



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

VÂNDERSON DOS SANTOS PEREIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE ENTRE O MÍNIMO
EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

**CAMPINA GRANDE
2017**

VÂNDERSON DOS SANTOS PEREIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE ENTRE O MÍNIMO
EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direitos Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Marconi do Ó Catão.

**Campina Grande
2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

P436j Pereira, Vanderson dos Santos.
A judicialização do direito à saúde [manuscrito] : uma análise entre o mínimo existencial e a reserva do possível / Vanderson dos Santos Pereira. - 2017.
40 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2017.

Orientação : Prof. Dr. Marconi do Ó Catão, Departamento de Direito Privado - CCJ.

1. Direitos Fundamentais. 2. Princípio da Igualdade de Acesso. 3. Direito Social.

21. ed. CDD 342.02

VÂNDERSON DOS SANTOS PEREIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE ENTRE O MÍNIMO
EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direitos Sociais.

Aprovada em: 12/12/2017.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Marconi do O Catão (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Amilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof.ª Dra. Clésia Oliveira Pachú
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha família, por sua capacidade de acreditar e investir em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação foi que deram, em alguns momentos, a esperança para seguir. Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinho nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me concedeu força, coragem e saúde para continuar.

À minha família, meu pai, Wanderley, minha mãe, Marice, e meu irmão, Vitor, que estiveram sempre ao meu lado, me apoiando e me dando forças para continuar firme, por terem me ensinado a nunca desistir e nunca desacreditar, que sempre acreditaram em mim e apoiaram os meus sonhos. Vocês são o meu porto seguro.

À minha amada, minha princesa, Aline, que com paciência e compreensão me passou tranquilidade para concluir esta fase, por nunca me deixar pensar negativamente, por me fazer mais forte a cada dia.

Aos meus queridos e preciosos amigos, por todo apoio e carinho. Em especial à minha querida amiga Rebeca, sem a qual eu não teria conseguido finalizar este trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Marconi Catão, que aceitou o desafio de, em tão pouco tempo, me orientar. Agradeço por ter me guiado com maestria e grande competência, me fazendo encontrar o caminho certo para conseguir concluir.

A todos que fazem parte da Defensoria Pública da União, local onde ganhei inspiração para escrever sobre o presente tema e onde fiz grandes amigos. Agradeço especialmente à Luiza Cavalcanti, pelos valiosos ensinamentos e conselhos.

A todos que de alguma forma contribuíram para minha formação profissional e humana, agradeço.

“É coisa preciosa, a saúde, e a única, em verdade, que merece que em sua procura empreguemos não apenas o tempo, o suor, a pena, os bens, mas até a própria vida; tanto mais que sem ela a vida acaba por tornar-se penosa e injusta.”

(Michel de Montaigne)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a questão da judicialização como forma de efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde, utilizando-se, para isso, as Teorias do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, argumentos utilizados para se defender ou não a intervenção do Poder Judiciário para garantia daquele direito. Para tal fim, procurou-se, de início, firmar as balizas dos Direitos Fundamentais, estabelecendo um delineamento histórico das suas origens até a sua estabilização nos Tratados Internacionais sobre Direitos do Homem, elencando-se sua teoria justificadora e seu fundamento jus-filosófico. Em seguida, por ser o Direito à Saúde um direito social, prestacional, foi abordado o conceito e fundamento dos direitos sociais, assim como a problemática da sua efetividade, em razão da necessidade de uma ação e, conseqüentemente, dos investimentos financeiros por parte do Estado para sua concretização. Nesse ponto, foram analisados, também, os princípios que norteiam a garantia do Direito à Saúde, com destaque para a efetividade insuficiente apresentada pelo Poder Público e o dever constitucionalmente previsto de garantia desse direito ao cidadão por parte do Estado. Em seguida, foi examinada a questão da crescente Judicialização do Direito à Saúde, enfatizando-se a necessidade dessa medida para sua garantia, frente à inércia do Estado no cumprimento deste direito fundamental, analisando-se especificamente as Teorias do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, como argumentos garantidores e limitadores da prestação do Direito à Saúde. A metodologia utilizada para produção do trabalho pode ser caracterizada como bibliográfica e documental – haja vista ter utilizado material já publicado e informações que ainda não receberam tratamento analítico – com amparo no método dedutivo. Por fim, foram feitas considerações finais acerca da temática trabalhada, recomendando-se que novas posturas sejam adotadas a fim de se chegar a uma solução adequada para o problema que foi levantado.

