



Papeles el tiempo de los derechos

PANORAMA DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN BRASIL: ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

Aguiar Ribeiro do Nascimento, Germana

Abogada y antropóloga brasileña.

Investigadora en Formación del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia.

Aguiar Ribeiro do Nascimento, Marília

Abogada y profesora de Derecho de las Facultades Integradas de Patos-Brasil

Palabras clave: Judicialización; derecho a la salud; políticas públicas; Estado.

Número: 2

Año: 2018

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

PANORAMA DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN BRASIL: ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES¹

Aguiar Ribeiro do Nascimento, Germana
Aguiar Ribeiro do Nascimento, Marília

RESUMEN: Las deficiencias en las políticas públicas en salud implementadas por el Poder Público han propiciado la búsqueda por el ciudadano de la efectividad del derecho a la salud por intermedio del Poder Judicial. En este sentido, se han planteado cuestionamientos acerca de la posibilidad de que este Poder intervenga de alguna manera en las políticas públicas en esta área que es, de acuerdo con la Constitución, de competencia primaria de la Administración Pública. En este contexto, el presente estudio tiene como objetivo analizar el fenómeno de la judicialización de las políticas públicas en salud, teniendo como base decisiones del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia. Se trata de un estudio de caso exploratorio, de naturaleza cualitativa que utilizó como procedimiento técnico principal la investigación documental a través del análisis del contenido de decisiones, extraídas de la base de datos disponible en el sitio electrónico de aquellos tribunales. Se observó que, en un primer momento, se negaba la posibilidad de la judicialización del derecho a la salud. A continuación, se hizo clara la actuación del Poder Judicial en el sentido de proteger el derecho a la salud constitucionalmente previsto, alejando las tesis de ilegitimidad pasiva del Poder Público, de la violación del principio de separación de poderes y de la Teoría de la Reserva del Posible, sostenidas por el Poder Público para eximirse del deber de salvaguardar dicho derecho. De hecho, se percibe que hay una tendencia conciliadora, con características de las dos fases anteriores, de garantizar las necesidades de los ciudadanos, pero teniendo en cuenta las limitaciones estatales.

¹ Este artículo fue realizado en el marco del proyecto Prometeo financiado por la Generalitat Valenciana, GVPROMETEOII2014-078 con el título “Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración” y del programa de investigación GRISOLIA (Ref. 2016/098), también de financiación autonómica.

1. Introducción

Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, numerosos derechos y garantías recibieron tratamiento normativo, por ejemplo, el derecho a la salud. En lo que se refiere al mismo, el texto constitucional establece que la salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas. Sin embargo, a pesar de estar constitucionalmente previsto, el problema de acceso a la salud es muy recurrente en Brasil, ya que se trata de una cuestión mucho más política que jurídica, que implica definición de políticas públicas, presupuesto, asignación de gastos y discrecionalidad de los gobiernos.

Este problema ha propiciado demandas al Poder Judicial con miras a la efectividad del derecho a la salud. Así, la búsqueda de la tutela judicial para la obtención de tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos se ha presentado como una constante en el escenario del Poder Judicial Brasileño.

En este contexto, el presente estudio tiene por objeto examinar la judicialización del derecho a la salud, a la luz de decisiones del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia, observándose, qué obstáculos, normalmente, han sido alegados por el Poder Público para inhibir la actuación del Poder Judicial en materia de políticas públicas en salud. Siguiendo esta lógica, inicialmente, se presenta un breve recuento teórico, con la caracterización del derecho a la salud y su tratamiento normativo, además de discusión acerca de la judicialización de las políticas públicas en salud, destacándose los fundamentos, comúnmente, utilizados por el Poder Público para impedir que el Poder Judicial determine la efectividad del derecho a la salud. A continuación, se procede al análisis de las sentencias de las cortes superiores, destacándose el fenómeno de la judicialización de las políticas públicas en salud, involucrando, en particular, solicitudes de concesión de medicamentos y de realización de tratamientos de salud por parte del ciudadano al Estado.

En esta perspectiva, el presente artículo se caracteriza por un estudio de caso exploratorio de naturaleza cualitativa que utilizó como procedimiento técnico principal la investigación documental a través del análisis de contenido. La elección de un estudio de caso se justifica por el carácter empírico que permite la comprensión del fenómeno más amplio, es decir, la actuación del Poder Judicial en la efectividad del derecho

fundamental a la salud. Así, el análisis empírico abarca el estudio de decisiones judiciales dictadas por el Supremo Tribunal Federal y por el Superior Tribunal de Justicia. Se trata, por lo tanto, de una investigación documental, ya que la naturaleza de los datos es primaria y se restringe a los documentos jurídicos escritos (GIL, 2010), es decir, a las decisiones examinadas. Este análisis es predominantemente cualitativo, utilizando la técnica de análisis de contenido/discurso propuesta por Bardin (1977) que busca obtener, por procedimientos objetivos y sistemáticos de descripción del contenido de los mensajes, indicadores que permitan la inferencia de conocimientos relativos a las condiciones de producción/recepción de aquéllos.

2 El Derecho Fundamental Social a la Salud

La noción de que la salud constituye un derecho fundamental es fruto de una larga evolución, tanto del concepto de derecho a la salud, como propiamente del concepto de salud, los cuales pasaron por modificaciones sustanciales durante la historia de la humanidad. De esta forma, antes de analizar el derecho a la salud, se hace necesario verificar el propio concepto de salud. Después de esto, se examina el tratamiento constitucional conferido al derecho fundamental a la salud, poniendo de relieve, a continuación, el Sistema Único de Salud por el cual se rige la atención pública de salud en Brasil.

2.1 Concepto de salud y contenido del derecho a la salud

En un primer momento, la salud presentaba un concepto negativo, concebido como la ausencia de enfermedades, habiendo sido ampliado, a lo largo del proceso histórico, con el reconocimiento de una dimensión positiva, en la que estaba relacionada a la vida con calidad y al deber de la sociedad de realizar tal derecho (SCHWARTZ, 2003: 112).

En el siglo XX, con el Estado Social, la salud pasó a tener una connotación colectiva, exigiendo al Estado el deber de prestar servicios esenciales de actividad sanitaria para que todos tuvieran acceso a la curación de enfermedades, estableciendo, por lo tanto, la responsabilidad del Estado por la salud de la población. En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, se crearon varios organismos dedicados a la

garantía de derechos humanos, entre ellos, se destaca la Organización Mundial de la Salud (OMS), fundada el 7 de abril de 1948, que en el preámbulo de su constitución dispone expresamente un concepto de salud, como un estado de completo bienestar físico, mental y social, no consistente sólo en la ausencia de enfermedad, garantizando que gozar del mejor estado de salud que es posible alcanzar constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.

