



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JULIANA BERKA RODRIGUES PORFIRO

DIREITO À SAÚDE:
A BUSCA PELA EFETIVIDADE E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA
SAÚDE NO BRASIL

Palhoça
2017

JULIANA BERKA RODRIGUES PORFIRO

**DIREITO À SAÚDE:
A BUSCA PELA EFETIVIDADE E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA
SAÚDE NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hernani Luiz Sobierajski, Msc.

Palhoça

2017

JULIANA BERKA RODRIGUES PORFIRO

**DIREITO À SAÚDE:
A BUSCA PELA EFETIVIDADE E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA
SAÚDE NO BRASIL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 26 de setembro de 2017.

Prof. e orientador Hernani Luiz Sobierajski, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

DIREITO À SAÚDE: A BUSCA PELA EFETIVIDADE E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 26 de setembro de 2017.

JULIANA BERKA RODRIGUES PORFIRO

Dedico este trabalho aos meus pais e meu marido, pela paciência, apoio e amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido, Rodrigo, pelo amor, companheirismo e paciência em ouvir minhas ideias que hoje estão solidificadas neste trabalho.

Aos meus pais, Ricardo e Heloisa, pelo amor, exemplo de superação e incentivo para concluir mais esta etapa da minha vida.

Às minhas irmãs e afilhada pelo simples fato de existirem e tornarem meus dias mais felizes.

Ao prof. Hernani Luiz Sobierajski, por ter aceitado ser meu orientador e pelas valiosas contribuições.

Ao prof. Gabriel Henrique Collaço pelas dicas e contribuições a este trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo suscitar uma reflexão sobre o Direito à Saúde como um direito fundamental social, demonstrando os desafios para sua efetividade e a sua relação com o crescente processo de judicialização da saúde no Brasil. Para isto serão abordadas noções básicas acerca dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, os princípios envolvidos, e o papel do Estado na implementação de políticas públicas com vistas a garantir o acesso universal e igualitário deste direito. No desenvolver deste trabalho serão analisados os conflitos existentes entre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, bem como os posicionamentos que marcaram as três fases de interpretação do direito à saúde na jurisprudência dos tribunais superiores. Foram utilizados os métodos de abordagem dedutivo, de pesquisa qualitativo e de procedimento monográfico. Já a técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, contemplando uma revisão da literatura.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direito fundamental social. Judicialização da saúde. Reserva do possível. Mínimo existencial.

LISTA DE SIGLAS

AGU - Advocacia Geral da União

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONASS - Conselho Nacional de Secretários da Saúde

CONJUR/MS - Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LOS - Lei Orgânica da Saúde

OMS - Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

SDD - Sistema de Desembolso Direto

SIPS - Sistema de Indicadores de Percepção Social

SSS - Sistema de Saúde Suplementar

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	11
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE.....	11
2.2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	17
2.3 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS QUE ASSEGURAM OS DIREITOS SOCIAIS.....	23
3 SAÚDE NO BRASIL.....	29
3.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	29
3.2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO SUS.....	35
3.3 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	38
4 INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	45
4.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	45
4.2 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL	50
4.3 DECISÕES ILUSTRATIVAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	57
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

A saúde é prevista em nosso ordenamento jurídico como um direito-dever, ou seja, ao mesmo tempo que o legislador pátrio garantiu a saúde a todos os cidadãos, também incumbiu ao Estado o dever de disponibilizar os recursos necessários para garantir a sua concretização.

Nesse sentido, a classificação da saúde como um direito fundamental de natureza social, implica no reconhecimento do dever prestacional do Estado de promover ações e políticas públicas que permitam o acesso universal, integral e igualitário à saúde, disponibilizando não somente acesso aos serviços e insumos de assistência à saúde, como também atuando de forma preventiva e promocional, garantindo qualidade de vida à população.

No entanto, apesar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) ter estendido esse direito a todos os brasileiros e inclusive aos estrangeiros residentes no Brasil, passados quase 30 anos de sua promulgação, constata-se que ainda são muitas as dificuldades encontradas pela população para garantir a concretização desse direito, tanto no que se refere ao acesso aos serviços de saúde, quanto no que se refere ao acesso aos insumos da assistência farmacêutica.

Diante disto, muitas pessoas têm recorrido ao judiciário na esperança de ter a efetivação desse direito garantido constitucionalmente. Tal fenômeno é conhecido como judicialização da saúde e tem ganhado cada vez mais espaço nas discussões doutrinárias, jurisprudenciais e acadêmicas em virtude do aumento expressivo dessas ações nos últimos anos e do seu impacto no orçamento público.

O tema mostra-se relevante no cenário contemporâneo, marcado pela crise econômica que coloca em risco a concretização desse direito fundamental social, uma vez que argumentos como a escassez de recursos e a teoria da reserva do possível têm sido utilizados para justificar as falhas na prestação do direito à saúde.

Neste contexto, o presente trabalho destina-se a suscitar uma reflexão a respeito da (in)efetividade do direito à saúde, tendo como problemática a seguinte questão: Qual a relação possível entre intervenção judicial e efetividade do direito à saúde no Brasil?

Para atingir o objetivo supracitado, a monografia é dividida em três capítulos. O primeiro capítulo destaca a evolução histórica do direito à saúde, abordando o direito à saúde como um direito fundamental social e as características relacionadas

aos direitos prestacionais de segunda geração. Além disso, nesse capítulo são feitas algumas considerações sobre a questão da eficácia jurídica das normas que asseguram o direito à saúde e sua capacidade de produzir efeitos na sociedade.

O segundo capítulo trata do alcance da saúde no Brasil, destacando o funcionamento do Sistema Único de Saúde, seus princípios norteadores e as dificuldades encontradas para a efetivação do direito à saúde, demonstrando que esta situação está atrelada às condições político-orçamentárias.

Já no terceiro e último capítulo são feitas algumas considerações sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, analisando as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, bem como os principais argumentos apresentados para justificar a necessidade de intervenção do Judiciário na efetivação do direito a saúde e os limites de sua atuação. Por fim, é demonstrada a evolução do entendimento dos tribunais superiores acerca da eficácia jurídica das normas que asseguram o direito à saúde.

Neste trabalho foram utilizados os métodos de abordagem dedutivo, de pesquisa qualitativo e de procedimento monográfico. Já a técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, contemplando uma revisão da literatura pertinente à temática proposta.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Este capítulo inaugural tratará inicialmente da evolução histórica e constitucional desse direito, com destaque especial para a CRFB/88, que representou um marco para a sociedade brasileira na conquista dos direitos sociais. Em seguida, serão verificadas as características dos direitos fundamentais e as implicações da inclusão da saúde no rol dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Por fim, serão feitas considerações acerca da eficácia jurídica das normas que asseguram o direito à saúde, ou seja, sua aplicabilidade, sua capacidade de produzir efeitos na sociedade.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE

A compreensão do que se entende por saúde e, conseqüentemente a incorporação desse direito no ordenamento jurídico pátrio, percorreu um longo caminho até chegar na concepção atual, que considera o indivíduo em sua plenitude, remetendo ao conceito de bem-estar físico, mental e social, e conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana.

Miriam Ventura e colaboradores esclarecem que essa trajetória de reconhecimento e positivação do direito à saúde reflete “as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, de como alcançar este estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos estados” (VENTURA et. al., 2010, p. 82).

Dessa forma, antes de adentrar na retrospectiva histórica do direito à saúde, imperioso esclarecer algumas considerações sobre o que referido tema representa para a sociedade e conseqüentemente para o ordenamento jurídico.

Ao abordar esse assunto, Bernardo Lima Vasconcelos Carneiro leciona que:

A ideia sobre o que é saúde variou bastante ao longo do tempo, cambiando de acordo com as condições materiais de vida, com o grau de desenvolvimento e, conseqüentemente, com a percepção de mundo assumida pelos distintos agrupamentos humanos. Trata-se, assim, inquestionavelmente, de um conceito fluido, mutável, em constante adaptação (CARNEIRO, 2016, p.29-30).

Verifica-se, portanto, que o conceito de saúde é um conceito mutável, que vem sofrendo transformações de acordo com o contexto cultural, social, econômico e político no qual está inserido. Corroborando esse entendimento, Scliar esclarece que a compreensão do que se entende por saúde e doença não varia somente de acordo com o tempo e lugar, mas também envolve as concepções religiosas, científicas e filosóficas de cada pessoa (SCLIAR, 2007).

No decorrer da história, em condições adversas, a humanidade teve que enfrentar diversas doenças que colocaram em risco a sua existência, tais como lepra, peste, cólera, varíola, malária, entre outras. Consequentemente, nada mais natural para esse contexto que associar o termo saúde à eliminação das enfermidades que ameaçavam a sobrevivência humana (SCHWARTZ, 2001). Assim, predominou durante muito tempo o entendimento de que a saúde era apenas um estado de ausência de doença ou enfermidade. Ou seja, bastava que um indivíduo não estivesse doente para ser considerado sadio. Esse entendimento tem sido referenciado pela doutrina como o conceito negativo de saúde (CARNEIRO, 2016).

Todavia, com o passar do tempo a sociedade evoluiu e a concepção negativa até então adotada passou a ser considerada incompleta e limitada (CARNEIRO, 2016). Conforme observa Schwartz, “as transformações sociais ocorridas no séc. XX e as grandes guerras do mesmo período fizeram com que fosse repensada a ideia de saúde curativa” (SCHWARTZ, 2001, p. 34).

Nesse contexto, ouvindo os anseios e aspirações da sociedade do segundo pós-guerra, surgiu a Organização Mundial da Saúde – OMS que, além de consagrar a saúde como um dos direitos fundamentais do ser humano, trouxe, no preâmbulo de sua constituição, uma nova definição para o termo relacionando-o a um “estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade” (SCLIAR, 2007; OMS, 1946).

Seguindo esse entendimento, Miriam Ventura e colaboradores ressaltam que “a saúde é sobretudo uma questão de cidadania e de justiça social, e não um mero estado biológico independente do nosso status social e individual” (VENTURA, et. al., 2010, p. 81).

Esse novo conceito é reconhecido pela doutrina como o conceito positivo de saúde, justamente por considerar o indivíduo em sua integralidade, indo além do estado de ausência de doença (CARNEIRO, 2016).

No que se refere à sua positivação, importante destacar que o direito à saúde, já se encontrava assegurado desde a primeira Constituição brasileira, da época do Brasil Imperial, em 1824, conforme exposto a seguir:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...]

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser proibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

[...]

XXXI. A Constituição também garante os soccorros públicos (BRASIL, 1824).

Entretanto, apesar de assegurar o direito à saúde, a Constituição do Império em momento algum regulamentou esse direito. Fato este que é totalmente compreensível se for considerado que nesse período o Brasil, recém declarado independente, mal possuía hospitais e serviços de vigilância sanitária. Além disso, à época, o direito à saúde nem sequer era regulamentado no âmbito internacional (SCHWARTZ, 2001).

Quando foi promulgada a primeira constituição republicana, Constituição de 1891, nenhuma menção foi realizada acerca do direito à saúde (CARVALHO, 2010). Durante essa época, apenas as ações e serviços de saúde pública (campanhas de vacinação e ações de vigilância epidemiológica) eram fornecidos pelo Estado, ficando a assistência médica a cargo do setor privado. Somente os pacientes acometidos de doenças consideradas como graves problemas de saúde pública, tais como a hanseníase e tuberculose, tinham seu tratamento custeado pelo Poder Público (BARROSO, 2007).

Apesar da ausência de inclusão do direito à saúde na Constituição de 1891 ter representado um retrocesso aos direitos sociais no Brasil, da mesma forma, no âmbito internacional, o direito à saúde continuava carente de legislação (SCHWARTZ, 2001).

Na era Vargas, a Constituição de 1934 voltou a garantir o direito à saúde, prevendo em seu artigo 10, inciso II, ser de competência concorrente da União e dos Estados cuidar da saúde e assistência públicas (BRASIL, 1934), garantindo a assistência médica ao trabalhador e à gestante da seguinte forma:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (BRASIL, 1934).

Referida Constituição, representa a mudança para um suposto Estado Social brasileiro, no qual percebe-se a incorporação de algumas preocupações sanitárias (SCHWARTZ, 2001). Seguindo essa linha de proteção ao trabalhador e à gestante, veio a Constituição de 1937, que garantia o direito à saúde também vinculado à legislação do trabalho nos seguintes termos:

Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

[...]

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; (BRASIL, 1937).

Diante do exposto, percebe-se que durante essa época, embora a saúde tenha voltado a ser garantida constitucionalmente, sua dimensão assistencial estava restrita à classe trabalhadora que contribuía para institutos de previdência.

A Constituição de 1946, promulgada no período marcado pela redemocratização do governo, manteve a assistência sanitária, inclusive a hospitalar e médica preventiva restrita ao trabalhador e à gestante nos seguintes termos:

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

[...]

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;

[...]

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; (BRASIL, 1946)

Até esse período, a incorporação do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio esteve vinculada à produtividade do trabalhador. Nesse contexto, cabe destacar que no cenário internacional, a Constituição da República Italiana de 1948 inovou ao

tratar os processos saúde e doença como processos biológicos e sociais, elevando a saúde como um direito fundamental do homem (SCHWARTZ, 2001).

Em seguida, no mesmo ano, foi publicada pela Organização das Nações Unidas - ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que incorporou a concepção de saúde da OMS, mais abrangente, atrelada ao conceito de bem-estar, conforme se extrai da redação do §1º do artigo 25:

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (ONU, 1948).

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos representou um grande marco para o reconhecimento da essencialidade e abrangência do direito à saúde no cenário internacional (CARNEIRO, 2016).

Referida declaração foi recepcionada em efeito cascata por várias Constituições estrangeiras nos anos seguintes, tamanha a sua relevância para a sociedade. Todavia, no cenário interno, deixou de ser recepcionada pela Constituição de 1967, promulgada na época do Regime Militar, que preferiu manter a linha de suas Constituições anteriores, onde o direito à saúde era restrito à classe trabalhadora (SCHWARTZ, 2001).

Nesse sentido é a redação do artigo 158, exposto a seguir:

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

[...]

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte (BRASIL, 1967).

Foi somente a partir da década de 80, com a 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986), que o modelo de sistema de saúde previdencialista, até então adotado pelas constituições brasileiras, passou a ser revisto. Referida conferência foi um grande marco na evolução histórica do direito à saúde no Brasil, marcado por intensos debates acerca dos seguintes temas: saúde como direito, reformulação do sistema

nacional de saúde e financiamento setorial (BRASIL, 1986; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000).