Palavras-Chave: Judicialização do Direito à Saúde. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the question of judicialization as a form of enforcement of the social fundamental Right to Health, using, for this, the Theories of the Existential Minimum and the Reserve of the Possible, arguments used to defend or not the intervention of the Judiciary to guarantee that right. For such purpose, it sought, initially, to firm the beacons of the fundamental rights, establishing a historical delineation from its origins to its stabilization in international treaties on human rights, listing its justifying theory and its legal philosophy foundation. Next, once the right to health is a social, utility right, it was approached the concept and the foundation of the social rights, as well as the problematic of its effectiveness, due to the necessity of action and, consequently, of financial investments of the State for its concretization. In this point, it was analyzed, too, the principles that guide the guarantee of the right to health, highlighting the insufficient effectiveness presented by the Public Power and the constitutionally prescribed obligation to guarantee this right to the citizen by the State. Then, it was examined the question of the rising judicialization of the right to health, emphasizing the necessity of this measure for its guarantee, against the inertia of the State in fulfilling this fundamental right, analyzing specifically the theories of the existential minimum and the reserve of the possible, as arguments that guarantee and limit the provision of the right to health. The methodology used for the production of the work can be characterized as bibliographical and documentary – for having leaned over public access materials and data that have not yet received analytical treatment– based on the deductive method. Finally, it was done final considerations about the theme worked, recommending that new positions be adopted in order to achieve an appropriate solution to the problem that has been raised.

Keywords: Judicialization of the Right to Health. Existential Minimum. Reserve of the Possible .

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1	CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.2	HISTÓRICO E GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
2.3	TEORIAS JUSTIFICADORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
2.4	FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS-JURÍDICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
3	O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL....	18
3.1	CONCEITO E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS SOCIAIS.....	18
3.2	DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A PROBLEMÁTICA DE SUA EFETIVIDADE.....	19
3.3	PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO À SAÚDE.....	24
3.3.1	Princípio da Universalidade de Acesso aos Serviços de Saúde.....	24
3.3.2	Princípio da Integralidade de Assistência.....	25
3.3.3	Princípio da Gratuidade.....	25
3.3.4	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	26
3.3.5	Princípio da Igualdade de Acesso.....	26
3.4	O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE.....	27
4	A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE.....	27
4.1	O JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA TUTELA DA SAÚDE.....	28
4.2	ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	30
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33
	REFERÊNCIAS.....	36

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o cumprimento e efetivação do direito social à saúde pelo Poder Público, bem como o papel do Poder Judiciário frente às demandas, na seara da saúde, que lhe são apresentadas. Para isso, far-se-á uma ponderação entre o uso da Teoria da Reserva do Possível e a Teoria do Mínimo Existencial.

Em razão da crescente judicialização para concretização das políticas de saúde, o Estado passou a adotar a teoria da reserva do possível como forma de argumento para tentar excluir a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas Governamentais. Em contrapartida, é crescente o entendimento de que os Direitos Sociais são Direitos Fundamentais, subjetivos e dotados de aplicabilidade imediata, não podendo ser tolhidos em face da reserva do possível, cabendo ao Estado garantir, ao indivíduo, o mínimo para sua existência digna.

A relevância social e jurídica do tema decorre da crescente falta de cumprimento do Direito à Saúde pelo Estado, sendo cada vez mais frequente a busca do cidadão pelo Poder Judiciário para que lhe sejam garantidas as mais diversas formas de prestação da saúde, como o fornecimento de medicamentos, insumos, a realização de atendimentos médicos e exames, a busca por leitos hospitalares e cirurgias.