Este concepto planteó una serie de discusiones doctrinales acerca de la definición de bienestar, no habiendo un entendimiento uniforme al respecto (DWORKIN, 2005). Así, se supera el concepto negativo de salud, la cual ya no es considerada como ausencia de enfermedades, sino como un estado de equilibrio físico, mental y social, orientado siempre hacia la búsqueda de una mejor calidad de vida.

Se puede deducir también del preámbulo que corresponde al Estado promover y proteger el bien salud, el cual es de valor para todos, verificándose, entonces, que la salud es un bien colectivo y no individual, siendo una responsabilidad de los gobiernos, que sólo puede ser asumida a través del establecimiento de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

El contenido del derecho fundamental a la salud está compuesto por una complejidad y diversidad de acciones. Así, si el artículo 6, caput, de la Constitución Federal conjugado con el artículo 196, caput, prevén que el derecho a la salud es un derecho social de todos, se pregunta: ¿cuál es el contenido constitucional preciso de este derecho?

De acuerdo con Schwartz (2001), la salud presenta tres aspectos, que son: un preventivo, cuya finalidad es inhibir las enfermedades; un curativo que busca la sanidad de enfermedades y otro promocional, volcado hacia la calidad de vida, siendo así un proceso sistémico que tiene por objeto la prevención, la cura de enfermedades y la mejor calidad de vida posible, al mismo tiempo.

En la misma línea, Rocha (2011) afirma que las medidas relativas a la salud preventiva necesitan ser realizadas en progresión por el poder público, mediante actividades esenciales, tales como la inmunización, consultas médicas y la realización de exámenes, con el fin de determinar el diagnóstico precoz de enfermedades. Añade además que la salud curativa, a su vez, requiere una protección estatal efectiva, a través de medidas, como el suministro de medicamentos. Por otro lado, el Estado debe

preocuparse por la calidad de vida de los individuos, protegiendo el ambiente natural y social, con el intento de proporcionarles un completo bienestar.

En ese diapasón, teniendo en cuenta las aludidas medidas y relacionándolas con lo dispuesto en el artículo 196, caput, de la Constitución Federal, Rocha (2011, p.86) sostiene que el Estado debe realizar acciones y servicios dirigidos a la protección de la salud, la reducción del riesgo de enfermedad (salud preventiva), albergando también las situaciones relativas a la promoción (salud promocional) y recuperación (salud curativa).

Por su parte, Morales (2003) defiende que el núcleo central del concepto de salud estaría en la idea de calidad de vida, viendo la salud como uno de los elementos de la ciudadanía, como un derecho a la promoción de la vida de las personas.

Galdino (2001), a su vez, sostiene que el contenido del derecho a la salud engloba la fruición de un conjunto de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para que la persona alcance y mantenga el nivel más alto y posible de salud, dos elementos, que son: el derecho a la conservación del “capital de salud” heredado, por un lado, y el derecho de acceso a los servicios de salud adecuados en caso de daño a ese capital, por otro.

Para Rocha (2011), el derecho fundamental a la salud, así como los demás derechos fundamentales sociales, presenta un contenido vago e impreciso, subrayando que esta característica también se encuentra presente en algunos derechos individuales.

En la misma línea, Novais (2010) defiende que los derechos sociales presentan contenido en gran medida indeterminado en el plano constitucional, pero determinable, en el plano infraconstitucional, por el legislador ordinario, subrayando que la generalidad de los derechos fundamentales, incluyendo los derechos de libertad, en cierta medida son de un contenido constitucional indeterminado.

A partir de Novais (2010), podemos afirmar que la dimensión objetiva del derecho fundamental a la salud se consubstancia, entre otras consecuencias jurídicas, en los deberes objetivos que resultan para los poderes públicos, que son: los deberes objetivos de respetar, de proteger y de promover el bien salud.

En ese sentido, como correlativo del derecho a la salud, el Estado tiene el deber de respetar el acceso individual de todos al bien salud. Así, si alguien consigue acceder

a bienes de salud, como por ejemplo, atención médica, sin ninguna ayuda financiera del Estado, debe respetarlo, no impidiendo, por lo tanto, el acceso al relativo bien social.

Por otro lado, el Estado tiene el deber de proteger el acceso individual al bienestar de eventuales amenazas provenientes de otros particulares de entidades públicas o privadas, nacionales o externas. Además, posee el Estado el deber de promover, de dar el acceso individual a la salud, traducido por el suministro de servicios y bienes materiales al titular del derecho a la salud. Sin embargo, en lo que se refiere a este deber, no se restringe a las prestaciones fácticas. Es necesario también que el Estado, a través de prestaciones normativas, establezca los supuestos, condiciones y regulación de las prestaciones financieras o fácticas correlativas al derecho a la salud.

Además, cabe mencionar que, en lo que concierne al deber estatal de promoción de acceso al bienestar, se encuentra una dimensión positiva y una dimensión negativa del derecho a la salud. En ese diapasón, el derecho positivo implica la prerrogativa del Estado para crear, promover e incrementar el acceso a la salud, pero también un derecho negativo, en el sentido de que el Estado no interfiere, no afecte negativamente o suprima el acceso a la salud de los particulares, ya garantizado (NOVAIS, 2010).

En cuanto a este último, el Estado afectará, de hecho, el derecho a la salud, cuando priva ilegalmente a sus titulares del goce del bien del cual ya dispongan, sea perjudicando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, de la misma manera, en la que afectan el derecho a la vida, a la libertad de expresión, cuando interfiere ilegítimamente en el disfrute de esos bienes (ABRAMOVICH, 2003).

En este punto ya la luz de la teoría propuesta por Novais, se puede mencionar que al considerar el derecho a la salud como un todo, se verifican deberes positivos y negativos del Estado, aunque sea la dimensión positiva de promoción, de prestación la principal dimensión del aludido derecho, no tiene la facultad de agotar por sí sola el contenido de este derecho (NOVAIS, 2010), siendo erróneo afirmar que el derecho a la salud engloba sólo prestaciones (ROCHA, 2011).