Nessa conferência discutiu-se intensamente a necessidade de uma reforma no sistema de saúde capaz de transcender os limites de uma reforma administrativa e financeira, vinculada à ampliação da compreensão do que se entende por saúde, a qual passou a ser chamada de reforma sanitária (BRASIL, 1986).

De acordo com o relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde, o direito à saúde significa:

[...] a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade (BRASIL, 1986).

Seguindo as diretrizes da Declaração Universal de Direitos Humanos e da 8ª Conferência Nacional de Saúde, bem como a evolução social e política da sociedade, em 1988 foi promulgada a CRFB/88 que ampliou e estendeu o direito à saúde, conforme descrito a seguir:

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 (BRASIL, 1988).

Portanto, foi com a CRFB/88 que o direito à saúde deixou de estar restrito aos trabalhadores, passando a abranger todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, independentemente de vínculo empregatício e de contribuição para a previdência social.

Acerca do artigo supracitado, Schwartz esclarece que a palavra recuperação remete à ideia de saúde curativa, conforme convencionado pela doutrina, enquanto que as expressões redução do risco de doença e proteção referem-se à prevenção de doenças, ou seja, à saúde preventiva. Já a palavra promoção associou de forma inusitada no ordenamento jurídico pátrio a saúde à qualidade de vida da população, o que representa uma grande conquista da sociedade brasileira relacionada ao direito à saúde (SCHWARTZ, 2001).

Dessa forma, outro ponto que merece destaque na CRFB/88 é a associação da saúde à qualidade de vida da população, consolidando a concepção de saúde

adotada pela OMS no ordenamento jurídico pátrio, o que remete à necessidade do desenvolvimento de ações e políticas públicas mais abrangentes como forma de garantir a saúde e bem-estar de toda população.

Além disso, a partir da CRFB/88, também conhecida como Constituição Cidadã devido à ampla participação popular em seu processo de elaboração, a saúde passou a ser tratada como verdadeiro direito fundamental do cidadão, qualificando-o em seu artigo 6º, como direito fundamental social (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008; KUNRATH, 2016; SILVA, 2017).

Neste contexto, merece destaque o forte cunho analítico, programático e dirigente da CRFB/88 que, ao mesmo tempo que garantiu diversos direitos fundamentais, deixando clara a “intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos”, também estabeleceu um “grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos” (SARLET, 2009, p. 65).

Desta forma, referida Constituição foi inovadora e representa um marco para o Estado Democrático de Direito, estabelecendo uma série de direitos e garantias fundamentais para a realização plena da cidadania, contrapondo as violações de direitos tão recorrentes na época da ditadura militar (KUNRATH, 2016; SILVA, 2017).

Por todo o exposto, percebe-se que a evolução histórica do direito à saúde reflete as transformações que as definições de saúde e doença sofreram ao longo dos tempos, bem como o momento social e político em que cada Constituição foi concebida. Neste contexto, a CRFB/88 representa um grande marco para o direito à saúde no cenário político e jurídico brasileiro, em função da sua inclusão, pela primeira vez, no rol dos direitos fundamentais garantido a toda a população.

2.2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Conforme o exposto no tópico anterior, após a promulgação da CRFB/88, o direito à saúde foi elevado ao patamar de direito fundamental, tomando lugar de destaque no cenário político e jurídico brasileiro. Entender a classificação desse direito constitucional é de suma importância para a compreensão do crescente processo de judicialização da saúde no Brasil.

Para atingir o objetivo proposto, esta seção abordará a evolução dos direitos fundamentais, destacando as características de cada dimensão de direitos, com especial atenção aos direitos prestacionais de segunda dimensão. Em seguida, serão feitas algumas considerações acerca das implicações do enquadramento pelo Constituinte do direito à saúde no rol dos direitos sociais.

Preliminarmente, antes de adentrar na análise do direito à saúde como um direito fundamental social, pertinente elucidar a expressão “direitos fundamentais” ou “direitos fundamentais do homem” e distingui-la da expressão “direitos humanos”.

Acerca do tema, Walter Claudius Rothenburg esclarece que:

Os direitos fundamentais constituem a base (axiológica e lógica) sobre a qual se assenta um ordenamento jurídico. Nesse sentido, pode-se aludir também à originalidade para dizer que os direitos fundamentais são os primeiros a se levar em conta na compreensão do sistema jurídico (ROTHENBURG, 1999; p.55; apud NUNES, 2007; p.28).

Já Alexandre de Moraes define os direitos fundamentais como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2002; p.39)

O doutrinador José Afonso da Silva, por sua vez, entende que a expressão “direitos fundamentais do homem” é a mais adequada e a conceitua da seguinte maneira:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (SILVA, 2017, p. 180).

Desta forma, seja qual for a expressão utilizada, direitos fundamentais ou direitos fundamentais do homem, ambas possuem o mesmo significado e enfatizam a fundamentalidade desses direitos. Como o próprio nome já diz, os direitos fundamentais são essenciais à manutenção da vida, constituem-se no conjunto de direitos que tem por finalidade garantir a existência de uma vida digna, protegendo o

cidadão contra os arbítrios da atividade estatal e estabelecendo condições para o desenvolvimento humano em sua plenitude.

No que se refere à distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, essa sim merece destaque, visto tratar-se de concepções diferentes. Nesse sentido, Joaquim Gomes Canotilho esclarece que:

Os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente, enquanto os direitos humanos, ou direitos do homem, como gênero humano, são os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (CANOTILHO, 1998, p. 359 apud NUNES, 2007, p.21).

Corroborando esse entendimento, o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet nos ensina que:

O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2009, p. 29).

Percebe-se, portanto, que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais destinam-se a resguardar certos valores e reivindicações essenciais para que o ser humano possa ter uma vida com dignidade, sua condição própria de existência, sendo que o que os diferencia é apenas o plano de positivação. Enquanto os direitos humanos encontram-se resguardados em documentos internacionais, os direitos fundamentais são aqueles que foram reconhecidos e incorporados ao ordenamento jurídico de determinada nação.

Ademais, a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou nos documentos internacionais, entre os quais se destaca a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), resultando num rol de direitos fundamentais muito próximos dos direitos humanos, por vezes mais, outras menos, abrangentes (SARLET, 2009). Dessa forma, é importante que se compreenda a diferença entre esses dois termos sem desconsiderar a harmonização existente entre eles.

No que se refere aos direitos fundamentais, por terem evoluído gradativamente de acordo com as necessidades e reivindicações de cada momento, foram

classificados pela doutrina em gerações ou dimensões de direitos (OLIVEIRA e COSTA, 2011).

Quanto a esse aspecto, convém esclarecer que o termo gerações tem sido criticado por diversos doutrinadores por remeter à ideia de alternância, de substituição de um grupo de direitos por outro, o que não condiz com a realidade. Isto, pois, a evolução dos direitos fundamentais vem ocorrendo através de um processo de reconhecimento progressivo e cumulativo de novos direitos fundamentais, os quais são complementares aos direitos já existentes. Por conseguinte, considerando a imprecisão terminológica da expressão “gerações de direitos”, alguns doutrinadores modernos optaram por substituí-la pela expressão “dimensões de direitos” (SARLET, 2009). Todavia, ressalta-se que a controvérsia reside apenas na questão terminológica, uma vez que em relação ao conteúdo, ambos os termos têm sido utilizados com a mesma finalidade.

Divergências terminológicas a parte, é consenso entre os doutrinadores que existem pelo menos 3 dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais, sendo que alguns defendem a existência de uma quarta, quinta e até sexta dimensão de direitos (SARLET, 2009).

Segundo Norberto Bobbio, a evolução dos direitos fundamentais (ou direitos do homem, como prefere o autor) ocorreu da seguinte forma:

Num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar, para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou liberdade por meio do Estado (BOBBIO, 2004; p32).

Dessa forma, os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem estreita relação com pensamento liberal-burguês do século XVIII caracterizando-se pela afirmação dos direitos do indivíduo em face do Estado, e por isso também denominados de direitos de defesa, ou direitos de cunho negativo, já que objetivam garantir uma abstenção do Poder Público. Entre esses direitos estão o direito à vida,

à liberdade, à propriedade, etc. (SARLET, 2009). Os direitos desta dimensão são os intitulados direitos individuais e permitem sua oposição contra a vontade do Estado (SCHWARTZ, 2001).

Já no século XX, após a transição do Estado Liberal para o Estado Social ou Estado de Bem-Estar foram agregados à Constituições os chamados direitos de segunda dimensão, resultantes do clamor da sociedade por justiça social através de uma participação ativa do Estado. Assim, os direitos dessa dimensão, de cunho social, caracterizam-se por prestações positivas por parte do Estado (BRENNER, 2005).

Sarlet salienta que os direitos de segunda dimensão englobam direitos de igualdade, que implicam em prestações sociais por parte do Estado, refletindo a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, dentre as quais destacam-se a educação, a saúde, o trabalho, entre outros (SARLET, 2009).

Os direitos de terceira dimensão, por sua vez, são caracterizados por direitos de titularidade difusa ou coletiva, e, portanto, são chamados direitos de solidariedade e fraternidade. Dentre esses direitos, destacam-se o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida (SARLET, 2009; OLIVEIRA e COSTA, 2011).

Assim, as dimensões dos direitos fundamentais demonstram o longo caminho percorrido pela sociedade na busca do reconhecimento e afirmação de direitos que são essenciais para o desenvolvimento do ser humano e da sociedade. Conforme consignado acima, os direitos de primeira dimensão demonstram que a preocupação inicial do legislador era proteger o indivíduo e suas liberdades em face do Estado, limitando a intervenção do Estado na esfera privada. Por outro lado, os direitos de segunda dimensão, superaram a perspectiva liberal e atribuíram ao Estado o dever de proporcionar melhores condições de vida à população, com vistas a superar as desigualdades e promover a justiça social.

Nesse sentido são os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõe seja criada ou colocada à disposição a prestação eu constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a

participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2007, p. 299 apud CARNEIRO, 2016, p. 66)

Desta forma, os direitos de segunda dimensão compõem o grupo dos chamados direitos sociais, os quais exigem do Estado prestações positivas para a sua concretização, conforme esclarece Pedro Lenza:

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, da CF/1988) (LENZA, 2009, p.758 apud FURLANETO, 2010, p. 4).

José Afonso da Silva leciona que:

os direitos sociais fazem parte do grupo que demanda prestações positivas por parte do Estado direta ou indiretamente, a fim de possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, e realizar a igualização de situações sociais desiguais. Desta forma, valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo de liberdade (SILVA, 2017, p. 288-289).

Os direitos sociais encontram-se, portanto, vinculados à concepção de que cabe ao Estado fornecer aos indivíduos os meios materiais para o desenvolvimento de uma vida com dignidade, sendo indispensáveis para o usufruto dos direitos individuais de primeira dimensão.

Nesse sentido, Carneiro esclarece que:

Frutos de lutas sociais, os referidos direitos nascem do reconhecimento de que não basta assegurar abstratamente a chamada liberdade-autonomia se, na prática, seus titulares encontrarem-se impossibilitados de gozar em plenitude dessa garantia, à vista da carência dos bens mais elementares, necessários à execução das atividades que estão justamente protegidas contra a intromissão estatal (CARNEIRO, 2016, p. 65).

Ao incluir o direito à saúde no rol dos direitos sociais presentes no artigo 6º da CRFB/88, o Constituinte consolidou-o como um verdadeiro direito fundamental do ser humano, de natureza prestacional, impondo ao Estado o dever de assegurá-lo por meio de políticas públicas a toda população (SCHWARTZ, 2001).

Nesse âmbito, a saúde, como direito fundamental social, tem por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais imprescindíveis para o pleno gozo dos

demais direitos. Assim, pode-se dizer que a saúde é pré-requisito para a efetivação do direito à vida, à liberdade, entre outros.

Importante consignar nesse contexto que o direito fundamental à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, pode ser analisado sob duas perspectivas: uma subjetiva e outra objetiva.

Acerca da perspectiva subjetiva do direito à saúde, Schwartz leciona que esta torna “possível ao cidadão-credor exigir do Estado-devedor a devida prestação sanitária, seja por meio judicial ou administrativo, desde que o Estado não cumpra com o dever ele imposto” (SCHWARTZ, 2001, p. 25).

Em relação à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, no qual se insere o direito à saúde, Carneiro leciona que:

Constituem manifestação da incorporação, pelo ordenamento, de valores objetivos impessoais, tidos como essenciais para uma boa e harmoniosa convivência social, capazes, assim, de irradiar efeitos jurídicos por todo o sistema, bem como conformar o comportamento tanto do Estado como dos particulares, de modo a proteger e promover o tal valor a medida em que o reconhecimento de sua fundamentalidade foi resultado de uma decisão política do constituinte, enquanto representante do poder soberano residente no povo (CARNEIRO, 2016, p. 70-71).

Logo, a perspectiva subjetiva refere-se ao direito que o titular da norma possui de exigir do sujeito passivo da relação obrigacional uma contraprestação com vistas a garantir a efetivação no plano fático do direito consagrado constitucionalmente, ao passo que a perspectiva objetiva se relaciona à positivação da norma no ordenamento jurídico pátrio, propagando seus efeitos jurídicos no comportamento do Estado e da sociedade.

2.3 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS QUE ASSEGURAM OS DIREITOS SOCIAIS

Para consolidar o entendimento do direito fundamental à saúde, neste tópico passa-se à apreciação da questão da eficácia jurídica das normas que asseguram os direitos sociais. Isto, pois, a compreensão da eficácia normativa do direito à saúde é de suma importância para definir os limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde, tema este que será abordado em capítulo ulterior.

Antes de adentrar no estudo da eficácia jurídica das normas que asseguram os direitos sociais, importante esclarecer a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social.

Acerca da eficácia social, Miguel Reale assinala que:

A eficácia social da norma refere-se ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ao reconhecimento do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento (REALE, 1984, p. 135 apud BARROSO, 2003, p. 84).

Nesse contexto, pertinente a explicação de Luís Roberto Barroso acerca da efetividade:

A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2003, p. 85).

Em relação à eficácia jurídica, José Afonso da Silva esclarece que:

...designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade sua aplicação jurídica. (SILVA, 2003, p 66).

Neste sentido, pode-se dizer que a eficácia social corresponde à concretização da norma no mundo dos fatos, ou seja, sua efetividade, seu efeito real na sociedade, enquanto que a eficácia jurídica se refere à capacidade que a norma tem de ser aplicada ao caso concreto e produzir efeitos jurídicos, os quais não necessariamente se produzem. Em consonância com o exposto, Sarlet traz a seguinte definição:

Eficácia jurídica é a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação (SARLET, 2009, p.240).