Como objetivos específicos, buscou-se firmar o conceito e delineamento histórico dos direitos fundamentais, da sua origem até a sua plena estruturação nos documentos nacionais e internacionais, a teoria dos direitos fundamentais e os fundamentos que asseguram os direitos sociais não apenas como direitos prestacionais, mas como direitos fundamentais, passíveis, portanto, de judicialização, assim como defendem grandes doutrinadores, a exemplo de Robert Alexy, Ingo Wolfgang Sarlet e Ricardo Lobo Torres.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos, fazendo-se, nos capítulos iniciais, um traçado sobre as teorias e princípios que fundamentam os direitos fundamentais e sociais, assim como suas posições nos textos internacionais sobre direitos humanos e na Constituição da República Federativa do Brasil. Tratar-se-á também, nesse início, sobre a efetividade do Direito à Saúde, bem como a ausência do seu cumprimento por parte do Estado.

No terceiro capítulo será feita uma análise da judicialização do direito à saúde, bem como uma avaliação da importância da intervenção do Poder Judiciário para a efetiva concretização desse direito. Nesse capítulo será feita, também, uma análise do Direito à Saúde aplicado à Teoria do Mínimo Existencial e a Teoria da Reserva do Possível, para que se possa

chegar a uma conclusão lógica do impacto que o uso de uma outra teoria pode causar na vida do cidadão.

No quarto capítulo, serão desenvolvidas as considerações finais acerca do tema trabalhado, procurando-se fazer sugestões para solução da problemática da falta de efetivação e, conseqüentemente, do excesso de judicialização das questões que envolvem o direito de prestação à saúde.

Como metodologia, a pesquisa pode ser classificada como analítica-descritiva, de tipo qualitativa, amparada no método dedutivo, caracterizando-se como bibliográfica e documental, por ter se pautado no uso de livros, especialmente livro de direito constitucional e direitos fundamentais, como as obras de Alexy (2006), Sarlet (2009) e Bulos (2014), revistas, artigos, jurisprudências e compilações jurídicas, a fim de se fundamentar o desenvolvimento do trabalho.

2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tratar sobre o Direito à Saúde, sua aplicação, efetividade e importância para o meio social, exige que, antes de tudo, seja traçado um delineamento histórico da teoria dos direitos fundamentais, a fim de que se explicitem os fundamentos para formalização do Direito à Saúde como um Direito Fundamental, previsto nos tratados internacionais e no ordenamento jurídico interno como um direito de prestação estatal positiva.

Os direitos fundamentais, também chamados de direitos humanos fundamentais, direitos públicos subjetivos, direitos humanos, apesar de a doutrina trazer pequena diferença entre a terminologia direitos humanos e direitos fundamentais, elencando aqueles como sendo direitos previstos no âmbito externo (tratados, convenções) e os direitos fundamentais como aqueles previstos no ordenamento jurídico interno do Estado, são direitos que buscam garantir as liberdades individuais, assegurar o bem-estar, a igualdade e a solidariedade dos indivíduos perante o Estado, são, em síntese, direitos inerentes à condição de *ser humano*, pertencentes a todos e considerados básicos para qualquer indivíduo, como o direito à vida, à educação, à moradia, à alimentação, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Afirma o professor Bulos (2014, p. 525), tratando sobre o tema em seu curso de direito constitucional, que:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

O ilustre professor acrescenta, ainda, que “*sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive e, em alguns casos, não sobrevive*” (BULOS, 2014, p. 525).

Moraes (2011, p. 10), corroborando com essa premissa, utilizando as terminologias direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimas, elenca que:

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

[...]

A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescindibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

Os direitos fundamentais existem, portanto, para garantir as condições de existência do homem, são eles instituidores da igualdade, liberdade e dignidade dos indivíduos, positivados após anos de evolução histórica e revoluções sociais.