2.2 Tratamiento Jurídico-Constitucional y el Sistema Único de Salud

A pesar de que todas las constituciones brasileñas tratan de alguna manera acerca de la salud, fue sólo la Constitución Federal de 1988, en su artículo 6, la primera en positivizar tal derecho, como un auténtico derecho fundamental, según elucida Silva (2007). Se puede incluso deducir el derecho a la salud a partir del término “bienestar” presente en el propio Preámbulo de la Constitución, el cual hace referencia al hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente instituyó un Estado Democrático que tiene como una de sus misiones asegurar el bienestar de la sociedad.

En virtud del artículo 196 de la Constitución Federal, la salud es derecho de todos/as y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que apunten a la reducción del riesgo de enfermedad u otros agravios y al acceso universal igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación. Se observa aquí, por lo tanto, clara alusión al hecho de que el aludido derecho se realiza a través de políticas públicas.

Así, por la lectura del artículo arriba mencionado, se deduce que las políticas públicas de salud son los instrumentos utilizados directamente por el Estado en el sentido de garantizar el acceso universal de todos a las acciones y servicios de salud, caracterizándose el sistema, por lo tanto, por la universalidad así como el acceso igualitario, evitando cualquier forma de preconcepto o privilegio de cualquier especie.

En cuanto a lo dispuesto, se puede afirmar que el derecho social a la salud presenta fundamentación formal y material, a la luz de la Constitución actual, presentando una clara previsión legal y relevancia pública, que tiene por característica ser un derecho esencial para la efectividad de la dignidad humana (ROCHA, 2011).

En el mismo sentido, Sarlet (2009) sostiene que la fundamentación formal del derecho a la salud deriva de su superior jerarquía normativa, tratándose de un derecho de naturaleza supralegal, de su sumisión a los límites materiales y formales de la reforma constitucional, de su aplicabilidad directa y vinculante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º, §1º, de la Constitución Federal. La fundamentación material, a su vez, se encuentra en la relevancia de la salud como bien jurídico protegido por la norma constitucional, directamente relacionado con otros derechos fundamentales y valores constitucionales.

En lo que atañe a la competencia, la Constitución prevé, en su artículo 23, inciso II, que la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios tienen competencia común para cuidar de la salud. Así las cosas, se puede deducir que la Constitución

atribuye responsabilidad solidaria a los aludidos entes de proveer las condiciones indispensables para el pleno ejercicio del derecho fundamental social a la salud.

De otra banda, los mismos entes poseen competencia concurrente para legislar sobre protección y defensa de la salud, según la previsión del artículo 24, inciso XII, de la Constitución Federal. De esta forma, la Unión se limita a promulgar normas generales sobre la materia, correspondiendo a los Estados la emisión de normas complementarias y, a los municipios, suplementar la legislación federal y estadual en pro del interés principalmente local, de acuerdo con lo que prevé el artículo 30, incisos I y II, de la Constitución.

Para el derecho social a la salud, la Constitución Federal prevé además una dotación presupuestaria específica, debiendo estar en consonancia con los criterios determinados en su artículo 198, añadiendo la posibilidad de intervención federal en los Estados en que no haya la observancia de la aplicación del mínimo exigido en los ingresos resultantes de impuestos estatales en las acciones y servicios públicos de salud, conforme a lo preconizado en el artículo 34, inciso VII, letra e. En el mismo sentido, el artículo 35, inciso III, prevé la posibilidad de intervención de los Estados en los municipios en que tampoco haya observancia de la aplicación del mínimo exigido de los ingresos resultantes de impuestos municipales en la aludida área.

Además, el artículo 167, inciso IV, expresamente resaltó la prohibición de vinculación de ingresos fiscales, en los casos de destinación de recursos para las acciones y servicios públicos de salud.

En ese sentido, se ve que la Constitución de 1988 amplió de cierta forma, tareas del Estado, englobando fines económico-sociales positivamente vinculantes de las instancias de regulación jurídica, por lo que el dominio político pasó a sufrir limitaciones e imposiciones de acción, por medio del proyecto material constitucional vinculante (PIOVESAN, 2006).

Además, el derecho a la salud no es susceptible de ser suprimido a través de la ley ordinaria o enmienda constitucional, ya que la cláusula pétrea alcanza todos los derechos sociales. En esa perspectiva, el constituyente, dada la esencialidad de dicho derecho, buscó mantenerlo intacto, instituyendo ese límite material al poder de reforma, en virtud del artículo 60, §4º, inciso IV, de la Constitución Federal.

Además, es en el artículo 198 del texto constitucional que se establece la creación de un Sistema Único de Salud en Brasil, orientado hacia la realización de

acciones y servicios de salud. En el marco de la Ley N° 8.080, de 19 de septiembre de 1990, que trata sobre la organización y los beneficios del SUS, y la Ley n° 8.142, de 28 de diciembre de 1990, que dispone sobre la participación democrática en el SUS, así como de las transferencias intergubernamentales de recursos financieros en el área de salud.

Cabe mencionar que, además de las aludidas leyes, se emiten aún las Normas Operativas Básicas - NOBs, relativas al funcionamiento y operacionalización del SUS y formalizadas mediante decretos ministeriales, cuyos contenidos se definen conjuntamente entre el Ministerio de Salud y los representantes del Consejo Nacional de los Secretarios de Salud - CONASS y del Consejo Nacional de Secretarios Municipales de Salud - CONASEMS, teniendo por propósito, fijar estrategias y acciones que redireccionen la operacionalidad del Sistema Único de Salud, partiendo de evaluaciones periódicas que apunten al desempeño del sistema.

Desde el inicio del proceso de implantación del SUS, se publicaron tres Normas Operativas Básicas (NOB / SUS 01/91, NOB / SUS 01/93 y NOB / SUS 01/96). En 2001, se publicó la primera Norma Operativa de la Asistencia Sanitaria (NOAS / SUS 01/01) que fue revisada y publicada en 2002, la cual se encuentra actualmente en vigor (NOAS / SUS 01/02).