Conforme salienta Barroso, a efetividade das normas está sujeita à sua eficácia jurídica, ou seja, à capacidade formal que a norma possui de reger situações

cotidianas (BARROSO, 2003). Dessa forma, a eficácia jurídica constitui-se em um pré-requisito para a eficácia social (que será abordada no próximo capítulo), estando associada à sua aplicabilidade no mundo dos fatos.

Conforme consignado anteriormente, o direito à saúde, que é o objeto de estudo deste trabalho, passou a ser reconhecido como um direito fundamental do ser humano a partir de sua inclusão no sol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da CRFB/88. Esse reconhecimento lhe garante aplicação imediata nos termos do artigo art. 5º, §1º da CRFB/88, o qual estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

No entanto, embora não se discuta a aplicabilidade do dispositivo supracitado aos direitos sociais, existe uma acalorada discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do significado e alcance da referida norma constitucional (CARNEIRO, 2016).

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que:

As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua aplicabilidade imediata, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de sua concretização legislativa (SARLET, 2009, p. 264).

Desta forma, em que pese a CRFB/88 atribuir aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, no que se refere aos direitos sociais, em razão da sua natureza programática exigir uma atuação concreta por parte do Estado, parte da doutrina questiona seu grau de eficácia jurídica.

Conforme salienta Barroso (2003), a discussão em torno do direito à saúde ocorre principalmente devido à redação ambígua do artigo 196 da CRFB/88, que assim estabelece:

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 (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

A dicção ambígua do artigo 196, que faz referência ao direito à saúde e ao dever do Estado, mas tem redação de norma programática – fala em políticas sociais e econômicas que não estão especificadas – produziu vasta discussão jurisprudencial (BARROSO, 2003, p. 110).

Observa-se, portanto, que, embora a primeira parte do artigo supracitado confira a todos um direito subjetivo à saúde, sua segunda parte estabelece o dever do Estado de garanti-la mediante políticas públicas e econômicas, adquirindo, portanto, caráter programático. Assim, apesar do artigo 5º, §1º da CRFB/88 ser aplicável aos direitos sociais, questiona-se se seria capaz de transformar essas normas de caráter programático em normas de eficácia plena.

Segundo José Afonso da Silva as normas constitucionais podem ser classificadas em três grupos de acordo com seu grau de eficácia jurídica: no primeiro grupo estariam as normas de eficácia plena, que segundo referido autor teriam aplicabilidade direta, imediata e integral; no segundo, estariam as normas de eficácia contida, as quais seriam de aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e por fim, no terceiro grupo estariam as normas de eficácia limitada, que seriam as declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as declaratórias de princípio programático, as quais dependeriam de legislação ulterior e, portanto, teriam aplicabilidade indireta (SILVA, 2003).

De acordo com essa classificação, pelo menos em análise superficial, as normas que definem os direitos sociais, por serem normas de caráter programático, teriam eficácia apenas limitada, e com isso sua aplicabilidade estaria sujeita a uma regulamentação pelo legislador ordinário (CARNEIRO, 2016).

No entanto, este entendimento não merece prosperar. Pela redação dos artigos 6º e 196 que consolidam o direito à saúde na CRFB/88, percebe-se que nem um, nem outro, possuem sua eficácia condicionada à prévia regulamentação pelo legislador ordinário, visto que nenhum desses artigos refere à necessidade de lei para regular o tema. Desta forma, apesar de parte do artigo 196 possuir caráter programático, verifica-se que não se enquadra na descrição das normas de eficácia limitada justamente por não depender de legislação ulterior para garantir a sua eficácia jurídica (CARNEIRO, 2016).

Como bem ressalta José Afonso da Silva, nem todas as normas de caráter programático dependem de regulamentação para garantir a sua eficácia plena e imediata. No caso, a norma prevista no artigo 196 da CRFB/88 é uma dessas exceções, visto que “a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o

Estado”, atribuindo ao Poder Público o dever de concretizar este direito. Continuando, referido autor assevera que “se esta norma não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma” (SILVA, 2003, p. 150).

De acordo com os ensinamentos de Canotilho, o direito à saúde possui uma dimensão subjetiva e outra objetiva, sendo que, assim como os direitos à educação e assistência “não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos” (CANOTILHO, 1983, p. 183 apud SILVA, 2003, p. 152). Desta forma, as normas programáticas, dentre as quais destaca-se o direito à saúde, possuem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante no que se refere à capacidade de criar situações jurídicas subjetivas (e, portanto, um direito oponível ao Estado) (SILVA, 2003).

Corroborando com esse entendimento, Schwartz e Bortolotto afirmam que as normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais não representam meras diretrizes, “constituindo-se em direito diretamente aplicável” uma vez que “definem metas e finalidades as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização” (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008, p.260).

No mesmo sentido, acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, Sarlet sustenta que “todas as normas de direito fundamentais são direta (e imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão programática dos direitos fundamentais” (SARLET, 2007, p. 312 apud CARNEIRO, 2016, p. 79).

Nesse sentido, também são os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

Qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, 1996, p. 83 apud BRENNER, 2005, p.2).

Atualmente, a doutrina já entende que as normas programáticas não podem mais ser compreendidas como normas de simples teor diretivo, sem eficácia jurídica, sob pena de se “reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio

teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária” (BONAVIDES, 2007, p. 150, apud CARNEIRO, 2016, p. 79-80).

Desta forma, o direito à saúde tem sido reconhecido como elemento essencial da dignidade da pessoa humana, e com isso às normas que o definem têm sido atribuída eficácia plena e aplicabilidade imediata, devendo ser garantido pelo Estado em todas as suas dimensões por meio de políticas públicas (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008; OLIVEIRA e COSTA, 2011; SARLET e FIGUEIREDO, 2013; CARNEIRO, 2016).

Corroborando esse posicionamento, Schwartz e Bortolotto esclarecem que:

O operador do Direito, ao se deparar com uma situação em que esteja em jogo um dado direito fundamental, pode dispor de meios processuais para dar efetividade a esse direito, independentemente de existir norma infraconstitucional integradora e mesmo contra a norma infraconstitucional que esteja dificultando a concretização do direito (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008, p. 259).

Diante do exposto ao longo do presente capítulo, percebe-se que ao incluir o direito à saúde no rol dos direitos fundamentais, o constituinte originário reconheceu e consolidou a essencialidade deste direito para a manutenção da vida e da dignidade humana, protegendo-o contra as ingerências do Estado.

Além disso, viu-se que, assim como os demais direitos sociais de segunda dimensão, o direito a saúde possui uma dimensão prestacional que impõe ao Estado o dever de desenvolver e implementar políticas públicas como forma de assegurá-lo, podendo ser analisado sob uma perspectiva subjetiva e outra objetiva. Enquanto a primeira possui caráter individual e garante ao titular deste direito o poder de exigí-lo judicialmente caso não seja satisfeito pelos poderes públicos a segunda assume um caráter transindividual, que reflete e irradia seus efeitos em toda a sociedade.

Por fim, nesta última seção, analisou-se a eficácia jurídica das disposições constitucionais que garantem o direito à saúde chegando à conclusão que, em que pese a natureza programática das normas instituidoras do direito à saúde, estas possuem aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, § 1º, do texto constitucional, e eficácia plena, constituindo-se em direito subjetivo passível de exigência do cidadão perante o Estado, fato este que será abordado em capítulo ulterior.

3 SAÚDE NO BRASIL

Após tratar dos contornos constitucionais do direito à saúde, analisando a posição privilegiada desse direito e a sua fundamentalidade para a garantia do bem-estar social e da vida com dignidade, neste capítulo será feita a interface entre a previsão normativa do direito à saúde e a sua eficácia social, ou seja, sua efetividade. Para tanto, inicialmente será abordada a institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde - SUS e as normas infraconstitucionais que o regulamentam, destacando as preocupações do legislador em dar plena efetividade a esse sistema. Em seguida serão analisados os princípios norteadores do SUS e, por fim, no último tópico será abordada a problemática do acesso à saúde no Brasil.

3.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Esta seção abordará a forma como o Estado brasileiro se organizou para dar efetividade às normas constitucionais que garantem o direito à saúde.

Primeiramente, cabe assinalar que antes da CRFB/88, existia um duplo comando na área da saúde, competindo ao Ministério da Saúde apenas as ações preventivas, ficando a cargo do Ministério da Previdência Social a assistência à saúde em sua dimensão curativa. Desta forma, apenas os trabalhadores com vínculo formal e seus dependentes possuíam acesso aos serviços públicos de saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000).

A partir da CRFB/88, com a criação do SUS, a saúde passou a ser um direito de todos, e suas ações curativa, protetiva e promocional ficaram sob o comando do Ministério da Saúde em nível federal, e sob a responsabilidade das secretarias municipais e estaduais de saúde, nos estados e municípios, conforme será tratado a seguir (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000).

As principais diretrizes das políticas públicas de saúde encontram-se previstas no artigo 196 da CRFB/88, que assim dispõe:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a partir da CRFB/88, o acesso à saúde deixou de ser restrito à classe trabalhadora, passando a ser universal e igualitário. Além disso, percebe-se pela redação do artigo supracitado que o constituinte atribuiu ao Estado o dever de promover as políticas públicas necessárias à concretização desse direito, ou seja, é dever do Estado garantir que os cidadãos tenham acesso à saúde.

Nesse sentido Silva e Vita esclarecem que:

O acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde impõe ao Sistema Único de Saúde a formulação de política de saúde, destinada a promover, nos campos econômico e social, a inclusão das pessoas, da família, das empresas e da sociedade nas atividades de prestação desses serviços (SILVA e VITA, 2014, p 250).

Além disso, ao adotar a concepção mais abrangente de saúde, alinhada com as diretrizes da OMS, a CRFB/88 consagrou a garantia do direito à saúde de forma sistêmica, incluindo além da dimensão curativa, as dimensões promocional e protetiva.

A partir dessa nova concepção, a saúde passou a ser reconhecida como um reflexo da qualidade de vida da população e a cura dos agravos deixou de ser o principal alvo das ações de saúde, ganhando posição de destaque os aspectos protetivo e promocional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000). Essa incorporação do conceito de saúde mais amplo requer a existência de ações planejadas e articuladas entre vários setores da sociedade para atingir o seu objetivo, o que remete à necessidade de uma política governamental integrada (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990).

Conforme destacam Ferraz e Vieira:

A saúde das pessoas é determinada por uma série de fatores sociais, econômicos, ambientais e biológicos inter-relacionados, e não exclusivamente pelos cuidados médicos a que têm acesso. A atenção à saúde depende, portanto, de políticas multissetoriais abrangentes que vão muito além dos serviços médicos e fornecimento de medicamentos (FERRAZ e VIEIRA, 2009, p. 3).

Visando atingir os objetivos propostos pelo artigo 196 da CRFB/88 e com isso viabilizar o acesso da população às ações e serviços de saúde de forma ampla, a CRFB/88 criou o SUS, “instituição-organismo de direito público que reúne os

instrumentos para que o Estado brasileiro desenvolva as atividades necessárias para a garantia do direito à saúde no Brasil” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p.55).

Neste contexto, cabe assinalar que o SUS foi criado com base nas propostas da 8ª Conferência Nacional de Saúde, que por sua vez é resultado das reivindicações da sociedade insatisfeita com os modelos anteriores as quais culminaram com o movimento da reforma sanitária (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

Desta forma, o SUS representou uma transformação revolucionária no sistema de saúde brasileiro ao incorporar a concepção abrangente de saúde e garantir o acesso a todos os cidadãos às ações e serviços de saúde, sem qualquer distinção de classe ou poder aquisitivo (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990).

A formulação da estrutura geral do SUS encontra-se prevista no artigo 198 da CRFB/88, conforme exposto a seguir:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Com base nesse artigo, percebe-se que o SUS é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada, que possui como diretrizes a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade, na busca por um país mais justo e com menos desigualdades no que se refere ao acesso à saúde.

A regionalização do SUS, prevista no artigo supracitado, “está comprometida com a busca de uma justiça social efetiva, preocupando-se com os pormenores regionais, no que atende aos princípios do Estado Democrático de Direito” (SCHWARTZ, 2001, p. 103). Logo, a regionalização tem por objetivo permitir que esse sistema tenha um conhecimento maior acerca das particularidades dos problemas de saúde de cada região, favorecendo a implementação ações mais efetivas e direcionadas.

Já a hierarquização “é um termo técnico do setor sanitário que significa divisão de nível em complexidade crescente” (SCHWARTZ, 2001, p. 108). Portanto, verifica-se que o “acesso aos serviços de saúde deve ocorrer a partir dos níveis mais simples em direção aos níveis mais altos de complexidade, de acordo com o caso concreto e

ressalvadas as situações de emergência e urgência” (SARLET e FIGUEIREDO, 2013, p. 3212).

Neste contexto, cabe assinalar o esclarecimento do Ministério da Saúde acerca dos princípios da regionalização e hierarquização:

Os serviços devem ser organizados em níveis de complexidade tecnológica crescente, dispostos numa área geográfica delimitada e com a definição da população a ser atendida. Isto implica na capacidade dos serviços em oferecer a uma determinada população todas as modalidades de assistência, bem como o acesso a todo tipo de tecnologia disponível, possibilitando um ótimo grau de resolubilidade (solução de seus problemas) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990, p. 5).

Destaca-se, ainda, do artigo 198 da CRFB/88 que, conforme mencionado anteriormente, o legislador pátrio incumbiu ao SUS a responsabilidade de priorizar as ações preventivas, ou seja, evitar que a população fique doente. Neste sentido, de acordo com as diretrizes propostas pela CRFB/88, o SUS deveria abarcar, “prioritariamente, a adoção de atividades preventivas de proteção da saúde, sem, no entanto, descurar-se da necessária intervenção curativa, sempre que esta se mostre necessária” (CIARLINI, 2013, p. 30).

Desta forma, percebe-se que o modelo de saúde previsto pela CRFB/88 teve como uma de suas premissas romper com o modelo até então existente que tinha o hospital, e conseqüentemente as ações curativas, como centro do sistema para priorizar a qualidade de vida da população, associando o termo saúde à ideia de cidadania e vida com dignidade (BASTOS, 1999 apud SCHWARTZ, 2001).

Acerca da criação e funcionamento do SUS, Schwartz esclarece que:

Há a rede pública de saúde e a privada (por contratação ou convênio). Ambas as redes formam uma rede regional (para que sejam respeitadas as particularidades locais) e hierárquica, que devem estrita observância aos princípios do SUS (integralidade, igualdade e participação da comunidade). Daí surge um Sistema Único de Saúde (SCHWARTZ, 2001, p. 102).

