



4

OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E SEU CONTROLE PELA VIA JURISDICIONAL.

OMISSION OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE EFFECTIVENESS OF THE PROVISION OF PUBLIC HEALTH AND ITS CONTROL VIA THE COURTS.

Cristina Viana

Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Paraná.

Tailaine Cristina Costa

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Paraná.

RESUMO

O presente ensaio tem como escopo analisar as omissões da Administração Pública no que se refere à efetividade do Direito Fundamental à Saúde. Para tanto, cuida-se, inicialmente de fazer uma breve análise dos Direitos Fundamentais Sociais, calcado em uma defesa de sua aplicabilidade imediata. Por conseguinte, trata-se de discorrer sobre a função do serviço social como modo de concretizar o direito saúde. A terceira parte do trabalho é dedicada ao estudo da função hodierna do Poder Judiciário, para nas conclusões analisar como se dá o controle judicial na omissão por parte da Administração na prestação de Serviço Público.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão administração pública; Efetividade direitos sociais; Controle judicial.

ABSTRACT

This essay will analyze the omissions of Public Administration with regard to the effectiveness of the Fundamental Right to Health. To do so, initially makes a brief analysis of the Fundamental Social Rights, trampled on a defense of its immediate applicability. Therefore, it is discuss the role of social work as a way to achieve the right health. The third part of the work is devoted to the study of present-day function of the Judiciary to the findings analyze how is the judicial control on the failure of the Administration in providing public service.

KEY- WORDS: *Omissions public administration; Effectiveness social rights; Judicial control.*

SUMÁRIO

Introdução; 1. Direitos fundamentais; 1.1. Direitos fundamentais: conceitos preliminares; 1.2 direitos fundamentais sociais e sua aplicabilidade imediata; 2. A efetividade do direito fundamental à saúde através da prestação de serviço público; 2.1. A compreensão de direito à saúde; 2.2 O serviço público e sua função de concretização do direito fundamental à saúde; 3. Controle judicial da inefetividade na prestação de serviço à saúde; 3.1. Função jurisdicional; 3.2 Controle judicial de serviço público e o posicionamento da jurisprudência; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, na função precípua de gerir os interesses coletivos e mediar os conflitos destes, se consubstancia como instituição fundamental no ordenamento das atividades sociais e econômicas, não havendo, destarte, atualmente, parte da sociedade civil que não passe por sua ingerência. O Direito Administrativo, portanto, não flutua¹ em um

¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.7.

espaço vazio, mas, pelo contrário, tem relação direta com o quadro social, político e econômico do país.

Ao Estado é incumbido o dever de efetivar os postulados elencados na Constituição Federal, em especial os Direitos Fundamentais Sociais; atuando como ator imprescindível na promoção de condições de existência digna para todos os setores sociais².

Destarte, é competência primordial do Estado, a prestação dos serviços essenciais à promoção da dignidade da pessoa humana, principalmente àqueles que correspondem ao mínimo existencial, incluindo-se nesse rol, o direito fundamental à saúde. Nessa perspectiva, a omissão da Administração Pública frente a um desses direitos que compõem o rol de garantias do mínimo existencial se constitui como um verdadeiro descumprimento³⁴ do ordenamento constitucional, ensejando a atuação do poder judiciário de modo a efetivar o direito lesado. No presente trabalho, delimitar-se-á a pesquisa nas omissões estatais em referência a efetividade do direito fundamental a saúde, tema que merece por bem ser analisado.

Ciente de que a discussão acerca da omissão concernente à Administração é um assunto sobremaneira controverso, não resta a intenção de esgotar o tema, mas, tão somente oportunizar uma discussão sobre o mesmo.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Direitos fundamentais: conceitos preliminares

A promulgação da Constituição Federal, em 1988, de início a um novo processo governamental brasileiro, cujos nortes preconizam, sobretudo, a eficácia e efetividade das suas normas. Dentre essas normas, pode-se dizer que aquelas que correspondem aos direitos fundamentais, são consideradas as mais relevantes na consecução de um Estado verdadeiramente democrático de direito. Logo, a Constituição condiciona à existência dos aludidos direitos fundamentais, vez que “os direitos fundamentais somente poderão aspirar à

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**. Editora Fórum, ano 1, n.3,p 1-256, out-dez.2003. p.56

³ HACHEM, Daniel Wunder. A Responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que enseja violação à dignidade humana. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 8. N.34. p.59-71, out-dez.2008,p.59

⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A Responsabilidade civil ... Op. Cit. p.59

eficácia no âmbito de um autêntico Estado Constitucional”.⁵ Destarte, é através dos direitos fundamentais que a constituição deve ser compreendida, vez que justificam a criação e “desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder”.⁶

Os Direitos Fundamentais, em verdade, são direitos inerentes a qualquer indivíduo, sendo, essencialmente direitos do homem individual e livre e por assim dizer os direitos que esse homem tem frente ao Estado⁷ podendo, não somente exigir uma abstenção do ente estatal, mas, principalmente materialização através de prestações positivas estatais. Mas, cumpre observar que os ditos direitos fundamentais não podem ser considerados taxativos,⁸ admitindo a inclusão de outros direitos não incluídos de maneira expressa na Constituição, o que mostra as características formais e materiais dos direitos fundamentais.

Tendo tais questões clarificadas, igualmente relevante é traçar que os direitos fundamentais se apresentam como um gênero o qual comporta diversas espécies, tais como, direitos individuais, sociais, coletivos, ambientais e fraternidade. Advindo da proposta liberal, na primeira geração se encontram os direitos individuais, a segunda geração, por sua vez, se fez presente a partir do Estado social, abrigando os direitos sociais. Há ainda uma definição para terceira geração, os quais podem ser enquadrados os direitos ambientais e de fraternidade.⁹

Em que pese as distinções traçadas, urge salientar que as mesmas, consoante lição de Andreas KRELL são distintas unicamente quanto as suas características, ensejando os mesmos efeitos e possuindo o mesmo grau de importância. Assim, de acordo com Andreas KRELL “nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos da primeira e os da segunda geração é meramente gradual, mas não substancial”.¹⁰

Ocorre que os direitos sociais, ou, de segunda geração, para serem efetivados, demandam de uma atuação do Estado, de uma intervenção do mesmo, como maneira de garantir os direitos impostos na Constituição.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.59.