2.2 HISTÓRICO E GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assim como a própria civilização humana, os direitos fundamentais passaram por diversas fases, até que se apresentassem como hoje os conhecemos. Eles são frutos de diversas lutas e revoluções sociais, dos levantes sociais contra o poder e a opressão, modificaram-se com o tempo, foram reduzidos em algumas épocas e exaltados em outras, aplicados de formas diferentes ao se levar em conta as características sociais vividas no momento de sua aplicação, sofreram eles, portanto, relevante evolução histórica.

Mendes (2014, p. 189), trabalhando o tema, elencou que:

Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face de novas feições assumidas pelo poder.

Para que se entendam os direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais sociais, principal interesse desse trabalho, é primordial compreender, assim, os passos que se seguiram até que eles se firmassem da forma pela qual hoje estão prescritos na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais, não sendo possível entendê-los sem conhecer sua base histórica, sua *epigênese*, sua formação e a alavanca para o seu desenvolvimento.

Ainda segundo o autor por último citado, “o recurso à História mostra-se indispensável para que à vista da gênese e dos direitos fundamentais, cada um deles se torne mais bem compreendido” (MENDES, 2014, p. 189).

Moraes (2011, p. 6) aponta o primeiro sinal do nascimento dos direitos fundamentais ainda no ano 3.000 a.C., na região da Mesopotâmia. Conforme o ilustre doutrinador, naquela região já era possível identificar resquícios de mecanismos de proteção do indivíduo em relação ao Estado.

Outros doutrinadores, a exemplo do professor Comparato (2010), vão ainda mais distante, fixando a primeira manifestação dos direitos fundamentais nos séculos XI e X a.C., quando se instituiu, sob Davi, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém (COMPARATO, 2010, p. 53).

Apesar desse dissenso quanto às primeiras manifestações dos direitos fundamentais, é unânime a concordância de que os documentos mais importantes que dão início aos direitos fundamentais como conhecemos hoje são os pactos e cartas de franquias, com destaque para a *Magna Charta Libertatum* (1215), firmado pelo Rei João Sem-Terra, que estabeleceu as bases do devido processo legal, liberdade de locomoção e acesso à justiça. Nesse contexto, o professor Canotilho (1993) escreveu que a “Magna Charta Libertaum, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já abertura para a transformação dos direitos corporativos em direitos do Homem” (CANOTILHO, 1993, p. 527). Também como documentos de relevante importância no balizamento dos direitos fundamentais estão a *Petition of Right* (1628) e o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679).

Em 1689, outorgada pelo Príncipe de Orange, nasce o *Bill of Right*, que teve como principal ato o fortalecimento do princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do parlamento (MORAES, 2011, p. 8).

Já em 1776, fruto das revoluções Norte Americanas, nasce a Declaração de Direitos da Virgínia, tida para Bulos (2014, p. 527) como o primeiro instrumento que assegurou os direitos fundamentais antes da Declaração de Independência dos Estados Unidos. A Declaração de Direitos da Virgínia, além de tratar de direitos já antes discutidos, como o devido processo legal e o princípio da legalidade, proclamou o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Tratando sobre a importância da Declaração de Direitos da Virgínia, Comparato (2010, p. 62) afirma que:

O artigo I da Declaração que o ‘bom povo da Virgínia’ tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na história. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A ‘busca da felicidade’, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceita por todos os povos, em todas as épocas e civilizações.

Ainda em 1776, nasce a Declaração de Independência dos Estados Unidos, elencando que todos os homens são criados iguais, dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis, dentre os quais estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. É, por conseguinte, um documento de relevante valor histórico na formação dos direitos do homem, firmando a igualdade entre os indivíduos e dando ao povo o direito de destituição de governantes que tivessem por intuito a “destruição” dos direitos por ela firmados.