Além disso, nos parágrafos 1º e 2º do referido artigo 198 são definidas as formas de financiamento e aplicação de recursos no SUS. Em relação ao financiamento do SUS, a CRFB/88 determina que será realizado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (BRASIL, 1988). No caso, essas outras fontes encontram-se definidas no artigo 32 da Lei Orgânica da Saúde, que será abordada

mais adiante. No que se refere à aplicação de recursos nas ações e serviços de saúde, a CRFB/88 estabelece no 2º do referido artigo 198, os recursos mínimos que devem ser aplicados anualmente com base na arrecadação da União, Estados e Municípios (BRASIL, 1988).

O Ministério da Saúde traz a seguinte definição para o SUS:

O SUS é um sistema único porque segue a mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos em todo o território nacional, sob a responsabilidade das três esferas autônomas de governo federal, estadual e municipal. Assim, o SUS não é um serviço ou uma instituição, mas um sistema que significa um conjunto de unidades, de serviços e ações que interagem para um fim comum. Esses elementos integrantes do sistema referem-se ao mesmo tempo, às atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990; p.4).

Segundo Ciarlini, “o SUS se apresenta como a mais importante instituição do direito sanitário brasileiro, incumbindo-lhe a integração e a organização de várias entidades que levarão adiante as ações atinentes à promoção da saúde” (CIARLINI, 2013, p.30).

Verifica-se, portanto, que o SUS é um sistema do qual fazem parte os estados, municípios e distrito federal, cada qual com sua autonomia, tendo como objetivo realizar ações de saúde em todas as suas dimensões, preventiva, curativa e promocional considerando as particularidades de cada região. Desta forma, apesar de ser um sistema único, tem como diretriz a descentralização, caracterizada pela direção única em cada esfera de governo.

Cabe ressaltar que a iniciativa privada também pode participar do SUS, de forma complementar, mediante contrato de direito público ou convênio, desde que observe suas diretrizes e princípios, conforme estabelecido no artigo 199 da CRFB/88.

Assim, conforme destacam Sarlet e Figueiredo:

O SUS abrange não somente a proteção e promoção da saúde pelo Poder Público, mas envolve também a iniciativa privada, igualmente submetida, ainda que se possa discutir eventuais peculiaridades, aos mesmos princípios e diretrizes, constitucionais e legais (SARLET e FIGUEIREDO, 2013, p. 3195).

Por fim, consolidando a concepção ampla do conceito de saúde, que engloba as ações preventivas e promocionais, no artigo 200 do mesmo diploma legal encontram-se previstas algumas atribuições do SUS, dentre as quais destacam-se

ações de vigilância sanitária (nelas incluídas o controle e fiscalização de alimentos, procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde), ações de vigilância epidemiológica, ações de saúde do trabalhador, ações de saneamento básico, e , ainda, proteção do meio ambiente, no qual se inclui o ambiente de trabalho (BRASIL, 1988).

A partir da previsão constitucional do SUS surgiu a necessidade de novas leis que dispusessem sobre a sua regulamentação. Com isso, logo após a entrada em vigor da CRFB/88, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/90), que estabeleceu a forma de organização e funcionamento do SUS, definindo a estrutura e o modelo operacional desse sistema. No mesmo ano também foi aprovada a lei 8.142/90, que por sua vez, dispôs sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde (BRASIL, 1990a; BRASIL, 1990b; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006).

Neste contexto, importante destacar o artigo 3º da Lei 8.080/90, que assim dispõe:

Art. 3o Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (BRASIL, 1990a).

Desta forma, percebe-se que referido artigo ratifica a importância dos fatores sociais, ambientais e econômicos na determinação da qualidade de vida da população, e conseqüentemente, na saúde dos indivíduos. Tal dispositivo reforça o entendimento de que a saúde “possui determinantes múltiplos e complexos que requerem a formulação e implementação de políticas públicas abrangentes pelo Estado, isto é, que vão além da garantia de acesso a serviços e produtos médicos” (FERRAZ e VIEIRA, 2009, p. 4)

A Lei nº. 8.080/90 trouxe, ainda, em seu artigo 4º a seguinte definição para o SUS:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

[...]

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar (BRASIL, 1990 a)

Assim sendo, o SUS representa uma nova forma de organização das ações e serviços de saúde, fruto de conquistas sociais, que refletem a busca por uma sociedade mais justa e menos desigual no acesso às ações e serviços de saúde. Esse sistema é composto tanto pelo serviço público quanto pela iniciativa privada, sendo que essa última deve atuar apenas de forma complementar.

3.2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO SUS

Após compreender o processo de formação do SUS, nesta seção serão verificados os princípios norteadores desse sistema.

O SUS é regido por princípios doutrinários e organizativos, os quais podem ser diferenciados da seguinte forma:

Os princípios doutrinários dizem respeito às ideias filosóficas que permeiam a implementação do sistema e personificam o conceito ampliado de saúde e o princípio do direito à saúde. Já os princípios organizativos orientam a forma como o sistema deve funcionar, tendo, como eixo norteador, os princípios doutrinários. Os princípios doutrinários são expressos através da integralidade, universalidade e equidade, enquanto que os organizativos dizem respeito à descentralização com comando único, à regionalização, à hierarquização e à participação popular (RONCALLI, 2003, p. 34).

Portanto, percebe-se que os princípios doutrinários estão relacionados com a idealização do SUS, sendo expressos pela universalidade, integralidade e equidade; enquanto que os princípios organizativos refletem a forma como esse sistema deve ser estruturado, ou seja, de forma descentralizada com comando único, regionalizada, hierarquizada e acima de tudo com a participação popular.

Como este trabalho tem por objetivo analisar o processo de judicialização da saúde como forma de efetivação deste direito, neste tópico, será aprofundado o conhecimento apenas dos princípios doutrinários do SUS, visto que são estes os que mais se relacionam este processo.

No que se refere ao princípio da universalidade, o Ministério da Saúde traz o seguinte esclarecimento:

Segundo esse princípio a saúde é um direito de todos e um dever do Poder Público a provisão de serviços e de ações que lhe garanta. A universalização, todavia, não quer dizer somente garantia imediata de acesso às ações e aos serviços de saúde. A universalização, diferentemente, coloca o desafio de oferta desses serviços e ações de saúde a todos que deles necessitem, todavia, enfatizando as ações preventivas e reduzindo o tratamento de agravos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000).

Assim, por força do princípio da universalidade, o acesso às ações e serviços de saúde deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de contribuição previdenciária como ocorria com o modelo anterior à CRFB/88, no qual somente os contribuintes da Previdência Social tinham direito à assistência à saúde. Além disso, importante destacar que a universalização não se restringe à dimensão curativa da saúde, devendo ser favorecido a toda população, de igual forma, o acesso às ações e serviços de saúde em sua dimensão preventiva e promocional.

Ao discorrer sobre o princípio da universalidade da atenção Roncalli sustenta que este “incorpora o direito à assistência como construção da cidadania e aponta para um modelo que pressupõe uma lógica de seguridade social baseada nos moldes dos Estados de Bem-Estar” (RONCALLI, 2003, p. 35).

Portanto, conforme esclarecem Ferraz e Vieira:

A universalidade trouxe para o SUS a noção de cidadania como elemento norteador da política de saúde. Quebrou-se a lógica do seguro-saúde existente até então, em que o direito ao acesso a serviços de saúde estava vinculado à contribuição previdenciária dos indivíduos, passando-se para a lógica de seguridade social. A cidadania passou a ser requisito exclusivo para o acesso e, assim, todos os cidadãos que estavam à margem do sistema de saúde passaram a fazer jus ao mesmo, o que faz do SUS uma das maiores políticas de inclusão social do país (FERRAZ e VIEIRA, 2009, p. 21)

Em relação ao princípio da equidade, o Ministério da Saúde assim estabelece:

É assegurar ações e serviços de todos os níveis de acordo com a complexidade que cada caso requeira, more o cidadão onde morar, sem privilégios e sem barreiras. Todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades até o limite do que o sistema puder oferecer para todos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990).

Com isso, percebe-se que pelo princípio da equidade o SUS deverá organizar suas ações e serviços de forma a reduzir as desigualdades sociais existentes ao longo do território brasileiro, pelo menos no que se refere ao acesso à saúde. Assim, independentemente da região onde morar ou de sua condição social, o indivíduo

deverá ter acesso aos serviços oferecidos pelo SUS em todos os seus níveis de complexidade.

Equidade em saúde, significa, portanto, “que todos devem ter uma oportunidade justa de atingir seu potencial pleno de saúde e, mais pragmaticamente, que ninguém deve ficar em desvantagem de alcançar esse potencial” (REZENDE, 2010, p. 226 apud CARNEIRO, 2016, p. 45).

Segundo Vianna e colaboradores:

a questão central a ser tratada pelas políticas que almejam equidade em saúde, é a redução ou a eliminação das diferenças que advêm de fatores considerados evitáveis e injustos, criando, desse modo, igual oportunidade em saúde e reduzindo as diferenças injustas tanto quanto possível (VIANNA et al., 2003 apud FERRAZ e VIERA, 2009, p. 24).

De acordo com Assis e Jesus:

Equidade em saúde é compreendida como diretriz de organizar ações e serviços de saúde distintos e direcionados para grupos populacionais desiguais socialmente, com forte traço de “discriminação positiva” para superar estas desigualdades injustas através da formulação e implementação de determinadas ações (ASSIS e JESUS, 2012, p. 2870).

Neste sentido, equidade é um princípio de justiça social, uma vez que tem por premissa minimizar as desigualdades através da implementação de ações positivas. Conforme esclarece Roncalli (2003, p.35), equidade significa “tratar desigualmente os desiguais, ou seja, alocando recursos onde as necessidades são maiores”.

Por fim, como terceiro princípio doutrinário do SUS, tem-se a integralidade. A respeito desse princípio o Ministério da Saúde esclarece:

É o reconhecimento na prática dos serviços de que:

- cada pessoa é um todo indivisível e integrante de uma comunidade;
- as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formam também um todo indivisível e não podem ser compartimentalizadas;
- as unidades prestadoras de serviço, com seus diversos graus de complexidade, formam também um todo indivisível configurando um sistema capaz de prestar assistência integral (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990).

De acordo com esse princípio, o SUS deve levar em consideração o indivíduo como um todo indivisível na hora de planejar e promover suas ações, bem como na disponibilização dos serviços.

Nesse sentido, “o homem é um ser integral, bio-psico-social, e deverá ser atendido com esta visão integral por um sistema de saúde também integral, voltado a promover, proteger e recuperar sua saúde” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990; p. 5). Importante destacar que, para atingir essa integralidade, o gestor deverá promover ações abrangendo outras áreas que possam interferir na qualidade de vida da população e com isso gerar reflexos na área da saúde (RONCALLI, 2003).

O Estado deve, portanto, priorizar, as ações preventivas de saúde para evitar a doença. No entanto, importante assinalar também que, à luz do princípio da integralidade, sempre que um cidadão ficar doente, cabe ao Estado garantir o acesso a “todos os cuidados de saúde cabíveis para cada tipo de doença, em conformidade com o estágio de avanço do conhecimento científico existente”. Desta forma, com base neste princípio, o Estado tem o dever de “fornecer todos os recursos que estiverem a seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 75)

Diante do exposto, percebe-se que o SUS foi concebido pela CRFB/88 e regulamentado pela lei 8080/90 para tornar a saúde acessível a todos, de forma universal, integral e equitativa, permitindo que inclusive as classes menos favorecidas, tenham acesso a esse direito fundamental social. Quando esse sistema promete um acesso integral, pressupõe-se que compreenda o indivíduo de forma plena, entendendo seu contexto social e, a partir daí, proporcionando uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que possam interferir na qualidade de vida e, conseqüentemente, na saúde do indivíduo.

No entanto, o direito à saúde consagrado pela CRFB/88, caracterizado pelos princípios norteadores do SUS, só cumpre sua finalidade, se as normas que o expressam tiverem efetividade.

3.3 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Não há como negar que a posição de destaque do direito à saúde na CRFB/88 representou uma grande conquista para a sociedade brasileira, assim como a institucionalização constitucional do SUS contendo as diretrizes para a organização desse sistema que prevê um acesso universal, equitativo e integral aos cidadãos.

No entanto, estudos evidenciam que apesar dos avanços adquiridos com a implementação do SUS ainda existe uma “realidade desigual e excludente” quando o assunto é o acesso à saúde no Brasil (ASSIS e JESUS, 2012, p. 2866). Fatores socioeconômicos, culturais e barreiras geográficas continuam interferindo no acesso à saúde marcado por diferenças expressivas entre regiões e municípios brasileiros (ASSIS e JESUS, 2012).

O que se percebe na prática é que não são raras as vezes em que os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, tais como o direito à saúde, não atingem sua eficácia social. Esta situação acarreta enormes prejuízos à população, em especial à mais carente que não possui condições de arcar com planos de assistência à saúde privados (SILVA e VITA, 2014).

Nesse sentido, Schwartz e Bortolotto asseveram que:

O problema que vem sendo enfrentado é no sentido de dar efetividade e aplicação imediata ao direito à saúde ante as omissões e/ou negligências da Administração Pública, que, embora vinculada diretamente ao texto constitucional, no mais das vezes, não consegue dar efetividade ao direito fundamental à saúde (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008, p. 258).

Um dos fatores que dificultam a efetivação do direito à saúde é a centralização das diretrizes e prioridades das políticas públicas desse setor no plano federal. Tal circunstância, além de desrespeitar o preceito constitucional de descentralização do SUS, faz com que as ações sejam distanciadas da realidade local (OLIVEIRA e COSTA, 2011). Num país com território tão extenso como o Brasil, mister se faz que as diferentes condições de saúde vivenciadas pela população sejam levadas em consideração na hora de estabelecer as ações prioritárias na área da saúde.

Outro obstáculo a ser enfrentado diz respeito à alocação de recursos necessários para garantir a implementação das políticas públicas. Além da burocracia brasileira para o repasse dos recursos aos Estados, tem-se a grande demanda por ações sociais associada à escassez de recursos o que, conseqüentemente, obriga o administrador público priorizar frentes de atuação e investimento (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008).

Além da escassez de recursos, tem-se ainda a sua má administração, incluindo “descontrole”, “desperdício” e “corrupção”, o que torna a almejada universalidade da saúde cada vez mais distante da realidade vivida pela população brasileira (CIARLINI, 2013, p.11).

Sendo assim, em que pese a integralidade, universalidade e equidade terem sido previstas constitucionalmente, a questão do acesso à saúde continua sendo um problema recorrente. Aliás, este é um problema de cunho essencialmente político, visto que envolve o desenvolvimento de ações e serviços por parte da Administração Pública e o repasse e alocação de recursos públicos.