⁶ SCHIER, Paulo Ricardo Schier. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 13 de set de 2013.

⁷ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2006. p.170.

⁸ HESSE, Conrado. et all. **Manual de Derecho Constitucional**. presentación de Conrado Hesse ; edición, prolegomena y traducción de Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996. p.21.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p.562.

¹⁰ KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Brasília** a.36 n.144. out/dez. 1999,p.245.. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em 12 set 2013.

1.2 direitos fundamentais sociais e sua aplicabilidade imediata

Os direitos fundamentais sociais foram concebidos com vistas na “consecução de igualdade substancial, de forma a fortalecer a democracia social”.¹¹ Konrad HESSE secundado por Maria Paula Dallari BUCCI, no entanto, aduz um aspecto negativo com relação aos direitos sociais, vez que, em conformidade com seu pensamento, os direitos sociais não podem ser considerados direitos subjetivos, mas, sim, são direitos cuja efetivação é vinculada a uma atuação estatal.¹²

Nessa perspectiva, depreende-se que o Estado tem a finalidade precípua de atender o bem comum, e deste modo, promover a satisfação dos direitos fundamentais, garantindo a igualdade material dos indivíduos. A segunda geração de direito, isto é, direitos sociais, emergem como complementação aos direitos de liberdade. Assim sendo, de Estado mínimo, abstenísta, passa-se a um *dare, facere*, através de sua prestação positiva, que possibilite a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração.¹³

Como se vê, os direitos sociais demandam do Estado um dever-fazer. Entretanto, compulsando a própria Constituição é perceptível que as normas sociais impostas na cártula têm como peculiaridade uma eficácia limitada, ou seja, são consideradas como normas efetivamente programáticas. É justamente aí que reside a controvérsia concernente aos direitos sociais.

Andreas KRELL já destacava a complexidade em se tratar dos direitos sociais, aduzindo a título introdutório em seu ensaio acerca da realização dos direitos fundamentais sociais que os direitos sociais têm causado grande discussão quando se toca a discorrer acerca de sua efetividade e eficácia, “inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização”.¹⁴

De fato, classicamente, os direitos sociais eram frequentemente questionados quanto a sua efetividade, vez que não coadunava com o sistema liberal. Entretanto, com o

¹¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos Direitos Fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário**. TD (Tese de Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da USP: Orientador: Kazuo Watanabe, São Paulo, 2009. , Capítulo I, seção 7

¹² HESSE, Konrad, apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.59.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Revista de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. v.7, nº7, 2010.

¹⁴ KRELL, Andreas J. Op. cit., p.239.

neoconstitucionalismo¹⁵, os direitos sociais carregam uma carga axiológica de verdadeiros direitos fundamentais, não se podendo subtrair a sua eficácia jurídica.

Tal posicionamento é encontrado em grande parte da doutrina contemporânea, que, enaltece os direitos sociais bem como salienta a sua imediata aplicabilidade. Américo Bedê FREIRE JUNIOR, por exemplo, ressalta que não devem somente ser garantidos os direitos de primeira geração, mas igualmente “todas as gerações de direito devem ser protegidas pelo princípio da separação de poderes”.¹⁶

Assim sendo, as normas que definem direitos e garantias possuem aplicação imediata, englobando nessa aplicação todas as normas de direitos fundamentais, inclusive as que regulam direitos sociais, e não somente as que tratam dos direitos individuais dos cidadãos.

Nessa perspectiva, mostra-se insustentável uma interpretação de que os direitos sociais não apresentam eficácia plena e imediata, uma vez que a dignidade da pessoa humana somente se promover de maneira plena com a afirmação e materialização dos direitos sociais¹⁷. Os direitos fundamentais são, se assim se pode dizer, direitos-meios, ou seja, são direitos que possuem como função precípua possibilitar condições ao gozo dos direitos de primeira geração.¹⁸

Destarte, no Estado hodierno, os direitos ditos fundamentais se mostram em completa dependência a direta prestação de determinados serviços públicos e assim sendo a doutrina moderna é enfática ao afirmar que os direitos fundamentais possuem a mesma carga de obrigação, tendo portanto um caráter perceptivo e não programático dessas normas, assim os

¹⁵ No Brasil, as mudanças paradigmáticas ocorridas no sistema jurídico tiveram como marco maior a Promulgação da Constituição Federal de 1988. No entanto, grande parte da doutrina assevera que após a sua promulgação houve um período nebuloso no direito nacional até que as ideologias impostas na Constituição iniciarem a repercutirem efeitos. Após esse momento de “escuridão”, fala-se em um “neoconstitucionalismo, ou seja, um novo momento da dogmática e pensamento constitucionais que, conquanto não uniforme, compila determinados avanços da teoria constitucional. Nesse sentido ver: SCHIER, Paulo Ricardo Schier. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 13 de set de 2013. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, nº 240, p. 83-103, 2005. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 12 set 2012.

¹⁶ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.67.

¹⁷ SOARES, Ricardo Mauricio Freire. A releitura da teoria normativa jusfundamental: um caminho para o direito justo. **Revistas Bonijuris**, Ano XXIII, nº577, dezembro 2011,p.8.

