força normativa da Constituição, expressada por Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida.⁹

Condicionar a efetivação do direito à saúde, pura e simplesmente, à cláusula da reserva do possível, sem a efetiva comprovação da indisponibilidade, total ou parcial, dos recursos, do não desperdício e da devida aplicação daqueles disponíveis, revela-se como permissão à construção de uma intransponível barreira que impeça a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles compreendidos pela teoria do mínimo existencial, extremamente necessários à digna existência do ser humano.

3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

À luz dos dispositivos constitucionais que versam sobre o direito fundamental à saúde, de caráter social, foi assumido pelo Estado brasileiro, no momento constituinte, o compromisso de realizar a saúde, garantidos os direitos à dignidade humana e à própria vida de seus cidadãos.

⁸ AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 – PE. Disponível em: www.stf.jus.br.

⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 19.

A amplitude constitucional reservada aos direitos sociais, imensurável conquista do povo brasileiro inserida no texto da “Constituição Cidadã”, tem por escopo garantir à população o respeito a direitos básicos, que viabilizem a dignidade de sua existência.

Nesta ótica, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso impede que as conquistas já alcançadas pelos cidadãos e pela própria sociedade sejam desconstituídas pela atuação do Estado, seja ela administrativa ou legislativa.

No processo de concretização dos direitos sociais, de natureza prestacional, o retrocesso é traduzido como verdadeira dimensão negativa, impedindo que os níveis dessas prerrogativas, já atingidos, solidificados e materializados, venham a ser reduzidos ou mesmo suprimidos, exceto em hipóteses extraordinárias, em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

A esse respeito, lapidar é a lição de J. J. Gomes Canotilho:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e 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 institucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de emprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.¹⁰

Por conseguinte, em sendo o direito à saúde um direito social, com amplitude já disposta pela própria lei fundamental do Estado

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

brasileiro, não se poderia retroceder na tutela e promoção de sua realização, mediante justificativas governamentais que não versem sobre questões excepcionais, sob pena de reversibilidade de direitos já constitucionalmente consagrados, em límpida violação aos princípios da vedação do retrocesso e da própria segurança jurídica.

4. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA REALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A inafastabilidade da tutela jurisdicional é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Neste diapasão, as decisões do Poder Judiciário relativas à “judicialização da saúde” apresentam-se como meio de tutela ao interesse do cidadão e instrumento de coerção ao Poder Público, na garantia do direito à saúde.

É cediço que entre os direitos sociais, a saúde, na condição de direito fundamental, tem a finalidade de permitir aos indivíduos além da sobrevivência, a inserção na sociedade, por meio de uma vida adjetivada pelo caráter da dignidade. Para sua efetivação, tal direito necessita de atuação conjunta de todos os órgãos estatais, envolvendo harmonicamente os poderes, gerando uma nova visão do princípio da separação dos poderes, inserto no artigo 2º, da “Magna Carta” do Estado brasileiro.

Apesar das regulamentações feitas pelo Poder Legislativo e das políticas públicas levadas a efeito pelo Poder Executivo, em reiteradas oportunidades, cabe ao Poder Judiciário garantir, por meio de decisões proferidas em ações judiciais, que determinadas pessoas recebam os medicamentos, tratamentos ou outros meios necessários para se manterem vivas ou evitarem o agravamento de suas enfermidades, garantindo-lhes a efetivação da dignidade de suas vidas.

Ante a incompleta concretização do direito à saúde pelos demais poderes, tal intervenção do Judiciário manifesta-se como legítima, não implicando em violação ao princípio da tripartição dos poderes. Ao revés, contribui de forma eficaz para que a atuação do Estado, por

meio de todos os seus poderes, seja harmônica e garanta a efetividade do direito à saúde dos cidadãos.

Ademais, as demandas judiciais não seriam necessárias caso as políticas públicas conseguissem suprir de forma adequada as necessidades da população, fornecendo-lhe os serviços de saúde necessários à garantia do mínimo existencial. Portanto, afigura-se indiscutível o caráter material do direito fundamental à saúde e sua viabilidade por meio da tutela jurisdicional, sem ofensa ao princípio da separação dos poderes.

De outro norte, a solidariedade passiva dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) resta evidente na leitura e interpretação do *caput* e §1º, do artigo 198, da Constituição Federal, quando dispõe que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” e que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da “seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Nos termos do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, os cuidados com a saúde são expressos como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito da legislação ordinária, a Lei n. 8.080, de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, estabelece em seu artigo 4º, que “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

O fato de o SUS ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros e orçamentários dos entes da federação tem por objetivo aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforçando a obrigação solidária existente entre eles.