Cabe ressaltar que o sistema de saúde brasileiro desenvolvido para ser um sistema único e de cobertura universal, na prática vem se consolidando em um sistema fracionado, composto por três subsistemas: o SUS, que é o sistema do governo oferecido a toda população; o Sistema de Saúde Suplementar (SSS), que corresponde aos planos de saúde privados; e o Sistema de Desembolso Direto (SDD), no qual o usuário paga diretamente pelo serviço utilizado, sem intermédio do plano de saúde (ROSA, 2016).

Dados recentes publicados na revista do Conselho Nacional de Secretários da Saúde (CONASS) demonstram que, apesar da promessa de garantia constitucional do acesso às ações e serviços de saúde a toda população, verifica-se que atualmente, 48 milhões de brasileiros utilizam os planos de saúde privados. No que se refere ao sistema de desembolso direto, constata-se que todos os brasileiros, pelo menos em algum momento de sua vida, tiveram que utilizá-lo também, especialmente para aquisição de medicamentos (ROSA, 2016).

Em relação à fragmentação do sistema de saúde brasileiro, Lorenzetti e colaboradores trazem o seguinte esclarecimento:

O maior impasse do SUS, por irônico que pareça, é tornar-se, de fato, um “Sistema Único”. As evidências mostram que o maior risco na assistência em saúde no Brasil é a consolidação de dois subsistemas, com lógicas e referências contraditórias, o público (SUS), para a maioria menos favorecida e o privado, para os setores mais favorecidos. A cristalização destes dois sistemas e sua fragmentação, constituir-se-á em grave retrocesso frente à legislação vigente e, principalmente, vai na contramão da direção dos serviços de saúde em todo o mundo, que buscam superar a fragmentação para uma maior eficiência e melhor atendimento à população (LORENZETTI et. al., 2014, p.424).

Portanto, o sistema de saúde brasileiro constitui-se em um sistema segmentado que enfrenta diversas dificuldades para tornar-se um sistema único, conforme as diretrizes constitucionais.

Acerca desse tema, corroborando os posicionamentos anteriores, José Gomes Temporão, diretor executivo do Instituto Sul-americano de Governos em Saúde, afirma que:

Hoje o Brasil se alinha entre os países que defendem os sistemas universais, embora viva uma situação esquizofrênica, que é um sistema universal no qual o governo federal entra apenas com 40% dos gastos e no qual os maiores dirigentes do país (deputados, senadores, governadores, vereadores e funcionários públicos) usam o sistema privado para suas necessidades imediatas, o que cria uma situação de perplexidade para quem não vive aqui (ROSA, 2016).

Essa expressiva adesão aos planos de saúde privados demonstra a insatisfação da população com o SUS e a inefetividade desse sistema. Visto que, se o SUS atingisse a eficácia social prevista na norma, a população não necessitaria desembolsar para ter acesso a esse direito fundamental de forma plena.

Segundo aponta pesquisa do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicada em 2011, os principais obstáculos enfrentados pela população usuária do SUS são a falta de médicos e a demora no atendimento. Segundo dados da pesquisa, 57,9% dos usuários do SUS entrevistados apontam como principal preocupação a falta de médicos; 35,9% a demora no atendimento em postos de saúde ou nos hospitais e 34,9% o tempo de espera para conseguir consulta com um especialista (IPEA, 2011).

Além disso, de acordo com referida pesquisa, entre os entrevistados adeptos do plano de saúde privado, 40% afirmam que tiveram como principal motivação para aderir a esses planos a busca por uma celeridade na realização de consultas e exames, sendo que 29,2% atribuem ao fato de ser um benefício oferecido pelo empregador e 16,9% entendem como fator predominante a liberdade de escolha do profissional que prestará a assistência (IPEA, 2011).

Esses resultados demonstram que a demora no atendimento nos serviços ofertados pelo SUS é uma das principais angústias da população, dificultando o acesso à saúde, especialmente para aqueles que não possuem condições de arcar com um plano de saúde privado.

De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Datafolha em 2014, de abrangência nacional, a pedido do Conselho Federal de Medicina, para 57% dos entrevistados a saúde é um dos principais problemas enfrentados pela população brasileira, devendo ser prioridade na agenda do governo federal. Entre os segmentos entrevistados, as mulheres, os acima de 56 anos, os pertencentes às classes econômicas menos favorecidas e os menos escolarizados foram os que mais se identificaram com essa prioridade (DATAFOLHA, 2014).

A pesquisa do supracitada também questionou os entrevistados quanto à avaliação que faziam da saúde no Brasil e do SUS, utilizando uma escala de 0 a 10. Os resultados da pesquisa demonstram que 92% da população atribuiu nota de até 7 para a Saúde no Brasil, dos quais a maior parte (60%) atribuiu notas entre 0 e 4. No que se refere à avaliação do SUS, a resposta dos entrevistados seguiu o mesmo padrão, sendo que 87% atribuíram notas até 7, dos quais a maior parte (54 %) atribuiu notas de 0 a 4. A pesquisa revela ainda que o conceito zero representa 26% do total de notas recebidas para a saúde no Brasil e 19% das notas atribuídas ao SUS (DATAFOLHA, 2014).

Estes resultados demonstram a insatisfação dos brasileiros com os serviços de saúde no Brasil, sejam eles públicos ou privados, os quais foram avaliados em sua grande maioria como de baixa qualidade, ruins ou regulares.

Referida pesquisa destaca, ainda, que um dos principais problemas enfrentados pela população é o acesso aos serviços de saúde. De acordo com o levantamento realizado, mais da metade dos entrevistados que procuraram os serviços do SUS, encontraram dificuldades para o acesso a este sistema, classificando-o como de difícil, ou de muito difícil acesso, principalmente no que se refere às cirurgias, procedimentos específicos, atendimento domiciliar e atendimento de emergência em pronto socorro (DATAFOLHA, 2014).

Corroborando os resultados da pesquisa do IPEA apresentada anteriormente, a pesquisa do Instituto Datafolha demonstra que um dos gargalos no acesso à saúde pelos usuários do SUS é o tempo de espera para atendimento. Dos entrevistados pelo Instituto Datafolha em 2014, 30% estavam na fila de espera do SUS para agendamento ou realização de consulta, exame, procedimento ou cirurgia. Ressaltando-se que dentre esses, 47% estão na expectativa pelo atendimento por um período de um a seis meses (DATAFOLHA, 2014).

Neste contexto, salienta-se que em 2012 foi editada a lei nº 12.732, que determina o início de atendimento oncológico em no máximo sessenta dias, justamente para evitar as longas filas de espera (BRASIL, 2012). Este fato demonstra a ciência dos governantes em relação à demora nos atendimentos especializados pelo SUS e a alternativa que encontraram para tentar contornar o problema.

Por fim, no que se refere à qualidade dos serviços ofertados pelos SUS, a pesquisa mais uma vez demonstrou insatisfação pela maior parte de seus usuários (69%), sendo que a avaliação foi especialmente negativa entre os mais escolarizados,

os pertencentes às classes econômicas mais favorecidas e com idade entre 25 e 39 anos (DATAFOLHA, 2014).

Assim, a pesquisa do Instituto Datafolha demonstra claramente alto grau de insatisfação da população no que se refere ao acesso, tempo de espera para atendimento e qualidade dos serviços oferecidos pelo SUS, corroborando os resultados da pesquisa publicada em 2011 pelo IPEA.

Neste contexto, importante destacar que apesar dos escândalos envolvendo pagamento de propinas e lavagem de dinheiro ocorridos no país, em pesquisa recente realizada pelo Instituto Datafolha a saúde continuou a ser apontada como o pior problema a ser enfrentado pela população, ganhando inclusive da corrupção. Entre os entrevistados 33% acreditam que as falhas no sistema de saúde são o maior problema, enquanto que 16% consideram a corrupção (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016).

Apesar dessas pesquisas não representarem uma avaliação técnica da efetividade do SUS, demonstram a forma como a população percebe esse sistema e as suas fragilidades, constituindo-se em importante indicador a ser considerado pelos gestores na hora de desenvolver e aprimorar as políticas públicas de saúde.

Um dos principais problemas apontados pelas pesquisas, a demora no atendimento enfrentada pelos usuários do SUS, se dá em virtude da quantidade de serviços ofertada pelo governo ser muito inferior à demanda da população, ocasionando as longas filas de espera para agendamento e realização de exames, consultas e cirurgias. Conseqüentemente, o que se observa é a frustração dos usuários em relação ao SUS, especialmente evidenciada na população mais carente, vulnerável social e economicamente, que não possui outra alternativa senão aguardar por esse sistema (SANT'ANA e FREITAS FILHO, 2016).

Essa situação é preocupante pois, além de representar uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, permite que o estado de saúde dos pacientes dependentes exclusivamente do SUS se agrave enquanto aguardam na fila de espera, aumentando o seu sofrimento, conforme destacam Sant'Ana e Freitas Filho:

Essa demora no atendimento muitas vezes impõe aos pacientes graves conseqüências, como meses ou anos de sofrimento, dor, dúvidas, incapacidade laboral, dificuldades de locomoção, uso excessivo de analgésicos, entre outras decorrentes da excessiva espera por atendimento (SANT'ANA e FREITAS FILHO, 2016, p.77).

Assim, apesar do grande avanço que o SUS representou na conquista dos direitos sociais, constata-se que após quase 30 anos de sua institucionalização ainda não atingiu a efetividade pretendida pela norma.

Ao avaliar de forma empírica a efetividade do SUS, Lorenzetti e colaboradores chegaram à seguinte conclusão:

O SUS é uma política de rede nacional integrada de serviços de saúde que está, ainda, para ser consolidada. Um sistema universal, mas que carece de mais recursos, financiamento estável e de gestão capaz de transformar seus princípios e diretrizes em realidade (LORENZETTI, et. al. 2014, p. 424).

Portanto, embora a CRFB/88 tenha assegurado a todos os cidadãos brasileiros o direito à saúde como um direito fundamental, impondo ao Estado o dever de fornecer através de políticas públicas os recursos necessários para a sua prevenção, promoção e recuperação, percebe-se que na prática a população ainda enfrenta dificuldades para o acesso aos serviços de saúde, o que impede que esse sistema alcance a eficácia social pretendida pela norma.

4 INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O presente capítulo se propõe a apresentar o papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. Para atingir este objetivo, será abordado o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, com foco nos limites e possibilidades desta intervenção na efetivação do direito à saúde, analisando as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. Por fim, serão verificadas as diferentes fases de interpretação do direito à saúde na jurisprudência dos tribunais superiores.

4.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Conforme o exposto nos capítulos anteriores, a CRFB/88 atribuiu ao Estado o dever de implementar políticas públicas que assegurem o acesso universal, integral e equitativo às ações e serviços de saúde, como forma de garantir o direito fundamental à saúde e com isso a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, essa não é a realidade brasileira. Apesar do direito à saúde ter eficácia plena e aplicabilidade imediata, verifica-se que, na prática, o Estado não tem garantido a efetivação desse direito. A grande dificuldade consiste em “estabelecer a coerência entre o direito vigente e o direito vivido” (VENTURA, et al., 2010, p.94). Conseqüentemente, o Poder Judiciário tem sido acionado com frequência para garantir a concretização do direito à saúde através de demandas que pleiteiam a disponibilização de medicamentos, internações, procedimentos diagnósticos, cirúrgicos ou terapêuticos, entre outros (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008, SILVA e VITA, 2014; SANT’ANA e FREITAS FILHO, 2016; FREITAS, 2016; CARNEIRO, 2016).

Entre os fatores que dificultam a efetivação do direito à saúde estão a falta de investimentos nessa área pelos gestores públicos, a falta de implementação de políticas públicas adequadas, bem como a adequação do número de profissionais e disponibilização de equipamentos para diagnóstico e terapia na rede pública de saúde (SILVA e VITA, 2014).

Esse contexto, associado à forma como os direitos sociais foram estabelecidos na CRFB/88, com a garantia de direitos amplos e genéricos, propiciou a intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde através de sentenças que

determinam à Administração Pública o dever de oferecer aos cidadãos o direito à saúde na forma como previsto na CRFB/88 (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008).

Importante esclarecer que a possibilidade de intervenção do judiciário na efetivação do direito à saúde está relacionada à dimensão subjetiva desse direito. Conforme esclarece Sarlet, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais está relacionada ao reconhecimento de que “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (o obrigado)” (SARLET, 2003, p. 152).

Corroborando esse entendimento, Barroso nos ensina que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais assegura aos seus beneficiários:

Situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Quando a prestação a que faz jus o titular do direito não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão, a ser veiculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer ao órgão do Poder Judiciário que faça atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados ou ameaçados (BARROSO, 2007, p. 256, apud CARNEIRO, 2016, p. 70).

No que se refere ao direito à saúde, a busca pela sua efetivação através do Poder Judiciário, por meio do exercício do direito de ação referente à dimensão subjetiva do direito à saúde, tem sido denominada pela doutrina de judicialização das políticas públicas de saúde (CARNEIRO, 2016).

Na lição de Luis Roberto Barroso, judicialização significa:

que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito (BARROSO, 2012, p.5).

Neste sentido, a expressão judicialização da saúde tem sido utilizada para caracterizar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação desse direito através de ações que reivindicam perante o Estado desde o fornecimento de medicamentos até

a realização de procedimentos cirúrgicos, tratamentos, internações, entre outras prestações de saúde. Segundo Schwartz e Bortolotto, essa intervenção do Judiciário na gestão da saúde é cabível pois representa a materialização do Estado Democrático de Direito, que tem por princípio o dever de garantir a efetivação dos direitos fundamentais elencados na Constituição (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008).

Portanto, a forma como os direitos sociais, entre eles o direito à saúde, foram consagrados na CRFB/88, acompanhada dos desafios enfrentados pelos gestores públicos para a sua concretização, resultou numa demanda cada vez maior de ações que reivindicam prestações de saúde sendo submetidas ao crivo das instituições jurídicas. Conseqüentemente, “os vínculos entre Direito e Saúde Coletiva intensificaram-se nas últimas décadas, com a consolidação de jurisprudências e intervenções do Poder Judiciário na gestão de saúde” (VENTURA, et al., 2010, p. 78).

No entanto, o aumento significativo no número de ações judiciais propostas em face do Poder Público visando compeli-lo a fornecer prestações materiais na área da saúde tem preocupado os gestores públicos, especialmente em virtude do impacto financeiro associado a essas demandas (ASSENSI e PINHEIRO, 2015; BRASIL, 2014).