¹⁸ BUCCI, Maria Paula. **Políticas públicas, reflexões sobre o conceito**. São Paulo: Saraiva, 2006,p.3.

direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei.¹⁹

Pelo exposto, pode-se depreender que os direitos sociais e individuais são considerados normas de aplicabilidade imediata, e, especialmente no que se refere aos direitos sociais, esses demandam de uma atuação do poder estatal para que se vejam cumpridos. Contudo, é perceptível que há casos nos quais a administração é inerte ou omissa na inserção de políticas públicas.

Neste momento, o poder judiciário surge com a possibilidade de fazer efetivar os direitos sociais, impostos na Constituição, posto que atua como guardião da Constituição. Seu papel, hodiernamente, é distinto daquele momento positivista. Entretanto, para que possa ser compreendido nitidamente a relevância do poder judiciário e a sua condição com um poder igual aos demais, é mister, discorrer acerca da prestação dos serviços públicos primeiramente.

2. A efetividade do direito fundamental à saúde através da prestação de serviço público

2.1. A compreensão de direito à saúde

Pode-se afirmar que o direito fundamental mais resguardado pelo ordenamento jurídico é a vida, assim, um dos direitos intrínsecos àquele é o direito à saúde, ainda mais quando se vislumbra que a vida assegurada pelo texto constitucional é a vida digna.

Todavia, ao mencionar o termo saúde o ordenamento constitucional não delimita quais seriam suas extensões, o que é compreensível, em virtude da redação programática que possui a Constituição Federal, tratamento empregado a outros termos também. Por sua vez, conforme ressalta Saulo Lindofer PIVETA, em sua dissertação de mestrado, o baixo nível de densidade normativa pertinente ao conteúdo do direito à saúde não pode ser confundido com nível irrisório de vinculação jurídica, afinal, sua condição de princípio já é capaz de assegurar adequabilidade na sua concretização.²⁰

¹⁹ KRELL, Andreas J. Op. cit., p.243.

²⁰ PIVETA, Saulo Lindofer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial.** Curitiba, 2013.270 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 51.

Assim, a doutrina e em certa medida a jurisprudência têm entendido o direito à saúde como bifacetado, de um lado a preservação da saúde e de outro sua proteção e recuperação.²¹ Não obstante, não é possível confundir direito à saúde com direito a ser saudável. Nas palavras de Fernando Borges MÂNICA, o direito fundamental à saúde deve ser compreendido como direito de proteção à saúde. A partir desta delimitação, o autor ressalta que o direito à saúde envolve o “direito individual de não sofrer violação por parte de terceiros” e “o direito social de obter ações e serviços voltados à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde”.²²

Partindo-se da lei federal n.º 8.080/1990 estendem-se ainda mais os fatores determinantes e condicionantes para uma saúde de qualidade. Referido dispositivo legal traz elementos que integram a vida do sujeito e que de maneira direta ou indireta podem afetar o bem estar, físico, psíquico ou social, do indivíduo, tais como moradia, trabalho, saneamento, meio ambiente, educação, entre outros.²³

O direito à saúde no texto constitucional, conforme ressalta Fernando Borges MÂNICA, é pensado para se concretizar por meio dos “princípios da universalidade e da igualdade de acesso, integralidade de atendimento, descentralização administrativa, complementaridade da prestação privada e participação da comunidade”.²⁴ Esta construção, nas palavras de referido autor, marca a mudança de paradigma, acompanhando as alterações da teoria dos direitos fundamentais, no sentido de se entender as atribuições do Estado constitucionalmente previstas não como programáticas, mas sim enquanto normas de eficácia plena.²⁵

O direito à saúde tem previsão tanto na Constituição Federal quanto em lei infraconstitucionais, fato que lhe concede dupla classificação, sendo um direito fundamental originário e, concomitantemente, um direito fundamental derivado.²⁶ O Sistema Único de Saúde, em que pese suas deficiências estruturais tem demonstrado a tentativa de melhoria de

²¹ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. n.1. Curitiba: 2010. p. 53-92.

²² MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 1, p. 21-34, jul./dez. 2011. p. 26

²³ LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 25-46, jul./set. 2006.

²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Saúde:... Op. Cit. p. 24.

²⁵ MÂNICA, Fernando Borges. Saúde:...Op. Cit. p. 24

²⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: ...Op. Cit. p. 26

qualidade. O tema que envolve saúde é demasiadamente extenso e bastante sensível, afinal, os efeitos são, em grande maioria, imediatos e palpáveis.

A própria Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu 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”. Desta forma, estabeleceu sua extensão e a responsabilidade pela prestação de referido direito fundamental.

Indissociado do direito à saúde e dentre os princípios basilares da Constituição Federal está o da dignidade da pessoa humana, nesse contexto, o mínimo existencial seria o núcleo rígido de referido princípio. O mínimo existencial, por sua vez, é “composto essencialmente por um conjunto de direitos sociais de cunho prestacional suficientes não apenas para assegurar a existência humana, mas, para além disso, uma vida com dignidade”.²⁷

O primeiro momento da dignidade da pessoa humana é composto pela saúde e pela educação, direitos basilares para que o indivíduo desenvolva sua dignidade de maneira autônoma. Entendendo-se que as prestações relativas à saúde, ao menos no que integra o mínimo existencial, refere-se apenas à saúde básica.²⁸

Por outro lado, o direito à saúde pode ser considerado um direito fundamental de segunda geração, devido a sua amplitude e abrangência. Todavia, não se pode perder de vista o viés individual, afinal é um direito de titularidade “tanto individual quanto coletiva e mesmo difusa, não se podendo, pelo menos não de forma generalizada”.²⁹ Todos os direitos sociais que os cidadãos não conseguem concretizar por seus próprios recursos necessitam de uma intervenção direta do Estado, sendo ele quem cria condições de acessibilidade. Em cada caso particular, considerando a natureza do direito e a realidade do sujeito, existem direitos que sem a atuação estatal o indivíduo não conseguiria sua prestação; por sua vez, estes direitos são justamente aqueles que precisam de recursos financeiros para a realização da tutela por parte do Estado, fato que acaba sendo limitado de acordo com a disponibilidade de recursos financeiros.³⁰

²⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado... Op. Cit.. p. 62.

²⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado...Op. Cit. p. 63.

²⁹ SARLET. Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 199, p. 13-40, set. 2011. p. 30.

³⁰ PIVETA, Saulo Lindofer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. Curitiba, 2013.270 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 53-54.

Ivan SARTORI, reportando-se ao voto do Min. Gilmar Mendes, "ponderou que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada".³¹

Quando diante de uma situação que viole o princípio da dignidade da pessoa humana, requer-se o tratamento, tanto social quanto jurídico, equivalente àquele que seria aplicado na hipótese de uma ação do Estado.³² Nesse sentido, "ainda que os direitos sociais sejam dotados de baixa densidade normativa, em razão da forma como foram consagrados pelo legislador constituinte, eles encontram-se aptos à produção de efeitos jurídicos, ainda que em um patamar mínimo".³³ O dever de prestação em relação ao mínimo existencial decorre do próprio texto constitucional, assim, "a omissão da Administração frente à garantia dos direitos que compõem o mínimo existencial constitui descumprimento de um dever constitucional de agir, ensejando a obrigação estatal de indenizar o cidadão que sofrer danos decorrentes da omissão administrativa".³⁴

O elemento econômico-financeiro permeia a concretização de todos os direitos fundamentais. Com o direito à saúde não é diferente. Para o não cumprimento do dever de prestar atendimento eficaz à saúde, por vezes o Estado se utiliza da questão econômica, fundamentando a falta de recursos financeiros para suprir a referida demanda. Esta escusa geralmente é fundamentada com base na reserva do possível. Assim, qualquer demanda, independentemente da sua gravidade, é passível de esbarrar na famigerada reserva do possível.

Caminhando a pari passu com a concretização do direito à saúde encontram-se como agentes propulsores de sua concretização o mínimo existencial, o direito a uma vida digna e o dever do Estado em suprir estas necessidades, ao seu turno, como agente limitador encontra-se a reserva do possível, os entraves econômicos e financeiros, os planos orçamentários e a alocação de recursos.

2.2. O serviço público e sua função de concretização do direito fundamental à saúde

³¹ SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Responsabilidade do Estado... Op. Cit. p. 875

³² HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado ... Op. Cit. p. 62

³³ PIVETA, Saulo Lindofer. **Direito fundamental à saúde:** ... Op. Cit. p. 54.

³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit. p. 67

Prefacialmente, mostra-se oportuno assinalar que o conceito de serviço público, em que pese já estar inserido nos diplomas e doutrinas jurídicas de maneira consolidada, ainda se apresenta deveras controverso, uma vez que depende, necessariamente, da concepção ideológicas, políticas e mesmo pessoais, que cada autor possui do mesmo.

Assim sendo, por exemplo, para o argentino Juan Carlos CASSAGNE, o conceito de serviço público se mostra muito restrito, haja vista que para o autor, o instituto se delinea como prestação individualizada de atividades tendentes a satisfazer necessidades primordiais e diretas dos habitantes cuja titularidade o Estado assume como próprias.³⁵

No Brasil, a definição mais aceita do aventado instituto sem sombras de dúvidas é aquela elaborada por Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, onde o serviço público se conceitua como toda atividade de oferecimento ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público.³⁶

Dinorá Adelaide Musetti GROTTI ressalta que:

o elemento determinante para a definição de uma atividade como serviço público vai ser o que Villar Palasé chamou *publicatio*, ato de *publicatio*, a atribuição de sua titularidade à Administração e a exclusão de seu desenvolvimento pelos particulares sem prévia concessão outorgada a seu favor pela Administração que, em todo caso, continuará sendo a titular da atividade uma vez que produziu sua *publicatio*.³⁷

De todo modo, nada obstante as diversas posições acerca de sua conceituação, quer seja em visões amplas ou restritas, a noção nuclear de serviço público é aquela que salienta a satisfação de um interesse comum, de uma necessidade da coletividade, e como tal deve ser encarada.

Sua base, portanto, é constitucional, podendo ser elucidada como verdadeiro instrumento de integração do Estado com o indivíduo, transcendendo, portanto, as idéias de autoridade e liberdade, se consubstanciando como a expressão mais acentuada do bem comum.³⁸

³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 5ª ed., Tomo II. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1996.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso. In **Curso de direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 423.

³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25.

³⁸ MEDAUAR, Odete. **Serviço Público**, Revista de Direito Administrativo, Editora Renovar, nº 189, julho/setembro 1992, p. 117.

Considerando a essencialidade da prestação do serviço, o mesmo, foi distinguido em atividades essenciais e aquelas passíveis de delegação através da classificação dos serviços públicos em próprios e impróprios³⁹ Hely Lopes MEIRELLES leciona que os primeiros correspondem àqueles prestados diretamente pelo Estado, usando o poder de império sobre os cidadãos. Sua característica é a essencialidade para a comunidade, que só a Administração deve prestar, sem delegação a terceiros.

São serviços que são considerados de utilidade pública, porquanto satisfazem necessidades e conveniências dos cidadãos e podem ser prestados pelo próprio Estado ou por delegação a terceiros, mediante concessões, permissões ou autorizações.