Además de crear el Sistema Único de Salud, el constituyente oportunizó, a nivel complementario, la participación de la iniciativa privada (persona física o jurídica de derecho privado) en la prestación de la asistencia a la salud, a través de contrato de derecho público o convenio, explicitando, sin embargo, la preferencia a las entidades filantrópicas y a las sin ánimo de lucro, de acuerdo con lo preconizado en el artículo 199, §1º, de la Constitución Federal. En la misma línea, el capítulo II, de la Ley n° 8.080/90, prevé la prestación complementaria de los servicios de la iniciativa privada, cuando las disponibilidades del SUS son insuficientes para garantizar la cobertura asistencial a la población de una determinada área. Schwartz refuerza el carácter complementario del sistema privado de salud, resaltando que nadie puede ser obligado a contratar o afiliarse al sistema autónomo de salud, bajo pena de inconstitucionalidad del acto que así lo determine (SCHWARTZ, 2001).

El Sistema Único de Salud abarca una red regionalizada y jerarquizada de acciones y servicios públicos de salud, prestados por órganos e instituciones públicas

federales, estatales y municipales, de la Administración directa e indirecta y de las fundaciones mantenidas por el Poder Público o por la iniciativa privada, mediante participación complementaria. En ese sentido, cada región debe destinar las acciones y servicios públicos, atendiendo a las particularidades locales. La jerarquización de la red de servicios de salud, a su vez, se refiere a la división en niveles de complejidad creciente, la cual determina que el acceso a los servicios de salud debe partir de los niveles más básicos a los más complejos. Así, existen las redes de atención básica, las redes de atención de mediana complejidad y las redes de atención de alta complejidad.

El Sistema Único de Salud tiene por objetivo primordial la ejecución de acciones de promoción, protección y recuperación de la salud de las personas, reduciendo el riesgo de enfermedad. Para este objetivo, se pueden enumerar algunas otras atribuciones del SUS, que se desprenden a partir de la lectura del artículo 200, de la Constitución Federal combinado con el artículo 6, de la Ley nº 8.080/90, como son: ejecuciones de acciones de vigilancia sanitaria de vigilancia epidemiológica, de salud del trabajador y de asistencia terapéutica integral, inclusive farmacéutica; participación en la formulación de la política y en la ejecución de acciones de saneamiento básico; la participación en la formulación de la política y en la ejecución de acciones de saneamiento básico; la ordenación de la formación de recursos humanos en el área de salud; la vigilancia nutricional y la orientación alimentaria; la colaboración en la protección del medio ambiente, en él comprendido el del trabajo; la formulación de la política de medicamentos, equipos, inmunobiológicos y otros insumos de interés para la salud y la participación en su producción; el control y la fiscalización de servicios, productos y sustancias de interés para la salud; la fiscalización y la inspección de alimentos, agua y bebidas para el consumo humano; la participación en el control y la fiscalización de la producción, transporte, custodia y utilización de sustancias y productos psicoactivos, tóxicos y radiactivos; el incremento, en su área de actuación, del desarrollo científico y tecnológico; la formulación y ejecución de la política de sangre y sus derivados.

La Constitución Federal establece, en el artículo 198, inciso I, II y III, las directrices del sistema de salud, cuales sean, la descentralización, la atención integral y la participación de la comunidad. La descentralización político-administrativa, también prevista en el artículo 7, inciso IX, de la Ley nº 8.080, consiste en el reparto de la implementación de las acciones y servicios de salud entre los entes federativos,

debiendo cada esfera gubernamental presentar un mando único. En esa perspectiva, la dirección es ejercida en el ámbito de la Unión por el Ministerio de Salud; en el ámbito de los Estados y del Distrito Federal, por la respectiva Secretaría de Salud u órgano equivalente; y en el ámbito de los Municipios, por la respectiva Secretaría de Salud u órgano equivalente.

Cabe mencionar que la Ley nº 8.080/90, expresamente, dispone que en lo que se refiere a la descentralización, debe darse énfasis en la descentralización de los servicios para los municipios, es decir, se objetiva la municipalización de la salud, lo que remite a la propia Constitución que en su artículo 30, inciso VII, atribuye a los municipios, la prestación de servicios de atención a la salud de la población, con la debida cooperación técnica y financiera de la Unión y del Estado. Cabe señalar que la promoción de la descentralización de los servicios y acciones de salud es competencia de la dirección nacional del Sistema Único de Salud.

Para Rocha (2011), la descentralización de los servicios y acciones estatales de salud no sólo beneficia a las necesidades locales ya que facilita el acceso de los servicios y acciones de salud a todos, sino que también permite que se realice un mayor control social sobre la Administración Pública local.

En cuanto a la integralidad de la atención a la salud, ésta debe incluir todos los servicios de salud, tanto los curativos como los preventivos, en todos los niveles de complejidad, aunque deban ser priorizadas las actividades preventivas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 198, inciso II, de la Constitución Federal.

La participación de la comunidad en la gestión del SUS, efectivas, moralmente, por intermedio de las Conferencias de Salud y de los Consejos de Salud, teniendo expresa previsión, en el artículo 198, inciso III, de la Constitución Federal, y el artículo 7, inciso VIII, de la Ley nº 8.080 / 90.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley nº 8.142/90, la Conferencia de Salud y el Consejo de Salud son instancias colegiadas que se organizan en cada uno de los niveles federal, estatal y municipal, configurando, como medios de gestión democrática de las cuestiones de salud.

En lo que se refiere al financiamiento del SUS, este ocurre, principalmente, mediante los recursos del presupuesto de la seguridad social, de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de otras fuentes, de acuerdo

con lo que preconiza el artículo 198, §1º, de la Constitución Federal y los artículos 31 y 32 de la Ley nº 8.080 / 90. El numeral 2 del artículo 198 de la Constitución Federal, agregado por la Enmienda Constitucional nº 29, de 13 de septiembre de 2000, a su vez, establece la obligatoriedad de que la Unión, los Estados y los Municipios ejecuten anualmente recursos mínimos en acciones y servicios de salud, mediante la aplicación de porcentajes a ser definidos por ley complementaria.

En razón a que no existe todavía ley complementaria, que regule esta materia, se aplica lo dispuesto en el artículo 77, del Acta de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT), insertado también por la aludida Enmienda, el cual estableció los porcentuales mínimos para cada ocasión. El artículo 198, §3º, de la Constitución Federal determina la posibilidad de que los porcentuales mínimos sean reevaluados, por ley complementaria, por lo menos cada cinco años desde la fecha de promulgación de la Enmienda.