Estudos da Advocacia Geral da União (AGU) demonstram o aumento progressivo dessas demandas nos últimos anos e o impacto orçamentário que lhes é correlato. No ano de 2003, por exemplo, o Ministério da Saúde gastou com o fornecimento de medicamentos, equipamentos e insumos deferidos pelo Judiciário um pouco mais de 170 mil reais, sendo que, em 2007, o gasto com essas demandas aumentou expressivamente ultrapassando 17 milhões de reais, subindo ainda mais em 2011, quando se aproximou de 250 milhões de reais (BRASIL, 2014).

Em relação ao Estado de Santa Catarina, o Ministério da Saúde afirma que de 2003 a 2010, os gastos com a concretização dos pleitos deferidos judicialmente subiram de R\$ 2,8 milhões para R\$ 93,4 milhões (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012 apud BALESTRA NETO, 2015).

No que se refere aos gastos com medicamentos, “o crescimento das despesas do SUS com ações judiciais movidas entre 2012 e 2015, foi de 176%, passando de R\$ 367 milhões para R\$ 1,013 bilhão”. Além disso, antes de chegar na metade do ano de 2016, o Ministério da Saúde já tinha despendido 666,3 milhões de reais apenas para fazer cumprir as determinações judiciais referentes a essas demandas, o que corresponde a 66% dos gastos em 2015 (O GLOBO, 2016).

Continuando, acerca do impacto orçamentário das ações judiciais na gestão do SUS, recentemente foi publicado no site do Ministério da Saúde que esta pasta dispendeu entre 2010 e 2016 um total de 4,4 bilhões de reais para fazer cumprir as mais diversas sentenças judiciais relacionadas a prestações de saúde, englobando desde as que envolviam a aquisição de insumos farmacêuticos até as relacionadas à realização de cirurgias e internações, destacando-se que, só em 2016, o gasto alcançou 1,2 bilhões de reais (MACIEL, 2017).

Apesar da dificuldade em precisar o número de demandas judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde tramitando na Justiça Federal, resultados obtidos em pesquisa realizada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS) demonstram que o número destas ações aumenta de forma progressiva a cada ano (BRASIL, 2014).

Percebe-se, portanto, que o impacto da judicialização da saúde no orçamento público vem aumentando de forma progressiva, causando preocupação nos gestores públicos.

No entanto, conforme leciona Barroso “a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário” (BARROSO, 2012, p. 7). Portanto, a judicialização é um fato inevitável no Estado Democrático de Direito, cabendo aos magistrados decidir sobre a questão postulada em juízo.

Na visão de Ventura e colaboradores, a judicialização da saúde representa “reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais” (VENTURA et al., 2010, p. 78).

Conforme ressaltam Sant’ana e Freitas Filho, no caso das ações judiciais que reivindicam a realização de cirurgias, em virtude da demora no atendimento prestado pelo SUS, “o Judiciário acaba por fazer o papel de catalizador da prestação adequada de um serviço público que deveria, ordinariamente, funcionar de forma organizada e célere” (SANT’ANA e FREITAS FILHO, 2016, p.98),

Contudo, em que pese o reconhecimento da legitimidade da judicialização da saúde como forma de garantir a efetivação desse direito, passados quase 30 anos da promulgação da CRFB/88, ainda existe no meio acadêmico e doutrinário acalorada discussão acerca dos limites e possibilidades de intervenção do Judiciário. Sarlet e Figueiredo assinalam que essa discussão evolve diversos fatores, dentre os quais

destacam-se o caráter aberto e programático das normas que asseguram o direito à saúde, fato este que dificulta uma “definição concreta do objeto que estaria albergado pela proteção ou pelo dever de prestação jusfundamental”; e o impacto financeiro das ações que reivindicam prestações materiais de saúde, levantando discussões acerca das prioridades no momento da alocação de recursos, ponderando os diferentes bens juridicamente tutelados e princípios constitucionais (SARLET e FIGUEIREDO, 2013, p. 3232-3233).

Segundo Carneiro, considerando que as Constituições modernas possuem um caráter eminentemente programático, para estabelecer o real alcance da normatividade dos preceitos constitucionais relacionados ao direito à saúde deve ser considerado a “contextualidade fática e jurídica existente ao tempo da concretização normativa” (CARNEIRO, 2016, p. 79).

No que se refere ao impacto orçamentário das ações que pleiteiam a efetivação da saúde, destaca-se que, se por um lado devem ser observados os critérios de racionalidade e proporcionalidade na distribuição e aplicação dos recursos públicos com vistas a garantir a eficiência das políticas públicas de saúde, de outro tem-se que não se pode negar a garantia das condições mínimas para o exercício de uma vida com dignidade (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

Neste contexto, “o descompasso entre as necessidades de saúde da população sempre crescentes e os custos para atendê-las cada vez maiores tornam o problema da escassez de recursos ainda mais complexo e difícil” (FERRAZ e VIEIRA, 2009, p.16).

Percebe-se, portanto, que embora seja indiscutível a importância do Judiciário na concretização do direito à saúde, em virtude do caráter amplo e programático das normas que o asseguram (art. 6º e 196 da CRFB/88) surge uma dificuldade na delimitação da tutela jurisdicional desse direito, o que somado ao impacto orçamentário decorrente dessas demandas tem gerado enorme preocupação para os gestores públicos e discussões no meio acadêmico, doutrinário e jurisprudencial.

Neste sentido, considerando os aspectos polêmicos supracitados, na próxima seção serão abordados os principais argumentos apresentados para justificar a necessidade de intervenção do Judiciário na efetivação do direito a saúde e os limites de sua atuação.

4.2 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Conforme consignado anteriormente, para garantir a concretização do direito à saúde é necessário que o Estado implemente políticas públicas eficazes e adequadas tendo em vista o acesso universal, igualitário e equitativo desse direito.

No entanto, como a efetivação de prestações materiais de saúde envolvem a alocação de recursos financeiros, impactando no orçamento dos entes federativos e da União, estes, quando acionados judicialmente invocam como argumento a teoria da reserva do possível, como forma fugir de suas obrigações.

Conforme ponderam Silva e Vita:

A prestação dos serviços de saúde pelo Estado, com qualidade e efetividade, é algo que, muitas vezes, vem marcada por dificuldades econômicas, ou seja, a situação financeira e orçamentária dos Órgãos públicos esgota os recursos destinados à saúde pública (SILVA e VITA, 2014, p. 254).

Em contrapartida, tem sido levantada pela doutrina e jurisprudência a ideia do mínimo existencial para garantir a existência de uma vida digna, como forma de demonstrar a insuficiência da teoria da reserva do possível e importância da efetivação do direito à saúde. Neste contexto, esta seção destina-se a apresentar a polêmica relação existente entre a reserva do possível e o mínimo existencial, especialmente no que se refere ao direito à saúde.

De acordo com Ferraz e Vieira, por maiores que sejam os recursos disponíveis para a área da saúde, esses nunca serão suficientes para atender de forma satisfatória as necessidades de toda a população, o que implica, invariavelmente na necessidade de se priorizar algumas escolhas na aplicação destes recursos em detrimento de outras. Por esse motivo, referidos autores sustentam que “o direito à saúde, nesse contexto, é também necessariamente limitado, e não absoluto” (FERRAZ e VIEIRA, 2009, p. 3)

Partindo deste pressuposto, surge na doutrina a teoria da reserva do possível, segundo a qual os entes públicos possuem suas limitações financeiras e que, portanto, não se poderia exigir destes prestações materiais além do que podem suportar. De acordo com essa teoria, “não se pode exigir do Estado, a título e satisfação de direito subjetivo reconhecido pela ordem jurídica, ainda que em nível

constitucional, prestações que vão além de sua capacidade financeira” (CARNEIRO, 2016, p.270).

Segundo Nunes e Scaff:

A reserva do possível é um conceito econômico que decorre da constatação da existência de escassez de recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais” (NUNES e SCAFF, 2013, p. 97 apud CARNEIRO, 2016, p. 270).

Desta forma, segundo os autores que defendem essa teoria, existe uma evidente limitação financeira do Estado para atender todas as demandas prestacionais de saúde postuladas em juízo e, ainda assim, garantir uma saúde de qualidade a toda coletividade.

No entanto, um dos problemas da teoria da reserva do possível é que, após a sua importação do direito alemão, esta passou a ser utilizada de forma indiscriminada pela Fazenda Pública para se esquivar de suas obrigações nas ações judiciais que pleiteavam a efetivação dos direitos sociais, entre eles, a saúde. Referida teoria foi banalizada de tal forma, que o Estado, quando demandado judicialmente, invocava-a de forma genérica, sem comprovar a carência de recursos para materializar o direito pleiteado em cada ação (CARNEIRO, 2016).

Neste contexto, contrapondo os argumentos apresentados pelos que defendem a limitação econômica do Estado para satisfazer todas as prestações materiais oriundas dos direitos fundamentais sociais, utilizando-se como base a teoria da reserva do possível, emerge da doutrina um entendimento de que também para esta teoria deve haver um limite de forma a proteger “o âmago inviolável do direito em questão”, o que vem sendo denominado pela doutrina de “mínimo existencial” (CARNEIRO, 2016, p. 272-273).

Portanto, embora seja admitida a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais em algumas situações, devem ser “resguardados o núcleo essencial dos direitos e a parcela de conteúdo que densifique a dignidade da pessoa humana” (SARLET e FIGUEIREDO, 2013, p. 3197).

Segundo Silva e Vita (2014 p. 251-252) “o mínimo existencial é a parcela mínima de que cada pessoa precisa para sobreviver”, a qual está intrinsecamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, competindo aos entes públicos garantir através da implementação de políticas públicas estas condições

mínimas para garantia a sobrevivência de forma digna. Referidos autores destacam, ainda, que “sem o mínimo existencial, não há que se falar em liberdade social e/ou igualdade social, pois a dignidade humana é o alicerce e o ponto de partida para a efetivação de qualquer direito fundamental” (SILVA e VITA, 2014, p. 252).

De acordo com Sarlet, a dignidade da pessoa humana consiste em:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” (SARLET, 2010, p. 70).

Nesse âmbito, o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento de que o Estado deve garantir aos indivíduos um conjunto de direitos fundamentais que propiciem condições existenciais mínimas para uma vida saudável e digna.

De acordo com Oliveira e Costa:

Um dos mais fortes argumentos em defesa da exigibilidade dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade imediata é a sua relação com o princípio basilar da dignidade da pessoa humana (...). É por meio desse argumento que se busca a efetivação do mínimo existencial, ou seja, é dever do Poder Público para assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana, o fornecimento do mínimo essencial de sobrevivência para o indivíduo (OLIVEIRA e COSTA, 2011, p. 10).

Luzardo Faria acrescenta que o mínimo existencial tem por objetivo “fornecer maior força jurídica aos direitos sociais, para que possam, em determinada medida, sofrer as consequências do art. 5º, §1º da CRFB/88” (FARIA, 2014, p. 318).

Portanto, percebe-se que a ideia de mínimo existencial está relacionada às condições mínimas que devem ser garantidas pelo Estado para garantir as necessidades básicas do indivíduo e permitir a existência de uma vida digna, ou seja, além de garantir a sobrevivência do indivíduo, o Estado deve propiciar o seu desenvolvimento com qualidade. Assim, o mínimo existencial tem sido associado à ideia de qualidade de vida, que por sua vez tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, cabe destacar que, mesmo sendo incontroverso que o direito à saúde é um direito essencial para o desenvolvimento de uma vida digna, devendo ser

protegido inclusive através da intervenção do judiciário, parte da doutrina alerta para o fato de que o mínimo existencial não é capaz de afastar o problema da escassez de recursos e, conseqüentemente, a necessidade do gestor público de fazer escolhas para a sua alocação (CIARLINI, 2013; SILVA e VITA, 2014; CARNEIRO, 2016).

Neste contexto, diversos autores têm ressaltado que o fornecimento de determinados medicamentos de alto custo por determinação judicial, pode comprometer distribuição geral de medicamentos através do SUS de forma gratuita, em virtude da alocação de quantias expressivas dos recursos públicos para atender referidas demandas (FERRAZ e VIEIRA, 2009; SILVA e VITA, 2014; CARNEIRO 2016).

Em relação ao impacto da judicialização da saúde na organização do SUS, Balestra Neto esclarece que:

a excessiva judicialização tem criado alguns entraves ao funcionamento do SUS, a saber: (a) decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento por prazo muito longo, sem controle de prescrição médica; (b) as ações judiciais asseguram atendimento apenas aos autores e, mesmo que o Ministério da Saúde pretendesse universalizar tais prestações, isso seria impossível com o orçamento disponível; e (c) decisões judiciais que não levam em conta aspectos técnicos ligados ao conceito de integralidade, nem as políticas públicas já formuladas (BALESTRA NETO, 2015, p. 92).

Desta forma, se faz necessário a definição de critérios para direcionar as escolhas na alocação de recursos, tendo em vista que ao se deferir judicialmente as necessidades de saúde de alguns de forma individual, automaticamente se estará prejudicando a saúde da coletividade (FERRAZ e VIEIRA, 2009). Conforme salientam Ferraz e Vieira “como não se pode dar tudo a todos, dá-se tudo a alguns, e necessariamente menos, ou nada, a outros” (FERRAZ e VIEIRA, 2009, p. 25).

Neste contexto, Silva e Vita, sustentam que “o mínimo existencial deve ser assegurado a todo cidadão não de forma individualizada, mas, sim, como objeto de políticas públicas bem definidas e harmônicas com a noção de Estado Democrático de Direito” (SILVA e VITA, 2014, p. 252). Referidos autores defendem, ainda, que deve haver uma ponderação de valores com base no princípio da proporcionalidade de forma a garantir um equilíbrio entre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial (SILVA e VITA, 2014).

Nessa mesma linha de raciocínio, Ferraz e Vieira ressaltam que tão importante quanto aumentar os investimentos na área da saúde, é definir qual a melhor estratégia para aplicação dos recursos disponíveis de forma a maximizar seus efeitos na sociedade. Ainda, referidos autores destacam que ignorar a escassez de recursos deferindo tutelas jurisdicionais pleiteadas individualmente de forma indiscriminada em nada contribui para a efetivação do direito à saúde como forma de justiça social, uma vez que nessas ações a saúde de uns é privilegiada em detrimento da saúde de todos (FERRAZ e VIEIRA, 2009).

Na visão de Carneiro, tanto a teoria da reserva do possível, quanto a teoria do mínimo existencial são inúteis para auxiliar o julgador na solução de lides que envolvam a efetivação do direito prestacional à saúde (CARNEIRO, 2016).