De qualquer modo, inobstante a característica do serviço, imperioso assinalar que a adequação do serviço constitui um conceito jurídico haja vista que todo serviço público deve ser prestado adequadamente, o que na tradição da doutrina se traduz em generalidade, uniformidade, continuidade e regularidade.⁴⁰

O regime jurídico administrativo é a base do sistema jurídico, dos princípios e normas de direito administrativo, produz o sentido e racionalidade do sistema. Esta racionalidade está fulcrada na legalidade, é uma racionalidade formal. Afinal, “apenas poderia ser serviço público, portanto, o que a *lei* dissesse sê-lo”.⁴¹

Por óbvio que a necessidade de previsão legal não limita a atividade do Estado:

A atividade como pública, pela Constituição ou por lei, não encerra à Administração Pública o *domínio* e a liberdade sobre o destino do serviço. A liberdade que se assegura é a do cidadão, não a do Estado. Exige-se lei – Constituição ou lei formal – para identificar a *titularidade* do serviço ao Estado, mas ele não se torna *proprietário* da tarefa que por ser pública lhe impõe o esmerado exercício.⁴²

Fernando Borges MÂNICA ressalta que a definição de serviços públicos depende dos limites constitucionais, não podendo afirmar que eles se auto definem.⁴³ No caso da saúde, a própria constituição a define como um serviço público. Isso decorre da construção histórica e da efetivação do direito à saúde como universal, o que incumbiu ao Estado o dever

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 127. 123.

⁴¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 104.

⁴² *Ibidem*. p. 106.

⁴³ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 116.

de sua concretização.⁴⁴ A maioria dos direitos perpassam o direito à saúde, sem ela a dignidade da pessoa humana não se realiza.

Assim, o serviço público de saúde é indispensável, não é possível privar o cidadão deste direito transferindo para o setor privado a responsabilidade por prestar tais atendimentos. De fato, não é possível deixar de considerar a questão dos recursos, porém, o Estado não pode escapar das escolhas trágicas, sob risco de ser intransigente, ineficiente e omissos.

3. Controle judicial da inefetividade na prestação de serviço à saúde

3.1. Função jurisdicional

Tradicionalmente, a atuação do poder judiciário, inobstante estar compreendida como um dos ‘três poderes’, restava, tão somente na mera aplicação da lei. Ao exegeta jurídico era incumbido, no âmbito positivista, o dever de aplicar o que a lei exprimia, esta, fruto dos trabalhos dos legisladores. Entretanto, com a transformação do Estado Liberal ao social, o apagado poder judiciário, passou a ser demandado, e, de poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei", como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo”.⁴⁵

Destarte, com a mudança paradigmática ocorrida no seio da ordem brasileira, em virtude da promulgação da Constituição de 1988, a função da seara jurisdicional sofreu transformações e passou a compor um papel essencial no novo molde, cujos preceitos preconiza pela força normativa da Constituição, com alta valorização dos princípios entre outras peculiaridades.

A partir da visualização do princípio como norma fundamental e condicionante de todo o ordenamento, foi-se necessário realizar um novo molde de interpretação, posto que àquele sistema ordinário de interpretação não coadunava com os moldes principiológicos. Neste ínterim, ao jurista, é demandado um juízo de valor, de ponderação no seu atuar, o qual

⁴⁴ *Ibidem.* p. 42.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

deixa de ser mero instrumento da aplicação da lei, para se tornar o próprio ‘guardião da Constituição’.

Tal concepção já fora vislumbrada pelo jurista Miguel REALE, o qual salientou a ampliação de atuação jurisdicional em virtude de seu papel de conservador dos preceitos constitucionais. Veja-se.

Ora, o papel do Judiciário, que as constituições liberais enaltecem como órgão de imparcial aplicação da lei, ampliou-se cada vez mais graças à compreensão de que, se o modelo constitucional assinala os horizontes da legitimidade normativa, cabe ao seu guardião, mediante acesso direto à Constituição, não só zelar pela aplicação da lei, mas também verificar se ela foi elaborada com obediência aos mandamentos constitucionais, sob pena de mal servir à sociedade.⁴⁶

Outro não é o entendimento do doutrinador Mauro CAPPELLETTI.

Refletindo as características da norma constitucional, para cuja atuação concreta ela deve velar, a justiça constitucional, através de uma interpretação acentuadamente discricionária (mas nem por isso arbitrária), se faz de jurisdição de equidade constitucional, confiada a um órgão soberano, composto de juízes independentes e imparciais, voltados para a humanização daquele Absoluto, para concretização daqueles supremos valores que, encerrados e cristalizados nas formulas das constituições, seriam fria e estática irrealidade. A justiça constitucional expressa, em síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das “Leis Fundamentais”.⁴⁷

Neste ínterim, Américo Bedê FREIRE JUNIOR, assevera que já se encontra passado o tempo de “um novo perfil da atuação do poder judiciário, permitindo a efetivação dos direitos fundamentais”.⁴⁸

Percebe-se, deste modo, que somente se pode falar na completude do sistema normativo, através de uma nova atuação dos interpretes, especialmente os juízes,⁴⁹ cabendo, ao magistrado um papel fundamental na persecução pela efetivação dos postulados fundamentais, impedindo, desta forma, qualquer ação ou mesmo omissão que sejam contrárias ao texto constitucional.

O exegeta constitucional, portanto, exsurge como um guardião de uma visão proporcional aos elementos que constituem a Constituição. Essa proporcionalidade não pode

⁴⁶ REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.49.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992. p.130-131.

⁴⁸ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.41.

⁴⁹ *Ibidem*. p.43.

ser compreendida apenas como meio-fim, mas sim, como obrigação de sacrifício do mínimo a fim de se preservar os máximos de direitos.⁵⁰

Destarte, a soberania popular se apresenta como um corolário da ideia de igualdade, este que deve ser perseguido pelo Estado. Sendo assim, quando o judiciário atua a declarar a inconstitucionalidade de uma lei, está agindo em conformidade com a legitimidade majoritária. Entretanto, ademais de ser aplicada a regra majoritária, deve, ainda, ser respeitado os direitos fundamentais, esse corolário máximo da Constituição.