Em 1789, fruto da Revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão reafirma os ideais de liberdade e igualdade entre os homens, já previstos na Declaração de Independência dos Estados Unidos. O documento Francês anotou, ainda, a anterioridade em matéria penal, o princípio da legalidade, a presunção de inocência, o princípio da reserva legal. O primeiro artigo da Declaração de 1789 inicia o documento informando que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, mais de um século e meio depois de outorgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em Paris, proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), internacionalizando a defesa pelos direitos do homem. A luta pelos direitos fundamentais, a partir de então, ganhou nova roupagem, pois os Estados passaram a prever os direitos fundamentais em seus ordenamentos jurídicos. O preâmbulo da DUDH enunciou que “Agora, portanto, a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”. A DUDH, até hoje, é o documento internacional mais relevante na defesa dos direitos fundamentais.

Delineando a evolução histórica dos direitos fundamentais, após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual, como já dito, balizou os ideais de igualdade e liberdade, Comparato (2010, p. 62) certificou que “Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária à vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal de Direitos Humanos”. O ilustre autor estava a falar do artigo 1^a da DUDH, que firmando os ideais das revoluções francesas (liberdade, igualdade e fraternidade), afirmou que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

No Brasil, todos os textos constitucionais, incluindo a constituição do império (1824), previram declarações de direitos. A Carta de 1824, inclusive, foi a primeira do mundo a expressar, em termos normativos, os direitos do homem, antes mesmo da Carta Belga de 1831, tida como pioneira nesse campo (BULOS, 2014, p. 527).

José Afonso da Silva (2005, p. 170) informa a importância que todos os textos constitucionais brasileiros deram aos direitos fundamentais, elencando também a Carta do Império como o primeiro a positivizar os direitos humanos:

As Constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes, até, que a

primeira constituição, a *subjektivar* e *positivar* os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia.

Nenhuma das constituições brasileiras foi tão expressiva em termos de previsão de direitos fundamentais, contudo, quanto a Constituição de 1988. A Carta de 1988, pautada nos ideais assegurados pela Declaração Universal de Direitos Humanos, ampliou as liberdades públicas, restabeleceu direitos e garantias que haviam sido tolhidos nos vinte anos de período ditatorial e erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais (MENDES, 2014, p. 139).

Ainda tratando dessa perspectiva histórica, os direitos fundamentais foram divididos, tendo por base a época de seu nascimento, em três gerações, tese formulada por Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo (CANOTILHO, 2010, p. 135). Na verdade, alguns doutrinadores, a exemplo do professor Bulos (2014, p. 528-530), já falam em seis gerações de direitos fundamentais, porém, nos privemos tratar sobre as três principais gerações, de aceitação unânime na doutrina constitucional.

A primeira geração dos direitos fundamentais surgiu nos séculos XVII e XVIII, fruto das revoluções francesas e americana, imbuídos dos ideais de liberdade pregados nas lutas sociais. São chamados de direitos de primeira geração, pois foram os primeiros a ser reconhecidos em um texto constitucional. Essa geração inaugura-se como florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento (BULOS, 2014, p. 528).

Os direitos de primeira geração, então, são aqueles que exigem prestações negativas do Estado, visto na época como o grande opressor da sociedade. Esses direitos exigem um não fazer, uma não intervenção dos governantes na vida do indivíduo. Corroborando com essa premissa, afirma Mendes (2014, p. 180):

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Dá esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.

São exemplos clássicos dos direitos fundamentais de primeira geração o direito à vida, o direito a liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à liberdade de reunião, à inviolabilidade do domicílio, o direito de associação, entre outros.

A segunda geração de direitos fundamentais, foco deste trabalho, nasce do pós Primeira Guerra Mundial, resultado do descaso do Estado frente aos problemas sociais. Nasce, portanto, a necessidade da busca por políticas distributivas e, conseqüentemente, por prestações positivas por parte dos governantes, exigindo-se, aqui, um fazer. São também conhecidos como Direitos Fundamentais Sociais, representados, principalmente, pelo direito à subsistência digna do homem, o direito à saúde e direitos relacionados ao trabalho.