Em relação à teoria da reserva do possível, cumpre destacar que, na tentativa de evitar seu uso indiscriminado, passou-se a exigir da Fazenda Pública que comprovasse a real falta de recursos financeiros para concretizar o direito que se buscava efetivar em cada lide (CARNEIRO, 2016). Todavia, conforme destaca Carneiro, essa exigência tornou inviável a aplicação desta teoria aos casos concretos, visto que, por mais onerosa que fosse a prestação de saúde postulada em juízo, esta jamais superaria o “orçamento global do Estado ou mesmo o orçamento reservado à área da saúde” (CARNEIRO, 2016, p. 275). Desta forma, seria inviável ao Estado comprovar que não possui recursos financeiros para custear tais demandas, o que culminaria na obrigação do judiciário decidir a favor de todo e qualquer pleito relacionado ao direito à saúde.

Na tentativa de resolver o impasse supracitado, tem sido sugerida pela doutrina como referência a avaliação da possibilidade de universalização da medida pleiteada em juízo para todos os usuários do SUS. Desta forma, caso a medida pudesse ser universalizada, seria cabível sua tutela jurisdicional, uma vez que não privilegiaria o direito de uns em detrimento do direito da coletividade (CARNEIRO, 2016).

No entanto, Carneiro sustenta que de igual forma tal medida não seria viável ante a dificuldade de se comprovar a insuficiência de recursos para a sua universalização, bem como não seria razoável visto que atenderia uma igualdade meramente formal, sem levar em consideração o princípio da isonomia e as diferentes exigências materiais dos indivíduos (CARNEIRO, 2016).

Em relação à teoria do mínimo existencial, sua inoperância nas demandas que pleiteiam o direito à saúde tem sido defendida por Carneiro pelo fato do “direito à

existência digna ser absolutamente indissociável do direito a uma vida saudável, o que pressupõe seja assegurada a efetividade do direito à saúde” (CARNEIRO, 2016, p. 279). Neste contexto, não existiria um núcleo essencial do direito à saúde, estando todo ele inserido no conceito de mínimo existencial, visto que indispensável para o desenvolvimento de uma vida com dignidade (CARNEIRO, 2016). O autor defende, portanto, a dificuldade de aplicação desta teoria para distinguir quais demandas que pleiteiam o direito à saúde devem ser atendidas, daquelas que não precisariam ser efetivadas através do judiciário, pois com base nesta teoria todas as demandas de saúde deveriam ser deferidas pelos magistrados pelo fato de enquadrarem-se no conceito de mínimo existencial.

Conforme sustentam Ferraz e Vieira, entender o direito à saúde como um “direito individual a atendimento ilimitado” com base nos princípios da universalidade e equidade é um equívoco, visto que tal posicionamento corrobora ainda mais para a manutenção das “iniquidades em saúde” existentes na população, distanciando-se cada vez mais dos princípios corolários do SUS (FERRAZ e VIEIRA, 2009, p. 2).

Segundo Carneiro “ao procurar ser justo, deve o julgador visar alcançar não simplesmente a microjustiça do caso concreto, mas uma macrojustiça social, esta sim conciliadora de interesses individuais com valores coletivos” (CARNEIRO, 2016, p. 286).

Na visão de Ciarlini, em contraposição à imagem tradicional de sujeito de direito, deve ser considerado a formulação de um “conceito intersubjetivo de direito fundamental, consentâneo com a pluralidade dos interesses em conflito da sociedade e com as diversificadas formas de vida que coexistem no meio social” (CIARLINI, 2013, p. 244).

De acordo com Ferraz e Vieira, levando-se em consideração que os recursos públicos são notoriamente escassos e finitos, devem ser estabelecidos outros critérios além da necessidade individual, para determinar quais demandas deverão ser atendidas. Referidos autores ressaltam, ainda, que embora existam várias teorias baseadas nos princípios de justiça distributiva, nenhuma delas conseguiu resolver de forma eficaz o problema da escolha na alocação de recursos, estabelecendo de forma consensual os critérios que devem ser utilizados para nortear os gestores públicos na efetivação do direito à saúde, os quais, na opinião dos referidos autores, devem se nortear pelo princípio da equidade (FERRAZ e VIEIRA, 2009).

Para solucionar o conflito existente entre o direito à saúde de uns e o direito a saúde da coletividade, e conseqüentemente, garantir uma maximização da eficiência na alocação dos recursos públicos disponíveis, Carneiro sugeriu a adoção de três requisitos para a efetivação jurisdicional do direito à saúde: insuficiência de recursos financeiros do requerente, a eficácia terapêutica do tratamento ou medicamento pleiteado e a inexistência de tratamento eficaz fornecido pelo SUS que substitua aquele pretendido (CARNEIRO, 2016). Referido autor, ainda sustenta que deve ser observado o princípio da proporcionalidade verificando “se a prestação material postulada a título de efetivação do direito fundamental à saúde revela-se terapêutica e economicamente razoável” (CARNEIRO, 2016, p. 358).

No mesmo sentido é o posicionamento de Silva e Vita, os quais asseveram que o princípio da proporcionalidade “serve como critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais”, como forma de garantir a justiça social (SILVA e VITA, 2014, p. 253).

No tocante à efetivação da saúde através do Judiciário, há de ser considerado também que tais demandas podem sacrificar a equidade no acesso à saúde, uma vez que, os mais privilegiados socialmente, normalmente são os que possuem maior facilidade de acesso ao judiciário (FERRAZ e VIEIRA, 2009).

Nesse âmbito, considerando a incontestável importância da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente da garantia do mínimo existencial, a teoria da reserva do possível somente deve ser acatada se ficar suficientemente comprovado que a tutela pleiteada em juízo será mais prejudicial à concretização dos direitos fundamentais do que vantajosa, “considerando-se principalmente o fato de que a saúde é direito fundamental de todos os cidadãos, não podendo, por isso, prevalecer a situação econômica financeira do Estado” (SILVA e VITA, 2014, p. 261).

Desta forma, verifica-se que a limitação de recursos é um fato incontroverso na realidade brasileira e que, portanto, merece a atenção dos gestores públicos e magistrados na hora de definir as demandas prestacionais de saúde que serão priorizadas. Além disso, mesmo que se reconheça a existência de limites à efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, deve ser priorizado na alocação de recursos a garantia de um mínimo existencial necessário para o desenvolvimento de uma vida digna.

Contudo, conforme exposto ao longo desta seção, a doutrina majoritária defende que alguns critérios devem ser observados tanto nas demandas judiciais quando na decisão dos gestores na hora da alocação de recursos públicos, para evitar que se promovam através destas um aumento nas desigualdades sociais.

Desta forma, devem ser observados entre os critérios de escolha os princípios da equidade e da proporcionalidade como forma de garantir a justiça social e evitar que o direito de uma minoria se sobreponha ao direito à saúde da coletividade. Porém, a teoria da reserva do possível não pode ser invocada de forma genérica para justificar a omissão estatal no cumprimento do seu dever, devendo ser avaliada com bastante cautela.

Após as considerações apresentadas acerca da polêmica relação existente entre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, e os principais posicionamentos doutrinários acerca da efetivação do direito à saúde, no próximo tópico será apreciada, de forma ilustrativa, a forma como os tribunais superiores vêm interpretando esta questão.

4.3 DECISÕES ILUSTRATIVAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Após conceituar a judicialização da saúde e analisar as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, passa-se agora à análise das decisões sobre a matéria nos tribunais superiores, a fim de compreender a eficácia do direito à saúde sob a ótica da jurisprudência.

Para esta parte do trabalho, utilizou-se como principal referência, além das decisões jurisprudenciais, o trabalho de Otávio Balestra Neto (2015) que, de uma forma didática, conseguiu classificar e caracterizar as três fases da jurisprudência nos Tribunais Superiores quanto ao direito à saúde utilizando critérios de ordem material e cronológica.

A primeira fase da jurisprudência dos tribunais superiores, que teve início na década de 90, foi marcada pela preponderância das teses fazendárias. Nesta fase, predominava o entendimento de que não cabia a interferência do Judiciário na garantia da concretização do direito à saúde por se tratar de questão relacionada às normas de caráter programático, as quais teriam eficácia apenas limitada, uma vez que dependentes de regulamentação pelo legislador ordinário (BALESTRA NETO, 2015).

Entre as decisões que marcaram este período, destaca-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça- STJ no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS, que teve por objeto o fornecimento de tecnologia de saúde de alto custo (marca-passo), importada, para o tratamento de doença rara.

À época da decisão, os ministros da Corte Superior entendiam que o direito à saúde não era direito subjetivo, visto que previsto por norma programática. Predominava, portanto, o entendimento de que o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, por serem normas de caráter programático protegeriam um interesse geral, não garantindo um direito líquido e certo ao cidadão (BALESTRA NETO, 2015). Desta forma, não caberia aos beneficiários deste direito o poder de exigí-lo judicialmente, conforme pode ser percebido a partir da ementa a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA. DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECIVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PROPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMATICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIARIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETALAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICACIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TEM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, "OU NÃO DISPÕEM DE EFICACIA PLENA", POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDENCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TEM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TEM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURIDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, OPONIVEL AO ESTADO, DE EXIGIREM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". NO SISTEMA JURÍDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTARIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE (BRASIL, 1996).

De acordo com a decisão supracitada, as normas de caráter programático seriam dependentes de regulamentação pelo legislador ordinário para alcançar a eficácia plena. Além disso, referida decisão é no sentido de que a falta de delimitação

da abrangência do direito à saúde na CRFB/88 seria um fator impeditivo para se pleitear esse direito através do mandado de segurança. Assim, não haveria direito líquido e certo a ser tutelado. Referida decisão também levou em consideração a escassez de recursos públicos sustentando que não seria possível a concretização deste direito pela via judicial, em virtude da ausência de prévia dotação orçamentária (BRASIL, 1996).

Na primeira fase, portanto, predominava a teoria da reserva do possível, como fator limitante para o deferimento dos pleitos relacionados às prestações materiais de saúde, além, é claro, da eficácia limitada atribuída as normas de caráter programático.

Em contraposição, na segunda fase da jurisprudência, que foi marcada pelas decisões prolatadas pelos tribunais superiores no ano 2000, as teses da Fazenda Pública foram afastadas com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual passou a ser relacionado à ideia de mínimo existencial e, conseqüentemente, ao direito à saúde. Nesta fase, o direito à saúde passa a ser compreendido como fundamental para o desenvolvimento de uma vida digna o que resultou no deferimento judicial em grande escala dos pleitos relacionados ao direito à saúde e no afastamento da teoria da reserva do possível (BALESTRA NETO, 2015).

Otávio Balestra Neto destaca como exemplo do posicionamento jurisprudencial desta fase o julgamento do Recurso Extraordinário n. 195.192/RS e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS pelo Supremo Tribunal Federal - STF, além do julgamento de Recurso em Mandado de Segurança n. 11183/PR, pelo STJ (BALESTRA NETO, 2015).

A decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 195.192/RS, que teve por objeto a postulação de fornecimento de medicamento importado para o tratamento de doença metabólica rara, merece destaque pois realizou importantes considerações acerca da polêmica relação existente entre a escassez de recursos e os direitos garantidos constitucionalmente, conforme descrito a seguir:

No caso, restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e desenvolvimento das mesmas. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente (BRASIL,2000a).

Conforme se extrai da referida decisão, a alegação da escassez de recursos deixou de ser considerada pela Suprema Corte como argumento válido capaz de afastar o dever de garantir a concretização dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88, ainda que não tenha se referido de forma explícita à teoria do mínimo existencial.

No caso do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 11183/PR pelo STJ, que também teve por objeto o fornecimento de medicamento, só que desta vez para o tratamento de doença neurológica grave, o relator da corte superior considerou que o direito à saúde, por estar diretamente relacionado ao direito à vida, em função da relevância de seu conteúdo, não deveria ser negado por questões burocráticas ou de ordem orçamentária, conforme exposto a seguir:

Penso que os argumentos articulados pelo Estado do Paraná, além de serem juridicamente inconsistentes, revelam o total desprezo por parte das autoridades públicas encarregadas da saúde no país. O Estado/recorrido preocupa-se, nitidamente, em contrapor-se à situação delineada nos autos com teses jurídicas de custosa credibilidade (desestabilização do Estado de Direito; quebra orçamentária; anarquia dos poderes; falência institucional) para negar à ora recorrente o sagrado direito à sobrevivência (BRASIL,2000b).

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, que serviu de precedente para vários outros que se seguiram, o ministro relator Celso de Mello, o qual teve seu voto seguido pelos demais ministros da Suprema Corte, ressaltou que o reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde, ou seja, de sua essencialidade para a vida humana, impõe ao Estado o dever de promover a efetivação deste direito através da implementação de políticas públicas (BALESTRA NETO, 2015), conforme descrito a seguir:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional (BRASIL, 2000c).

Nesta fase da jurisprudência, o direito à saúde passou a ser compreendido, portanto, como parte significativa do mínimo existencial, o que levou ao entendimento

que este deve ser garantido pelo Estado o qual deve prover sua máxima efetivação (BALESTRA NETO, 2015).

Assim, percebe-se que a saúde passou a ser tratada como um bem essencial, e que, em virtude de sua fundamentalidade e à luz da dignidade da pessoa humana, teve a maior parte de seus pleitos deferidos de forma indiscriminada pelo Judiciário, sem a análise pormenorizada de cada caso concreto. Ou seja, passou-se de uma fase onde praticamente todas as ações que postulavam prestações materiais de saúde eram negadas, prevalecendo as teses da Fazenda Pública, para outra fase, completamente oposta à primeira, na qual a maior parte das ações passaram a ser deferidas, sem restrições, ressaltando a importância do dever do Estado em garantir o mínimo existencial para o desenvolvimento de uma vida digna.

Finalmente, em meados da década de 2000, iniciou-se a terceira fase da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Referida fase caracterizou-se por um equilíbrio entre a primeira e a segunda, na qual, apesar do reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde, percebeu-se que este não poderia ser deferido de forma indiscriminada sob pena de comprometimento das políticas públicas já existentes. Por conta disso, passou-se a avaliar o cumprimento de alguns requisitos como forma de limitar a efetivação judicial do direito à saúde, dentre os quais destaca-se a comprovação da eficácia e eficiência dos tratamentos médicos e medicamentos pleiteados, bem como sua inclusão ou não nas políticas do SUS (BALESTRA NETO, 2015).

Sendo assim, percebe-se que o posicionamento dos Tribunais Superiores mudou novamente, superando o entendimento de que a dignidade da pessoa humana e a integralidade do direito a saúde garantiam um direito à saúde subjetivo ilimitado, motivo pelo qual passou-se a exigir o preenchimento de alguns requisitos para o deferimento das prestações materiais de saúde, analisando-se cuidadosamente as questões relacionadas a cada caso concreto.