É indubitável, nesse sentido, que a função jurisdicional possui uma atrelada ligação com o direito de acesso a justiça, vez que, através do poder judiciário é que se possibilita ao cidadão buscar os seus direitos. Nesse sentido, através do acesso a justiça, se percebe o quão importante é o papel do poder judiciário no Estado Constitucional hodierno, que atua, como ponte entre o Estado e cidadão. Tal concepção foi exposta por Mauro CAPPELLETTI⁵¹ o qual leciona que “O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental- o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

De todo modo, para que se possam ser atingidas essas finalidades o Estado deve que atuar de maneira efetiva com o escopo de poder proporcionar essas garantias. Essa pode ser considerada a transformação do Estado Social ao Estado Democrático de Direito.⁵²

Para a persecução desses objetivos, se faz necessário a promoção de metas que delimitem funções específicas para obtenção de finalidades determinadas pela Constituição. “Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais”.⁵³

Em que pese as críticas e possibilidades negativas do atuar judiciário, a tendência de pressupor uma legitimidade na ação jurisdicional também existe. Cabe deste modo de esboçar algumas razões que fundamentam a legitimidade da atuação do poder judiciário no resguardo e efetivação dos direitos fundamentais. São eles, o fato de o poder judiciário ter sido criado pela Constituição e tendo então uma relação harmônica com os outros poderes, os órgãos da

⁵⁰ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos da exegese constitucional. In: **Direito Constitucional estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.246.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Frabris Editor, 1988, p.12.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p.10.

⁵³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Op. Cit.

cúpula do judiciário são formados pelas escolhas dos outros dois poderes, o magistrado possui prerrogativas que lhe proporcionam certa independência, a atividade jurisdicional se realiza sob o fundamento de uma norma jurídica, a decisão judicial não vincula uma ideia única, vez que passou por tribunais, o processo judicial se mostra mais participativo que os outros, já que há asseguarção do devido processo legal, as minorias terão como reivindicar direitos por meio da tutela jurisdicional.⁵⁴

Por outro lado, necessário anotar que o poder judiciário não possui uma ampla liberdade, sendo que sua atuação somente se fará até o limite da dignidade humana, especificadamente no que se denomina mínimo existencial. Em síntese, então, existe um direito subjetivo de se exigir a materialização de um determinado direito fundamental social pelo poder judiciário.⁵⁵

Percebe-se, deste modo, que a atuação do poder judiciário de maneira atuante na efetivação das garantias fundamentais se apresenta como necessário para a sociedade brasileira atual, ao menos “em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia”.⁵⁶

Como se já vislumbrou, ao magistrado é incumbido o papel de fiscalizar e fazer efetivar as garantias fundamentais preceituadas na Constituição. Sendo assim, a sua legitimidade para atuação no controle de políticas públicas decorre da própria Constituição, posto que ao juiz que cabe materializar os postulados da cártula.⁵⁷

Destarte, para uma correta aplicação do neoconstitucionalismo não há como empregar todo um poder e controle ao poder judiciário, mas sim, faz-se essencial equilibrar essa equação, atraindo igualmente a atuação dos poderes legislativos e executivos em igual importância ao judiciário.⁵⁸

As formas de controle dos poderes públicos, foram ganhando, gradativamente, novos emolduramentos, mediante um anseio da sociedade em não somente vislumbrar o controle de constitucionalidade das leis, mas, igualmente a compreensão de que se faz primordial a verificação das políticas realizadas pela administração.⁵⁹

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.231.

⁵⁵ *Ibidem*. p.234.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p.25.

⁵⁷ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *Op. cit.*, p.60.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p.27.

⁵⁹ SOUZA DE, Ivo; MOURA, Pedro, COURA, Alexandre de Castro. Controle judicial de políticas públicas. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>.> Acessado em 10 set. 2013 sine data. p.4053

Ao modificar os atos administrativos praticados, os magistrados alteram igualmente o seu conteúdo, por meio de uma “atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição”.⁶⁰

Há, portanto, uma necessidade do poder judiciário intervir diretamente na esfera social quando os outros poderes forem omissos ou inertes, o que, somente se mostra factível mediante uma nova visualização da atuação jurisdicional no Estado Democrático de Direito.⁶¹

Depreende-se assim, com o exposto, que a função do poder judiciário no estado democrático de direito hodierno, se apresenta fundamental para a efetiva realização dos direitos fundamentais expostos na Constituição federal e que são o cerne de todo o ordenamento jurídico.

3.2 Controle judicial de serviço público e o posicionamento da jurisprudência.

O controle judicial de serviço público se apresenta genericamente como um mecanismo regulatório da prestação de serviço público tratando-se, precipuamente, de um controle desconcentrado e indireto.⁶² O primeiro se refere à atribuição que se possibilita dos interessados postularem normas individuais com o fim de tutelar serviços públicos, já o segundo porquanto depende de uma prévia regulação legal ou contratual.

O referido sentido indireto ainda se desdobra em dois grupos, sendo que num primeiro momento, questiona-se a transferência de serviços públicos de competência originária do estado para iniciativa privada e no segundo grupo se encontra a fiscalização do desempenho dos prestadores de serviço público, quer sejam privados, quer sejam públicos.

Sabe-se, ademais, que as prestações de serviço público podem ser consideradas universais ou individuais. Para uma primeira corrente⁶³ somente na prestação dos serviços *uti singuli* seriam configuradas relações de consumo, ao passo que, nos serviços *uti universi*, as relações seriam de cidadania e restariam inaplicáveis as disposições do consumidor.

De outro modo, existem autores que discordam do referido entendimento aduzindo que nas conquistas de direitos sociais como saúde e educação, os usuários menos favorecidos

⁶⁰ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p.138.

⁶¹ KRELL, Andreas J. Op. cit., p.252.