El artículo mencionado en el artículo 77 dispuso que hasta el ejercicio financiero del año 2004, los Estados deberían aplicar el 12% del producto de la recaudación de impuestos (IPVA, ITCMD e ICMS) y de los recursos a que se refieren los artículos 157, 159, inciso I y en el inciso II, deducidas las parcelas transferidas a los Municipios. Además, éstos deberían aplicar el 15% del producto de la recaudación de impuestos (IPTU, ITBI e ISS) y de los recursos de que tratan los artículos 158 y 159, inciso I, letra b y §3º. Si los Estados y los municipios aplican porcentajes inferiores a los establecidos, deberían elevarlos gradualmente hasta el ejercicio financiero de 2004, no obstante que a partir de 2000, los Estados y los Municipios tendrían que pasar como mínimo el 7% de sus presupuestos propios con salud.

Por lo que se refiere a la Unión, el mismo dispositivo dispuso que en el año 2000 el presupuesto de la salud debería agregar como mínimo un 5% más que el importe comprometido en acciones y servicios públicos de salud en el ejercicio de 1999 y, a los años 2001 a 2004, debería tenerse en cuenta el valor calculado el año anterior, corregido por la variación nominal del Producto Interno Bruto.

La Ley nº 8.080 / 90, en su artículo 33, determina que el movimiento de los recursos financieros del SUS será fiscalizado por los respectivos Consejos de Salud y que, en el ámbito federal, los recursos financieros, originarios del Presupuesto de la

Seguridad Social, de otros Presupuestos La Unión, además de otras fuentes, serán administrados por el Ministerio de Salud, a través del Fondo Nacional de Salud.

Cabe señalar que se consideran gastos con acciones y servicios públicos de salud aquellos con personal activo y otros gastos de costeo y de capital, financiadas por las tres esferas de gobierno, conforme a lo dispuesto en los artículos 196 y 198, § 2º, de la Constitución Federal y en la Ley nº 8.080 / 90, relacionadas con programas finalistas y de apoyo (incluso administrativos), que atiendan simultáneamente a los siguientes criterios: estén destinados a las acciones y servicios de acceso universal, igualitario y gratuito; de acuerdo con objetivos y metas explicitados en los Planes de Salud de cada ente federativo; sean de responsabilidad específica del sector de salud, no confundiéndose con gastos relacionados con otras políticas públicas que actúan sobre determinantes sociales y económicos, aunque con reflejos sobre las condiciones de salud.

3. Judicialización de las Políticas Públicas de Salud

Inicialmente, se presenta la definición de políticas públicas, relacionándola al contexto de la actuación estatal en el proceso de efectividadde los derechos sociales, en especial, del derecho a la salud. Luego se discute el control jurisdiccional de las políticas públicas en salud, reflexionando sobre la actuación del Poder Judicial en la realización del referido derecho, así como de las eventuales objeciones sostenidas para impedirla.

3.1 Políticas Públicas y el papel del Estado en la eficacia del derecho a la salud

De acuerdo con Souza (2006), no existe una única, ni mejor, definición sobre lo que sea política pública. Para este autor, de las diversas definiciones y modelos sobre políticas públicas, se pueden identificar sus principales elementos, que son: la política pública permite distinguir entre lo que el gobierno pretende hacer y lo que, de hecho, hace; involucra a varios actores y niveles de decisión, aunque se materializa a través de los gobiernos, y no necesariamente se restringe a participantes formales, ya que los informales son también importantes; es amplio y no se limita a las leyes y las reglas; es

una acción intencional, con objetivos a alcanzar y, aunque tiene impactos a corto plazo, es una política a largo plazo.

En este contexto, “la formulación de políticas públicas se constituye en la etapa en que los gobiernos democráticos traducen sus propósitos y plataformas electorales en programas y acciones que producirán resultados o cambios en el mundo real” (SOUZA, 2006: 26). En una perspectiva más operativa, sostiene Saravia (2006: 29):

Se trata de un sistema de decisiones públicas que apunta a acciones u omisiones, preventivas o correctivas, destinadas a mantener o modificar la realidad de uno o varios sectores de la vida social, por medio de la definición de objetivos y estrategias de actuación y de la asignación de los recursos necesarios para alcanzar los objetivos establecidos.

Como se mencionó anteriormente, entre los elementos de la política pública, se destaca el hecho de ser exhaustiva y no limitarse a leyes y reglas. De hecho, las políticas públicas tienen en sí elementos que huyen de los institutos y conceptos jurídicos tradicionales, no encajando, de forma perfecta, en las principales especies de normas, esto es, reglas o principios, como sostiene Comparato (1997). Así pues, las normas jurídicas son tradicionalmente elaboradas para regular conductas o instituciones, mientras que la política es algo que va más allá, muchas veces antecediendo al propio Derecho.

En cambio, a pesar de que las políticas públicas son una categoría distinta de las normas y actos jurídicos, eso no importa que sean ajenas a tales institutos, siendo aquéllos, en realidad, elementos de las mismas. Tal complementariedad puede ser corroborada por el hecho de que las políticas públicas tienen fundamento en varios instrumentos normativos, desde la Constitución Federal hasta normas infralegales, a pesar de que ninguno de ellos presenta un concepto uniforme para política pública.

Desde la perspectiva constitucional, según Freire Júnior (2005, p. 47) el campo de las políticas públicas, puede ser sintetizado como el “conjunto o medida aislada practicada por el Estado con el desiderato de dar efectividad a los derechos fundamentales o al Estado Democrático de Derecho”, habida cuenta de que, cuando la Carta Magna hace mención a políticas públicas, se refiere a los instrumentos de implementación de programas estatales orientados a la concreción de los derechos fundamentales, entre éstos, los derechos sociales. Si a la luz de la Constitución Federal, se puede deducir este entendimiento en cuanto a las políticas públicas, se puede afirmar que el Estado, por intermedio de ellas, tiene un papel determinante en el proceso de efectividad de los derechos sociales, por ejemplo, el derecho a la salud.

En cuanto a esto, sostiene Novais (2010) que los derechos sociales incluyen la obligación del Estado de realizar prestación factual, consistente o en una subvención financiera o en costos financieros directos asociados a la creación y puesta en marcha de instituciones, servicios o estructuras orientadas al acceso a bienes económicos, sociales o culturales. Sin embargo, el Estado sólo está obligado a realizar la pretensión de una prestación, si dispone de los recursos necesarios, es decir, la exigibilidad judicial de ese derecho queda intrínsecamente condicionada a lo que el Estado puede suministrar en razón de sus disponibilidades económicas. Es lo que se denomina reserva de lo financieramente posible.