Um julgamento característico desta fase foi o julgamento do mandado de segurança 8895/DF pelo STJ, conforme exposto a seguir:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da 'retinose pigmentar' no Centro Internacional de Retinoses Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar

recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado (BRASIL, 2004).

Na decisão colacionada, a Suprema Corte entendeu que a ausência de comprovação de eficácia do tratamento postulado seria critério suficiente para impedir o deferimento do pleito, de forma a evitar o comprometimento da política pública de saúde. Desta forma, percebe-se que o argumento da dignidade da pessoa humana deixou de ser utilizado de forma irrestrita, passando-se a analisar questões técnicas antes de decidir pelo deferimento ou não da prestação de saúde postulada em juízo.

Dentre os julgamentos desta fase, destaca-se, também, o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE46, pelo STF. Isto, pois, referido julgado tratou de solidificar o entendimento acerca de algumas questões relevantes em vários pedidos de tutela jurisdicional referente à saúde, incorporando grande parte das ponderações realizadas ao longo dos debates firmados nas audiências públicas realizadas em março e abril de 2009 (CIARLINI, 2013).

Conforme destaca Ciarlini, ao construir e definir “parâmetros necessários à solução judicial de situações concretas atinentes ao direito à saúde”, referido julgamento “transformou o *leading case* em marco na jurisprudência da Corte” (CIARLINI, 2013, p. 12).

Seguem descritos, de forma sintética, os critérios utilizados como referência no voto do ministro Gilmar Mendes:

- (a) se existe a política pública e a Administração Pública não fornece a prestação material ali prevista, o cidadão tem direito subjetivo a obtê-la. Neste caso, o Poder Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento;
- (b) se não existe política pública que abranja a prestação material requerida, deve-se verificar o motivo da falta de fornecimento, que pode ser: (i) uma omissão legislativa ou administrativa; (ii) uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (iii) a vedação legal expressa à sua dispensação. De qualquer forma, é vedado à Administração Pública fornecer prestação material que não possua registro na Anvisa, por força de lei;
- (c) outro dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há situações em que se ajuíza a ação com objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear, por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nesse caso, há duas hipóteses a se considerar: (i) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente. Esta situação exige cautela, pois os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas adotados representam um consenso científico sobre a condução de determinada doença. São instrumentos das políticas públicas de saúde, que visam à universalidade e à

igualdade, principalmente porque equalizam as demandas da coletividade com a escassez dos recursos públicos para atendê-las. Assim, como regra, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, salvo em situações excepcionalíssimas, nas quais restar assentada a ineficácia ou impropriedade da política pública existente. (ii) O SUS não fornece nenhuma prestação material para determinada doença. Neste caso, é possível que existam tratamentos experimentais, que não têm ainda comprovação científica de sua eficácia. Tais drogas, porque ainda não aprovadas pelas autoridades sanitárias, não podem sequer ser comercializadas e, menos ainda, fornecidas pelo SUS. Outra hipótese é a existência de novos tratamentos, ainda não incorporados aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS. É cediço que a burocracia administrativa pode eventualmente dificultar a incorporação desses novos tratamentos ao sistema público. Assim, não se afasta a possibilidade de que a omissão administrativa seja objeto de impugnação judicial (BALESTRA NETO, 2015; p. 107-108).

Desta forma, percebe-se que o julgado supracitado se torna relevante pois, ao consolidar na jurisprudência da Suprema Corte diversos assuntos tratados nas audiências públicas que ocorreram em 2009, “representam importante baliza para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, na rotina diária de enfrentamento das milhares de ações judiciais que discutem o direito à saúde” (BALESTRA NETO, 2015, p.108).

Seguindo essa linha de entendimento também foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501, realizado em maio de 2016, presidido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no qual foi deferida, por maioria dos votos, medida liminar para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016. Referida lei permite que pacientes portadores de neoplasia maligna (câncer) façam uso de uma substância, a fosfoetanolamina sintética, que ainda não possui estudos suficientes a respeito dos seus efeitos colaterais, nem tampouco registro na ANVISA ou órgão congênere, um dos requisitos utilizados pelos tribunais para deferir prestações materiais relacionadas ao direito à saúde (BRASIL, 2016 a; BRASIL 2016 b).

No julgamento supracitado, os ministros entenderam que “o registro é condição para o monitoramento da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, sem o qual a inadequação é presumida” (BRASIL, 2016 a). Por este motivo decidiu-se pela suspensão da lei que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética.

Desta forma, percebe-se que a decisão supracitada reflete o entendimento firmado na terceira fase da jurisprudência do direito à saúde, a qual representa um equilíbrio entre a fase excessivamente favorável às teses fazendárias e a fase mais permissiva a todo e qualquer pleito relacionado à saúde.

5 CONCLUSÃO

Ao incluir o direito à saúde no rol dos direitos sociais presentes no artigo 6º da CRFB/88, o constituinte originário consolidou-o como um verdadeiro direito fundamental do ser humano, de natureza prestacional, vinculando-o à concepção de que cabe ao Estado fornecer aos indivíduos os meios materiais para a sua efetivação. Além disso, restou demonstrado que a saúde é essencial para o desenvolvimento de uma vida digna, sendo esta, ainda, indispensável para o usufruto dos demais direitos fundamentais.

No entanto, apesar do direito à saúde ter eficácia plena e aplicabilidade imediata verifica-se que, na prática, é um valor ainda não materializado. Infelizmente, existe um abismo entre o que está previsto na CRFB/88 e a realidade vivida pela população brasileira. Assim, apesar do grande avanço que o SUS representou na conquista dos direitos sociais, constata-se que após quase 30 anos de sua institucionalização ainda não atingiu a efetividade pretendida pela norma.

Neste contexto, o Poder Judiciário tem sido acionado cada vez mais para garantir a concretização do direito à saúde. Todavia, embora seja indiscutível a importância da intervenção Judiciário na garantia da efetivação do direito à saúde, em função do caráter amplo e programático das normas que asseguram este direito, associado ao impacto orçamentário decorrente dessas demandas, existe no meio acadêmico, doutrinário e jurisprudencial diversas discussões acerca dos limites e possibilidades de intervenção do Judiciário, tendo como principais argumentos a teoria da reserva do possível e o mínimo existencial.

Com base no exposto ao longo deste trabalho, conclui-se que, em que pese a escassez de recursos fazer parte da realidade brasileira, a teoria da reserva do possível não pode ser invocada de forma indiscriminada para justificar a omissão do Estado no seu dever de garantir políticas públicas adequadas e eficazes capazes de efetivar o direito à saúde garantido constitucionalmente.

No entanto, considerando que a efetivação de prestações materiais de saúde envolvem a alocação de recursos públicos e que este não é ilimitado, também não parece razoável que o argumento do mínimo existencial por si só seja o único critério a ser utilizado pelos magistrados para a solução das lides que envolvam o direito à saúde.

Desta forma, faz-se necessário a observação de critérios que levem em consideração os princípios da equidade e proporcionalidade tendo em vista a justiça social. Isto, pois, o deferimento irrestrito de ações individuais que envolvam prestações materiais de saúde, em vez de garantir a efetivação da saúde à população, priorizam o que a doutrina convencionou chamar de micro justiça, ou seja, a satisfação do direito de alguns, em detrimento de outros, social e economicamente menos favorecidos, aumentando ainda mais as desigualdades sociais.

Analisando a jurisprudência dos tribunais superiores, percebe-se que esta também não é diferente. A terceira e atual fase da jurisprudência do direito à saúde reflete um equilíbrio entre a fase excessivamente favorável às teses fazendárias e a fase mais permissiva a todo e qualquer pleito relacionado à saúde. Atualmente, o argumento da dignidade da pessoa humana deixou de ser utilizado de forma incondicional, passando-se a analisar questões técnicas relacionada à cada caso concreto antes de decidir pelo deferimento ou não da prestação de saúde postulada em juízo.

Portanto, em que pese o reconhecimento da essencialidade do direito à saúde, de sua eficácia plena e aplicabilidade imediata, tais fatos não obstam a imposição de certos requisitos para a efetivação judicial do direito à saúde. Desta forma, deve haver uma ponderação de valores com base nos princípios da proporcionalidade e equidade de forma a garantir um equilíbrio entre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, e conseqüentemente, promover a justiça social.

REFERÊNCIAS

ASSENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em: maio 2017.

ASSIS, Marluce Maria Araújo; JESUS, Washington Luiz Abreu de. **Acesso aos serviços de saúde**: abordagens, conceitos, políticas e modelo de análise. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 17, n. 11, p. 2865-2875, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n11/v17n11a02.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 1, p.87-111, jul. 2015. Disponível em:< Disponível em: www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025> Acesso em: maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan/jun 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p.89-114, dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ministério da Saúde. **Intervenção judicial na saúde pública**: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais. 2014. Disponível em: < <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf> Acesso em maio 2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de

Janeiro.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

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. Diário Oficial da União, Brasília, 1990 a.

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. Diário Oficial da União, Brasília, 1990 b.

BRASIL. **Lei nº 12.732 de 22 de Novembro de 2012**. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Diário Oficial da União, Brasília, 2012.

BRASIL. **Lei nº 13.269 de 13 de Abril de 2016**. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Diário Oficial da União, Brasília, 2016 b.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório final da VIII conferência nacional de saúde**. Brasília, 1986.

BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501**. Relator: Min. Marco Aurelio. Brasília, 19 maio 2016 a.

BRASIL. STF. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 550530/PR**. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 26 jun. 2012. DJE 16 ago. 2012.

BRASIL. STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 195192**. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 fev. 2000. DJ 31 mar. 2000a.

BRASIL. STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS**. Segunda Turma. Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set. 2000. DJ 24.11.2000 c.

BRASIL. STF. **Suspensão da Tutela Antecipada 175-AgR/CE**. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe 29/04/2010.

BRASIL. STJ. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564**. Primeira Turma. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 mai. 1996. DJ 17.06.1996.

BRASIL. STJ. **Recurso em Mandado de Segurança nº 11183/PR**. Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 22 ago. 2000. DJ 04.09.2000b.

BRASIL. STJ. **Mandado de Segurança nº 8895/DF**, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 22 out. 2003, DJ 07.06.2004

BRENNER, Ana Cristina. O direito à saúde em sua dimensão prestacional (positiva): limites fáticos e jurídicos a serem considerados pelo Poder Judiciário para garantir o acesso universal e igualitário aos potenciais beneficiários desse direito. **Rev Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 5, nº 330, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/96-artigos-out-2005/5325-o-direito-a-saude-em-sua-dimensao-prestacional-positiva-limites-faticos-e-juridicos-a-serem-considerados-pelo-poder-judiciario-para-garantir-o-acesso-universal-e-igualitario-aos-potenciais-beneficiarios-desse-direito>>. Acesso em mar. 2017.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. **A efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento. **A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira**. Uberlândia Horizonte Científico, 2010.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à Saúde**. Paradigmas Procedimentais e Substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DATAFOLHA, Instituto de Pesquisa. **Opiniões e percepções do brasileiro sobre a saúde no Brasil, com foco no atendimento oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS)**. 2014. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentao-integra-datafolha203.pdf>> Acesso em: jun 2017.

FARIA, Luzardo. Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico Constitucional e Exigibilidade Judicial. **Revista Thesis Juris**, 3, dec. 2014. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/126>>. Acesso em: maio 2017.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, Mar. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007> Acesso em: ago 2017.

FREITAS, Diego Santiago de. O direito à saúde sob a ótica jurisprudencial. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55532&seo=1>>. Acesso em: ago. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Saúde supera corrupção como pior problema para a**

população. Dez 2016. Disponível em: <
<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840371-saude-supera-corrupcao-como-pior-problema-para-a-populacao.shtml>> Acesso em: set 2017.

FURLANETO, Felipe Carnelossi. Direito à Saúde e a Iniciativa privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. **Rev de Direito Privado**, vol. 42/2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) 2011.** Disponível em: <
http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207_sipssaude.pdf>. Acesso em set 2017.

KUNRATH, Yasmine Coelho. Eficácia dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17639&revista_caderno=9>. Acesso em jun 2017.

LORENZETTI, Jorge, et al. Gestão em saúde no Brasil: Diálogo com gestores públicos e privados. **Texto Contexto Enferm**, Florianópolis, 2014 Abr-Jun; 23(2): 417-25.

MACIEL, Victor. **Ministro da Saúde apresenta desafios da judicialização, em Portugal.** Ministério da Saúde. 18/07/2017. Disponível em: <
<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/28137-ministro-da-saude-apresenta-desafios-da-judicializacao-em-portugal>> Acesso em maio 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **ABC do SUS Doutrinas e Princípios.** Brasília, DF, 1990. Disponível em:
 <http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf > Acesso em: mar. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sistema Único de Saúde – **SUS Princípios e Conquistas.** Brasília, DF, 2000. Disponível em:
 <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf> Acesso em: maio 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. 2006. Manual de direito sanitário. Brasília, DF, 1990. Disponível em:
 <http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf > Acesso em: mar. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral.** 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

O GLOBO. **Ações judiciais contra o SUS elevam em 176% gastos com compra de remédios.** Jornal O Globo. 26/06/2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/acoes-judiciais-contra-sus-elevam-em-176-gastos-com-compra-de-remedios-19584023>>. Acesso em maio 2017.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde: Da (In)Efetividade das Políticas Públicas à Sua Judicialização Como Forma de Garantir o Mínimo Existencial. **Revista de Direito Brasileira**, v. 1, n. 1, p. 77-99, jul. 2011. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/53>>. Acesso em: ago. 2017. doi:10.5585/53.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** - 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: ago. 2017.

RONCALLI, A.G. O desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil e a Construção do Sistema Único de Saúde. In: **Odontologia em Saúde Coletiva: Planejando Ações e Promovendo Saúde** (A. C. Pereira org.). Porto Alegre: Artmed Editora, 2003, p.28-49.

ROSA, Tatiana. O que esperar da saúde pública no Brasil. **Revista Consensus.** Ed. 8. 2016. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/consensus/o-que-esperar-da-saude-publica-brasil/>> Acesso em: maio 2017.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega; FREITAS FILHO, Roberto. Direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Revista Direito Público**, v. 12, n. 67, 2016, 70-102, jan.-fev 2016. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2576>>. Acesso em: jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídicoconstitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 2, n. 4, p. 3183-3255, 2013.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis**, Rio de Janeiro , v. 17, n. 1, p. 29-41, ab. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: ago 2017.

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

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de informação legislativa**: v. 45, n. 177. Brasília a. 45 n. 177 jan/mar. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 40ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Karina Zanin da; VITA, Jonathan Barros. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006> Acesso em: mar. 2017.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006> Acesso em: mar 2017.