⁶² AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. 1ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.255.

⁶³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito do Consumidor e Privatização. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 26.,p.2001,p.42.

economicamente estariam desamparados.⁶⁴ Diante disso, destaca-se que nenhum serviço público em verdade é gratuito, porquanto são custeados por meio de tributos e prestações alternativas.⁶⁵

Nessa senda, o usuário de serviço público possui mecanismos eficazes em sua tutela, a regulamentação do § 3º do art. 37 contribui acerca do tema, ao delinear o direito participação e reclamação e ao comportar a disciplina sobre prestação negligente ou inadequada dos serviços públicos, assim como não identificar os direitos dos usuários exclusivamente com os dos consumidores. Inserido nessa lógica, portanto, que avulta a possibilidade de um controle jurisdicional de serviço público.

Deste modo, percebe-se que ao se postular pela proteção do usuário de serviço público há em verdade uma luta pelo próprio direito público contemporâneo.⁶⁶ Desta forma, o grande princípio condicionante, exegese no presente caso, é o da Primazia da Defesa do Usuário de Serviço Público, haja vista que *“figura central das relações que o envolvem”*.⁶⁷

Mostra-se imperioso, portanto, a construção de uma teoria de amparo aos usuários de serviço público, que se baseie em um controle efetivo na busca da promoção da dignidade da pessoa humana, e tendo sempre em conta que todo cidadão, tem direito a gozar da prestação de serviços públicos.⁶⁸

Cumprido anotar que a liberdade dos indivíduos, não se restringe unicamente a liberdade comercial assim como a dimensão social não se circunscreve à competência do mercado.⁶⁹ Nessa idéia que exsurge a premente necessidade de um efetivo controle das prestações de serviço público de modo a ver estabelecido o Estado Constitucional, proclamado para todos, e gozados por alguns.

Inicialmente, oportuno observar que a prestação de serviços públicos se encontra tutelada pelo regime de defesa do consumidor, cujos dispositivos impõem ao poder público bem como às concessionárias a sujeição ao particular sistema de lograr sanções decorrentes de

⁶⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Proteção do Usuário de Serviços Públicos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Editora Revista dos Tribunais, n. 31, ano 8, abr/jun/2000, p. 130-131.

⁶⁵ Idem

⁶⁶ Conforme leciona Juarez FREITAS. Regime dos Serviços Públicos e Proteção dos Consumidores. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Editora Padma, vol. N. 06, abr/jun/2001p. 38.

⁶⁷ FREITAS, Juarez. **A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos e o Novo regime em Face da Emenda Constitucional nº 19/98**. ILC n. 53, julho/98, p. 622.

⁶⁸ VALLE, Vivian Lima Lopez. **Administração Pública Contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana**. Curitiba, 2004. 223 f. (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.171.

⁶⁹ MUÑOZ, Guillermo. Las transformaciones del Servicio Público. **Direito Global**, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999, p. 176.

condutas lesivas ao consumidor, instrumentalizando, ainda, o usuário de serviço público com ferramentas necessárias para operacionalização desses direitos.⁷⁰

Destarte, um dos maiores avanços na defesa dos interesses e direitos protegidos por essa lei, independentemente de autorização, proporciona a possibilidade de exigência em juízo de proteção ao consumidor. Nessa perspectiva não há dúvidas, que, através do uso dos mencionados dispositivos, existe uma completa possibilidade de ajuizamento de ações de modo a resguardar direitos lesados por meio do controle exercido pelo poder judiciário.

As finalidades estatais não são livres, porquanto são predeterminadas pela Constituição Federal. Todavia, os meios podem ser escolhidos pelos governantes dentro de “determinadas balizas que demarcam o território do sistema capitalista”.⁷¹

Sabe-se que o problema da ineficácia dos direitos fundamentais sociais não se dá em razão de falta de leis, mas, sim pela falta da prestação de um determinado serviço público.⁷² Nessa perspectiva que exsurge o questionamento do controle judicial de serviços públicos.

O que se apreende é que, atualmente, o sentido jurisprudencial e doutrinário tem preconizado por um controle judicial à garantia do chamado “mínimo existencial”. De acordo com Ana Paula de BARCELLOS, referido instituto se apresenta como um elemento do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, “O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia positiva ou simétrica”.⁷³

Ada PELLEGRINI elucida que é justamente nesse núcleo central, isto é, no mínimo existencial, que, verificando-se o seu descumprimento, admite-se a intervenção do poder judiciário com o fim de sanar os erros eventuais ou até mesmo elaborar novos rumos “é esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las”.⁷⁴

Nada obstante, já há inclusive doutrina que se encontra questionando o limite do controle judicial, aduzindo que existe hoje um verdadeiro ativismo judicial, com excesso de

⁷⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. 1ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.258.

⁷¹ *Ibidem*. p.263.

⁷² KRELL, Andreas. *Op. cit.*

⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo...* *Op. cit.*, p88

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p.18.

atuação do poder judiciário. Como exemplo, Lenio STRECK⁷⁵ destaca que somente em São Paulo, em 2013, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais chegaram em R\$515 milhões, passando do previsto com gasto em medicamento. Ainda, foram contabilizadas nada menos do que mais de sete mil decisões judiciais determinando o município de São Paulo a promover matrícula de crianças em creches.

Todavia, a tendência crescente no entendimento jurisprudencial resta na promoção de um efetivo controle de modo a garantir o direito fundamental à saúde. Para tanto, cuidam os relatores de assinalar que o Poder Judiciário, como verdadeiro guardião da Constituição, tem o dever de atuar de modo a sanar as eventuais omissões estatais, cumprindo assim as metas de um Estado Democrático de Direito. Percebe-se, deste modo, que a compreensão das Cortes Supremas do país caminha no sentido de ver efetivado as máximas postuladas na Constituição.