Resalta además que los derechos sociales presentan contenido en gran medida indeterminado en el plano constitucional, pero determinable, en el plano infraconstitucional, por el legislador ordinario. Por lo tanto, corresponde a éste, basándose en las disponibilidades financieras y los márgenes de evaluación y opción políticas, concretar, en el marco de cada derecho social, la obligación jurídica del Estado y la posibilidad de exigencia judicial del particular (NOVAIS, 2010).

En efecto, en una perspectiva política, el objetivo mayor es la realización máxima de estos derechos sociales, siendo consideradas buenas estrategias todas aquellas que conduzcan la máxima efectividad posible.

Constitucionalmente, como hemos observado, el derecho a la salud se configura como un derecho fundamental social. En este punto, los artículos 196 a 198 del texto constitucional, trazan las directrices y principios generales que orientan la política estatal acerca de las actividades y servicios en el área de la salud. El artículo 200, a su vez, instituye el Sistema Único de Salud, que está compuesto por varios entes y órganos del Estado, así como de la iniciativa privada, configurándose aquél como principal instrumento implementador de la política pública de salud de la Administración Pública, teniendo como función la coordinación de la actividad de estos diversos órganos.

De esta forma, se advierte que los programas y acciones en salud se realizan con miras a concretar el derecho a la salud, siendo esenciales la comunidad y la participación obligatoria del Estado en su organización, como prevé la propia Constitución Federal, constituyéndose una política de la opinión pública, que tiene como objetivo “la consolidación institucional de la organización política del Estado, la consolidación del Estado Democrático de Derecho y la garantía de la soberanía nacional

y del orden público" (AITH, 2006: 235). La actuación de la iniciativa privada, a su vez, tiene sólo carácter suplementario a la actividad estatal.

3.2 Control Jurisdiccional de las Políticas Públicas de Salud

La Constitución Federal, como se ha expuesto, contempla que el derecho a la salud es un derecho social fundamental, cuya realización se materializa por medio de políticas públicas, cuya definición o detalle, cuando no está prevista constitucionalmente, corresponde a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, estableciendo, aún, cuanto y cómo deben gastarse los recursos públicos. De ese modo, es el voto popular que confiere legitimidad para que los representantes democráticamente elegidos por la sociedad definan las áreas sociales prioritarias para las que se destinarán los recursos públicos.

Se observa que, a pesar de que el derecho a la salud es ese derecho constitucionalmente previsto, es constantemente violado, moralmente en lo que se refiere al aspecto de la asistencia, habiendo omisiones por parte del Poder Público, por ejemplo, en el suministro de medicamentos, en la realización de cirugías y en los casos servicios de saneamiento básico, lo que ha provocado que muchos individuos tengan que recurrir al Poder Judicial.

En virtud de ello, la actuación del Poder Judicial no se limita solo a evitar acciones abusivas del Estado, sino también a realizar el control efectivo de las omisiones que alcancen al derecho fundamental a la salud. Así, el Poder Judicial tiene actuación positiva en cuanto a la búsqueda de la efectividad del derecho a la salud.

La exigencia de este derecho fundamental y, por lo tanto, la judicialización del derecho a la salud, presenta diversas objeciones, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial.

El primer reparo consiste en la separación de poderes. En relación a este principio, resaltaba Montesquieu, en el siglo XVIII: "Todo estaría perdido si el mismo hombre o mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejercer esos tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones y el de juzgar los crímenes o las divergencias de los individuos" (MONTESQUIEU, 2005: 169). Así pues, defiende una tripartición de los Poderes.

La lectura actual de la separación de poderes, principalmente con el paso del Estado Liberal al Estado Social, no permite una interpretación ortodoxa en que las ramas del Legislativo, Ejecutivo y Judicial se colocan en una situación estática, sin interpenetraciones o interferencia de un poder en la sociedad en función de otro poder (SOUSA, 1999). Hay que alejarse, por lo tanto, de la idea de una escisión absoluta de las funciones de los órganos de soberanía, debiendo la lectura del principio ser relativizada, comoquiera que una división mecanicista absoluta y totalizadora haría inviable el funcionamiento de los órganos de soberanía del Estado.

De esta forma, Canotilho (1992) enseña que los órganos de soberanía poseen, en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas por los preceptos constitucionales, un campo de reserva primario, ligado a la actividad finalista de cada poder, constituyendo un núcleo esencial y un campo de reserva secundaria.

En efecto, cabe mencionar que la Constitución de la República Federativa del Brasil, por ejemplo, prevé expresamente el principio de la separación de los poderes, subrayando la necesidad de independencia y armonía entre ellos, contemplando un sistema de colaboración, con mecanismos de control recíproco. Se constituye, además, materia no pasible de ser abolida, mediante Enmienda constitucional, es decir, se trata de una cláusula pétrea, conforme podemos deducir en el art. 60, § 4, inciso III, de dicha Constitución.

Por ello, por ser previsto constitucionalmente, este principio ha sido planteado como un obstáculo para la judicialización del derecho a la salud, teniendo en cuenta que cuando esto ocurre, el Poder Judicial interfiere de alguna manera en las políticas públicas de salud y, por lo que se ha observado, esta atribuida al Poder Ejecutivo y al Legislativo la función ordinaria de formular e implementar políticas públicas que satisfagan el derecho fundamental social a la salud.

Sin embargo, cuando tales poderes políticos omiten o son deficientes en la consecución de las políticas públicas y, por lo tanto, incapaces de garantizar el cumplimiento adecuado de los derechos fundamentales sociales, no hay que impedir una intervención del Poder Judicial, bajo la alegación de violación de la separación ya que se trata de un derecho fundamental, esencial para la dignidad humana. Así, cabe inevitablemente la actuación del Poder Judicial “como el tercer gigante en el control de las omisiones del poder público” (CUNHA JÚNIOR, 2004: 352).

Otro elemento que se apunta corresponde a la reserva de lo posible, teoría concebida en Alemania. Este argumento puede ser comprendido bajo dos aspectos, que son: la reserva del posible jurídico y la reserva de lo posible fáctica.

La reserva del posible jurídico está asociada a la idea de inexistencia de autorización presupuestaria para la realización de determinado gasto. Es sabido que el presupuesto público contiene la previsión de los ingresos y fijación de los gastos, siendo establecido mediante ley de iniciativa del Poder Ejecutivo, debiendo éste actuar en obediencia a los límites presupuestarios. Por lo tanto, el poder público sólo podrá realizar gastos si hay autorización constante de la ley presupuestaria anual, de acuerdo con lo que prevé el artículo 167, II, de la Constitución Federal. En ese sentido, se sostiene que la ausencia de previsión presupuestaria obstaculiza al Poder Judicial de conferir prestación en salud a aquel que la pleitea.