Tal solidariedade passiva implica na possibilidade do cidadão, credor da prestação do Estado ligada à efetivação do direito à saúde, exigi-la de qualquer um dos entes federados, não havendo de se falar em quinhão distinto na responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no fornecimento gratuito de medicamentos ou tratamentos médicos. Esta orientação já foi exposta em

lapidares arestos do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do Agravo Regimental na suspensão de liminar n. 47/PE e do Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada n. 175/CE, ambos relatados pelo então presidente Ministro Gilmar Mendes, em 17.03.2010.

A doutrina pátria, sob o escólio de Kildare Gonçalves Carvalho, também se manifesta favorável ao posicionamento versado:

A Constituição prevê um regime de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, que devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde da população. Cada uma dessas esferas de governo, que deve agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem a sua competência administrativa estabelecida na Lei n. 8.080/90.¹¹

Apesar das críticas a esse posicionamento, elaboradas, sobretudo, pelos pequenos Municípios, sob a justificativa de que, às vezes, são demandados e compelidos a responderem isoladamente por medicamentos e tratamentos de alto custo, que de acordo com a divisão administrativa de atribuições do SUS seriam de competência da União ou Estados-Membros, resta nítido que uma divisão administrativa de atribuições não pode se contrapor aos ditames constitucionais e legais que versam sobre a solidariedade dos entes federados, na matéria inerente à prestação da saúde.

Assevere-se que o ideal seria a criação de um fundo de compensação financeira entre os integrantes do Sistema Único de Saúde, de modo que o Município ou ente público diverso que tenha suportado o ônus financeiro ligado à atribuição administrativa de outro, viesse a ser ressarcido por quem, indevidamente, restou beneficiado com a omissão. Entretanto, tal proposta cabe à análise discricionária da Administração Pública, responsável pela gestão administrativa do sistema.

Desta forma, os dispositivos constitucionais e legais acima versados deixam claro que, para além do direito à saúde, social e fundamental à digna existência do cidadão, há o dever, também fundamental, de prestação e efetivação da saúde, por parte de todos os entes federados, de forma solidária.

¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1.168.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o direito à saúde passa a ser devidamente reconhecido como fundamental de segunda geração e social prestacional, necessitando de atuação positiva do Estado para sua garantia e efetivação.

Não obstante as divergências jurídicas quanto ao efetivo âmbito de proteção do direito à saúde e à colisão entre a teoria do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, a necessidade de sua compatibilização leva à conclusão de que no âmbito da garantia dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles inerentes ao mínimo existencial, no qual a saúde se encontra inserida, as dificuldades econômicas e orçamentárias não podem prevalecer sobre o princípio social, à exceção de casos de calamidades públicas devidamente comprovadas. Interpretação contrária violaria ainda o princípio da proibição do retrocesso, o qual impede que uma conquista social, constitucionalmente já alcançada e materializada, seja desconstituída por atos ou omissões governamentais.

As manifestações do Poder Judiciário nas demandas inerentes à “judicialização da saúde” apresentam-se como legítimas, de forma a fomentar a realização desse direito pelo Estado, realçando e não restringindo o princípio da tripartição dos poderes, perante o qual o Executivo, Legislativo e Judiciário devem ser independentes, mas também harmônicos para realização das prestações estatais, sobretudo daquelas constitucionalmente impostas.

As normas constitucionais e legais que estabelecem a divisão de competências administrativas e a organização do Sistema Único de Saúde instituem uma responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que se refere às prestações inerentes à efetivação e garantia da saúde, independente das distribuições de tarefas administrativamente definidas pelos entes federados. A descentralização do SUS tem por objetivo real o aumento da qualidade e do acesso aos serviços, por parte dos cidadãos.

A mesma Constituição que consagrou o direito à saúde como norma fundamental, também dispôs em destaque a garantia ao direito

à vida e à existência digna da pessoa humana, vedando, inclusive, a aplicação da pena de morte, consoante o disposto em seu artigo 5º, inciso XLVII, aliena “a”.

A denegação dos serviços de saúde, essenciais à dignidade e à vida do ser humano, além de afrontar normas constitucionalmente dispostas, acaba, por muitas vezes, em equipar tal ato ou omissão à aplicação de uma pena de morte ao cidadão, cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o necessário tratamento médico ou o acesso à medicação pertinente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

ASSIS, Arakem de (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

ASSUNÇÃO, Maria Luíza Santana. *O direito ao mínimo existencial*. Disponível em: <http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/comunitas/article/.../207>. Acesso em: 2 maio 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da união, estados e municípios. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.11 (2007). Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: jul. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (05.10.1988).

BRASIL. *Lei n.8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *DOU* 20.09.1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem (1948).

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JURISPRUDÊNCIA no portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 maio 2011.

OMS, Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: dez. 2010.

ORDACGV, André da Silva. *A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br>. Acesso em: 4 maio 2011

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. Teoria e prática. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Flávio José dos. A atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde e a reserva do possível: colisão com direitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18627>>. Acesso em: 3 maio 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. São Paulo – Recife – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.