Segundo Mendes (2014, p. 182):

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Já os direitos de terceira geração são os considerados direitos coletivos por excelência, isso porque se destinam à coletividade, são voltados para a humanidade como um todo, diferentemente dos direitos sociais que, como dito, geralmente têm indivíduos singulares como titulares. Os direitos de terceira geração são aqueles que englobam os direitos de solidariedade e fraternidade. Nas palavras de Bulos (2014, p. 529),

Os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade, prescritos nos textos constitucionais hodiernos, e que constituem a terceira geração dos direitos humanos fundamentais.

Em que pese essa divisão em gerações dos direitos fundamentais, elas não devem ser entendidas como sobrepostas umas às outras, pois o nascimento dos direitos de segunda geração não exclui os direitos de primeira geração, uma vez que essa divisão dos direitos fundamentais em gerações é estabelecida apenas para situar as diferentes espécies de direitos na história, para determinar o seu momento de nascimento, as características da época de sua eclosão. Dessa forma assegura Mendes (2014, p. 183):

Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes.

Assim, os direitos fundamentais são resultados de diversas lutas sociais e anos de evolução histórica. São eles filhos do seu tempo e guardam consigo características das necessidades sociais que lhes deram ensejo. São indispensáveis, ainda, à proteção do homem,

à segurança da convivência pacífica, à garantia das necessidades básicas e às liberdades individuais.

2.3 TEORIAS JUSTIFICADORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muitas são as teorias que buscam estabelecer uma justificativa filosófica para a existência e necessidade dos direitos fundamentais. Contudo, três delas ganham destaque nessa “disputa jus-filosófica”, quais sejam, a teoria jusnaturalista, a teoria positivista e a teoria realista.

Os jusnaturalistas fundamentam os direitos humanos como frutos dos direitos naturais, direitos que decorrem da própria natureza humana. Não sendo criações dos legisladores, tribunais ou juristas, não podem desaparecer, pois fazem parte de uma ordem superior universal, imutável e inderrogável (MORAES, 2011, p. 15).

Com uma concepção diversa daquela pregada pelos jusnaturalistas, a teoria positivista defende que os direitos fundamentais são aqueles direitos básicos previstos no ordenamento jurídico positivo. Para essa teoria, são esses direitos criações do legislador, que eleva determinado grupo de direitos como sendo os que merecem destaque no ordenamento positivo. Conforme explana Mendes (2014, p. 184), para os positivistas os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela.

Merece igual destaque a teoria realista, a qual defende que os direitos humanos fundamentais são aqueles conquistados pela humanidade no decorrer da história, sendo, dessa forma, resultado das lutas sociais e políticas vivenciadas no decorrer da evolução dos direitos.

2.4 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS-JURÍDICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse ponto, alguns questionamentos interessantes fazem-se necessários: Qual o fundamento de existência dos direitos fundamentais? Quais os princípios jurídicos que justificam a existência dos direitos fundamentais?

Pois bem, para que os direitos humanos se firmem no ordenamento jurídico, interno ou externo, faz-se necessário demonstrar para quem eles devem existir, o seu propósito, os fundamentos lógicos para sua existência.

Parte da doutrina, a exemplo de Sarlet (2012), aponta como fundamento lógico para a existência dos direitos fundamentais, a necessidade de proteção ao princípio da Dignidade da pessoa humana. Segundo Sarlet (2012, p. 125):

[...] como bem lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como ‘alfa e ômega’ do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.

Apesar de o ilustre doutrinador reconhecer, de forma correta, já que são amplos os direitos humanos, que nem todos os direitos fundamentais guardam vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, essa constatação não retira do princípio a função de conferir determinada unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 126).

3. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

3.1 CONCEITO E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS SOCIAIS

No Pós Revolução Industrial, movido pela inevitabilidade de atuação Estatal para enfrentar problemas sociais, nasce uma nova categoria de direitos fundamentais conhecida como direitos sociais, caracterizada pela necessidade de prestações positivas por parte do Poder Público, com foco na busca pela intervenção do Estado para solucionar problemas como a falta de saúde, de educação, de moradia, etc. O exercício dos direitos de liberdade (primeira geração de direitos) não seria possível se não houvesse condições mínimas para isso, diga-se, se não houvesse saúde, educação, entre outros.