La norma no puede impedir que el Poder Judicial dicte una decisión que determine que el Estado realice una determinada prestación de salud, aunque no haya previsión presupuestaria para este gasto ya que en la colisión entre normas constitucionales, legalidad del gasto público versus derecho fundamental a la salud debe predominar el derecho fundamental a la salud relacionado al mínimo existencial, que a su vez está íntimamente ligado al principio de la dignidad humana y al derecho a la vida. Para Barcellos (2008: 288), el mínimo existencial es “compuesto de cuatro elementos, tres materiales y un instrumental, a saber: la educación fundamental, la salud básica, la asistencia a los desamparados y el acceso a la justicia”.

En cambio, la reserva de lo posible fáctica está asociada a la idea de inexistencia de recursos públicos suficientes como justificación para la no atención por parte del Estado de determinada prestación social.

En ese punto, es importante que el juez tenga precaución al hacer efectivo el derecho a la salud, cuando involucra enormes gastos al Estado, inhibiendo decisiones que no pueden ser cumplidas. Si el Estado comprueba que no tiene disponibilidad financiera, el juez no podrá ordenar la efectividad de la pretensión social. Sin embargo, tal teoría no se sostiene ante el mínimo existencial, es decir, si la prestación material es indispensable para la salud del individuo contemplada en la esfera de este mínimo, corresponde al Judiciario deferir la solicitud, independientemente de cuestiones económico-financieras eventualmente alegadas por el Estado.

Así, todo se resume en que si el juez puede, con fulcro en las normas sobre derechos sociales, y, en caso afirmativo, en qué medida y con qué alcance, imponer al Estado la invalidación de las respectivas decisiones, aunque contra la voluntad o la opción política de estos titulares del poder político (NOVAIS, 2010).

4. Discusión Jurisprudencial

De acuerdo con Balestra (2015), en una primera fase, la tendencia de los tribunales superiores en Brasil era negar las demandas relacionadas al derecho a la salud, ya que según estos órganos, el Poder Judicial no estaría legitimado para actuar en estos casos.

A partir de 1990, con el advenimiento de la nueva Constitución brasileña y la previsión expresa de un derecho a la salud integral y universal, comienzan a someterse ante el Poder Judicial demandas que habían sido declinadas en el ámbito administrativo. Posteriormente, se verifica una alteración en el posicionamiento de los tribunales superiores que pasan a determinar la garantía del derecho a la salud de forma integral, en su plenitud. En un tercer momento, como consecuencia del exceso de demandas, se percibe el cambio de interpretación de los tribunales, que optan por apreciar cada caso específico, en el intento de conciliar la necesidad del demandante con la observancia de la racionalidad por el Estado.

Una de las decisiones emblemáticas de la primera fase corresponde a la decisión del Superior Tribunal de Justicia, en 1996, de un recurso en orden de seguridad RMS 6564/RS. En ese caso, el Superior Tribunal de Justicia afirmó que el derecho a la salud era norma programática, y que así, no habría derecho neto y seguro a tutelar.

En las palabras del ponente Demócrito Reinaldo, las normas constitucionales meramente programáticas-ad ejemplares, el derecho a la salud- protegen un interés general, sin embargo, no confieren a los beneficiarios de ese interés el poder de exigir su satisfacción -por la vía del mandamus - delimitado su objeto, ni fijada su extensión, antes que el legislador ejerza el munus de completarlas a través de la legislación integrativa. Estas normas (artículos 195, 196, 204, y 227 de la CF) son de eficacia limitada, o, en otras palabras, no tienen fuerza suficiente para desarrollarse íntegramente, o no disponen de eficacia plena, puesto que dependen, tener incidencia sobre los intereses tutelados, de legislación complementaria".

El ponente afirma que "en la norma jurídico-constitucional que dispone, todos tienen derecho y el Estado deber" -el deber de salud-como afianzan los constitucionalistas, en realidad todos no tienen derecho, porque la relación jurídica entre el ciudadano y el Estado deudor no se fundamenta en la vinculación jurídica generadora de obligaciones, por lo que falta al ciudadano el derecho subjetivo público, oponible al Estado, de exigir en juicio, las prestaciones prometidas a que el Estado se obliga por la proposición ineficaz de los constituyentes. El ponente subraya además que a ningún órgano o autoridad se les permite realizar gastos sin la debida autorización presupuestaria, lo que constituiría una desviación de los fondos. Este primer posicionamiento de la corte superior es, en adelante, en el sentido de negar la viabilidad del derecho a la salud por vías judiciales.

Cabe señalar que, a partir de 2000, se observa que las cortes superiores pasan a garantizar ese derecho de forma plena e ilimitada. De hecho, estos tribunales pasan a determinar la realización del derecho a la salud indiscriminadamente, relacionando este derecho al principio de la dignidad humana y al derecho a la vida, razón por la cual quedaría imposible negarlo por razones presupuestarias. En este sentido, se observa la decisión dictada en el Agravio Regimental en el Recurso Extraordinario 271286/RS, en 2000.

En esta decisión, se discutía la obligatoriedad del Estado de Rio Grande do Sul de suministrar medicamentos para personas afectadas por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. El Supremo Tribunal Federal declaró que el derecho a la salud era consecuencia indisociable del derecho a la vida, afirmando que "El derecho público subjetivo a la salud representa prerrogativa jurídica no disponible asegurada a la generalidad de las personas por la propia Constitución de la República (artículo 196). En el caso de los portadores del virus VIH, el poder público, a quien corresponde formular y aplicar políticas sociales y económicas idóneas para garantizar a los ciudadanos, incluso a aquellos portadores del virus VIH, universal e igualitario a la asistencia farmacéutica y médico-hospitalario".

El ponente Celso de Mello agrega además que "El derecho a la salud, además de calificarse como derecho fundamental que asiste a todas las personas, representa una consecuencia constitucional indisociable del derecho a la vida. El Poder Público, cualquiera que sea la esfera institucional de su actuación en el plano de la organización federativa brasileña, no puede mostrarse indiferente al problema de la salud de la

población, so pena de incidir, aunque sea por censurable omisión, en grave comportamiento inconstitucional". En esta decisión, el relator asegura el derecho a la salud como un derecho pleno y universal, debiendo el Poder Público, y si es necesario, el Poder Judicial, asegurarlo.