Referido comportamento igualmente é visualizado na atuação do Conselho Nacional de Justiça, cujo parecer emanado pelo juiz auxiliar da presidência do conselho, Clenio Jair Schulze,⁷⁶ coordenador do Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde, noticiado em 12 de julho de 2013, destaca que as omissões estatais não podem ser mais aceitas, ainda mais no que se refere à saúde.

CONCLUSÃO

Cotejando os argumentos retro expostos acerca da responsabilização estatal em comunhão com a concepção moderna do regime jurídico administrativo no Estado Democrático de Direito, o que se apreende é que a Administração Pública tem o dever de efetivar os postulados elencados positivamente através da Constituição Federal cuja imposição ao poder público se mostra no cumprimento de seus deveres através da prestação de tarefas positivas.⁷⁷

⁷⁵ STRECK, Lenio. **Ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 29 set 2013.

⁷⁶ SCHULZE, Clenio Jair. **Enquanto houver omissão do estado, o poder judiciário pode e deve interferir.** CNJ- Conselho Nacional de Justiça. 11/07/2013. Disponível em < www.cnj.jus.br/6ddd>. Acesso em 20 set 2013.

⁷⁷ FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação ao excesso de inoperância.** In: **Responsabilidade Civil do Estado.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Nessa perspectiva, mostra-se evidente o dever da Administração Pública garantir o mínimo existencial por meio da prestação de serviços públicos.⁷⁸ Afinal, por meio de serviços públicos é que se garante a conservação da vida e da saúde, ao passo que fomenta o desenvolvimento da própria personalidade.⁷⁹

Por óbvias questões pragmáticas devem ser consideradas, os recursos do Estado não são ilimitados e escolhas devem ser realizadas pelos gestores. Todavia, a qualidade da prestação do serviço não deve depender somente de um fator de poder aquisitivo. A qualidade do serviço público de saúde está muito questionável, e a ascensão do setor privado nos últimos anos foi bastante considerável, a ponto de mesmo classes menos abastadas utilizarem o serviço privado. Contudo, até o próprio setor privado na área de saúde demonstra estar em crise. A ponto de a justiça interferir no ramo de disponibilizações de planos.

O direito à saúde não pode ser mercantilizado, transformando o serviço em mero elemento econômico. Por se tratar de elemento tão palpável e caro ao indivíduo referida prestação de serviço e seu eficaz atendimento devem ser considerados um limite moral ao mercado.⁸⁰

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. Curitiba, Juruá Editora, 2005, p.138.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. In **Curso de direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, nº 240, p. 83-103, 2005.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª impressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

⁷⁸ HACHEM, op. cit, p. 67.

⁷⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24.

⁸⁰ Parafrazeando a obra “O que o dinheiro não compra”. SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. MARQUES, Clovis (trad.). Civilização Brasileira, 2012

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Políticas públicas, reflexões sobre o conceito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos Direitos Fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. TD (Tese de Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da USP: Orientador: Kazuo Watanabe, São Paulo, 2009. , Capítulo I, seção 7

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1988.

_____. **O controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 5ª ed., tomo II. Buenos Aires: Editora Abeledo – Perrot, 1996.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos da exegese constitucional. In: **Direito Constitucional estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. Regime dos Serviços Públicos e Proteção dos Consumidores. **Revista Trimestral de Direito Civil**. [S.l]:.Editora Padma, n. 06, abr/jun/2001.

_____. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação ao excesso de inoperância. In: **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos e o Novo regime em Face da Emenda Constitucional nº 19/98**. ILC n. 53, julho/98.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v.7, nº7, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. A Responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que enseja violação à dignidade humana. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 8. N.34. p.59-71, out-dez.2008.

HESSE, Conrado. et all. **Manual de Derecho Constitucional**. presentación de Conrado Hesse ; edición, prolegomena y traducción de Antonio López Pina, Madri: Marcial Pons, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In: **Brasília** a.36 n.144. out/dez. 1999, p.245.. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em 12 set 2013

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 25-46, jul./set. 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito do Consumidor e Privatização. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 26.,p.2001.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 1, p. 21-34, jul./dez. 2011.

MEDAUAR, Odete Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**, Editora Renovar, nº 189, julho/setembro 1992, p. 117.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MUÑOZ, Guillermo. Las transformaciones del Servicio Público. **Direito Global**, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PIVETA, Saulo Lindofer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. Curitiba, 2013.270 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. n.1. Curitiba: 2010. p. 53-92.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SALOMONI, Jorge Luis. Teoria General de los Servicios Publicos. **Buenos Aires: ADHOC, 1999**.

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. **MARQUES, Clovis (trad.).** *Civilização Brasileira*, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Responsabilidade do Estado pelo Fornecimento de Medicamentos e suas Implicações. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.) **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos.** São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 871-883

SCHIER, Paulo Ricardo Schier. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 13 de set de 2013.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SCHULZE, Clenio Jair. **Enquanto houver omissão do estado, o poder judiciário pode e deve interferir.** CNJ- Conselho Nacional de Justiça. 11/07/2013. Disponível em < www.cnj.jus.br/6ddd>. Acesso em 20 set 2013.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. A releitura da teoria normativa jusfundamental: um caminho para o direito justo. **Revistas Bonijuris**, Ano XXIII, nº577, dezembro 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do Usuário de Serviços Públicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Editora Revista dos Tribunais, n. 31, ano 8, abr/jun. 2000.

SOUZA, Ivo de; MOURA, Pedro, COURA, Alexandre de Castro. **Controle judicial de políticas públicas.** Disponível em: <<http://www.conpedi.org>. >Acessado em 10 set. 2013

STRECK, Lenio. **Ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 29 set 2013.

VALLE, Vivian Lima Lopez. **Administração Pública Contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana.** Curitiba, 2004. 223 f. (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.