Este mismo entendimiento es ratificado en la decisión de Recurso Extraordinario 198263/RS de 2001, en la cual el relator afirma que "indisputable la obligación del Estado en socorrer a pacientes pobres de la fenilcetonuria, he aquí que la salud es un deber constitucional que le corresponde bien administrar. La Constitución, por casualidad Ley Mayor, es suficiente para constituir la obligación. En materia tan relevante como la salud, descabellan disputas menores sobre legislación, mucho menos sobre fondos, cuestión de prioridad". Así, los problemas presupuestarios no podrían ser utilizados como justificación para obstaculizar el acceso a la salud, tal derecho era pleno y universal, y debería estar garantizado. Este entendimiento llevó a un número excesivo de demandas, que obligaron a los tribunales a repensar sus argumentos y sus posiciones.

Esta modificación comienza a partir de 2005, merece destacarse el juicio de suspensión de tutela anticipada n. 91, de 2007, relativa al suministro de medicamentos a pacientes renales crónicos o trasplantados. En esta decisión, la ministra Ellen Gracie del Supremo Tribunal Federal afirmó: "Entiendo que la norma del artículo de la Constitución de la República, que asegura el derecho a la salud, se refiere, en principio, a la efectividad de políticas públicas que alcancen a la población como un todo, asegurándole acceso universal e igualitario, y no a situaciones individualizadas. La responsabilidad del Estado en proporcionar los recursos necesarios para la rehabilitación de la salud de sus ciudadanos no puede venir a inviabilizar el sistema público de salud".

De este modo, se percibe la necesidad de racionalizar los gastos para el beneficio del mayor número de personas posible, ya que el artículo 196 garantiza el derecho a la salud a todos. En este sentido, enfatiza la referida ponente que "comprobé estar debidamente configurada la lesión al orden público, considerada en términos de orden administrativo, por cuanto la ejecución de decisiones como la ahora impugnada afecta al ya abalado sistema público de salud. En efecto, la gestión de la política nacional de salud, que se realiza de forma regionalizada, busca una mayor racionalización entre el costo y el beneficio de los tratamientos que deben suministrarse gratuitamente, para alcanzar el mayor número posible de beneficiarios".

En la misma dirección, el juicio de la suspensión de seguridad n. 3073/RN de

2007, en el que se discutía la viabilidad de obligar al poder público a garantizar el medicamento experimental. Siguiendo la misma lógica del juicio anterior, la ministra Ellen Gracie afirma que “En el presente caso, al darse el coste del medicamento en cuestión a favor del impetrante, se está disminuyendo la posibilidad de ofrecer servicios de salud básicos al resto de la colectividad. Además, el medicamento solicitado por el impetrante, además de ser de alto costo, no figura en la lista del Programa de Dispensación de Medicamentos en Carácter Excepcional del Ministerio de Salud, cierto, aún, que el mismo se encuentra en fase de estudios e investigaciones”.

En ese contexto, se desestimó la solicitud, por ser el medicamento extremadamente caro y no figurar en la lista de medicamentos del SUS, de modo que garantizarlo constituiría así una lesión del orden público. De este modo, se verifica que garantizar un medicamento solo bajo la alegación de que el derecho a la salud es universal y que el Estado debe hacerlo a toda costa ya no es argumento suficiente. Hay un derecho a la salud, pero es necesario evaluar las particularidades de cada caso en cuestión, si causaría daño al orden ya la economía pública, por ejemplo.

5. Consideraciones finales

A lo largo de la discusión, se observó que el derecho a la salud es un derecho constitucionalmente previsto, caracterizado como fundamental social y que el Estado tiene el deber de, mediante la implementación de políticas públicas, concretarlo.

En la práctica, muchas veces, el ciudadano no tiene ese derecho efectivo. En ese sentido, se ha sostenido la posibilidad y la importancia de la actuación del Poder Judicial con miras a presionar a los demás Poderes a atender las necesidades vitales de la sociedad, sin que ello implique en la violación del principio de la separación de poderes.

En esta breve aproximación teórica respecto al tema, se puede percibir que hay evidencias más positivas que negativas del proceso de expansión del Poder Judicial, afirmación corroborada por las decisiones analizadas. En el caso de la discapacidad en la prestación de ese deber, el Poder Judicial puede hacer valer el derecho del ciudadano que tiene un tratamiento médico o solicitado de medicamentos negados por el Poder Público, una vez comprobada su necesidad inequívoca, en obediencia al principio de la dignidad humana y al mínimo existencial. Sin embargo, los tribunales superiores

presentan una comprensión más conciliadora frente a esta problemática, evaluando las particularidades de cada caso concreto y ponderando acerca de la posibilidad económica del Poder Público.

Referencias

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre conceito jurídico**. Organizador: Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.16 n.1, 2015

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BRASIL. **Lei nº 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. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 10.09.2014.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

Brasília, 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm> Acesso em: 10.09.2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde.** Brasília: CONASS, 2003.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Organizador: Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUNHA JÚNIOR, D. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, R. **A virtude Soberana:** A Teoria e a Prática da Igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREIRE JÚNIOR, A. B. O controle judicial de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, 2005.

GIALDINO, R.E. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. **Investigaciones**, n. 3, Buenos Aires, 2001.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTESQUIEU, C. S. B. **Do espírito das leis.** Trad. Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAIS, J. L. B. O direito da saúde! **In:** SCHWARTZT, Germano (Org). A saúde sob os cuidados do direito. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003b.

NOVAIS, J. R. **Direitos Sociais:** Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

PIOVESAN, F.; VIEIRA, R. S. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades.** Nº 15. Abril de 2006.

ROCHA, E. B. R. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil.** São Paulo: Tribo, 2011.

SARAVIA, E. Introdução à Teoria da Políticas Pública. **In:** Políticas Públicas; coletânea / Organizadores: Enrique Saraiva e Elisabete Ferrarezi. – Brasília: ENAP, 2006.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, J. A. **Comentário Contextual à Constituição.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, L. B. A. **A produção normativa do Poder Executivo (medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos).** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA, C. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, abo 8, jul/dez, 2006.

SCHWARTZ, G. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, G. **Gestão compartida sanitária no Brasil:** possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTZ, Germano (org). A saúde sob os cuidados do direito. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

1.