O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/Sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais, revela MENDES (2014, p. 182). Com base nisso, continua dizendo o Ministro que “como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas” (MENDES, 2014, p. 182).

Para Alexy (2006, p. 499), os direitos fundamentais, chamados por ele de direitos de prestação em sentido estrito, são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter também de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação,

quer-se primeiramente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito (ALEXY, 2006, p. 499).

Os direitos fundamentais sociais ganham consagração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 22 prevê:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao desenvolvimento de sua personalidade.

Já a nossa Carta de 1988, corroborando com o entendimento estabelecido de que os direitos sociais também devem ser consagrados como direitos fundamentais, passam a estabelecer em seu Título I, Capítulo II, artigo 6º, um rol de direitos sociais, dessa forma:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Diante dessa perspectiva, os direitos sociais devem, também, ser protegidos e efetivamente cumpridos, até por estarem elencados como cláusula pétrea presente no §4º, artigo 60, da CRFB/88, diferentemente do que defendem alguns doutrinadores e magistrados, ao afirmar que a efetividade dos direitos fundamentais esbarra na reserva do possível, tratando-os, assim, como meras declarações de boas intenções. Ora, não negamos a existência da necessidade de se atentar para a questão orçamentária, contudo, ao indivíduo deve ser garantido o mínimo para sua existência, pois sem saúde o ser humano não existe dignamente. Trataremos mais adiante sobre esse entendimento.

3.2 DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A PROBLEMÁTICA DE SUA EFETIVIDADE

Segundo Leny Pereira da Silva (2016), o direito à saúde é um direito social, qualificado na ordem internacional como direito de 2ª Geração, caracterizando-se pela necessidade de uma atuação positiva por parte do Estado. Não obstante, está intimamente ligado ao direito à vida, que consubstancia norma de aplicabilidade imediata. A própria Constituição, em seu artigo 5º, §1º, inclusive, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O direito à saúde é caracterizado como bem indissociável do direito à vida, não podendo existir uma vida digna sem a presença da saúde, devendo esta ser entendida como

verdadeiro Estado de Bem-Estar Social, cabendo ao Estado o dever de tutelá-la. Segundo elenca André da Silva Ordacgy (2007):

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em características indissociáveis do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à saúde vem sedimentado como direito fundamental, como já dito, no seu artigo 6º, o qual informa que a saúde é um direito social. Seguindo, o artigo 7º, tratando sobre o tema de forma mais específica, traz dois incisos que estabelecem normas de proteção à saúde: o inciso IV estabelece que o salário mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, e o inciso XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalhador, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Contudo, é no Título VIII da Constituição, ao tratar sobre a ordem social, precisamente em seu artigo 196, que o direito à saúde ganha sua verdadeira dimensão, ao impor que 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 a sua promoção, proteção e recuperação.

De relevante importância para a efetividade do direito à saúde, o artigo 23, inciso II, da Constituição da República, prevê que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, cuidar da saúde e assistência pública. Aplicando essa previsão constitucional, são recorrentes as decisões judiciais, ao se depararem com os argumentos contrários à responsabilidade solidária, de que é sim de responsabilidade de todos os entes federativos o cuidado com a saúde, como é possível observar a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (BRASIL, 2015).

Tratando sobre a positivação da saúde, Sarlet (2009, p. 323-324) salienta que está consagrado no art. 6º de nossa Constituição, e nos arts. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com

destaque para as leis que dispõem sobre a organização e benefícios do Sistema Único de Saúde (SUS) e o fornecimento de medicamentos. Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito, quanto diante de normas de cunho programático (impositivo), enunciando (no art. 196) que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta seara). Além do mais, o ilustre doutrinador continua afirmando que:

[...] num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200).

Veja-se, pois, que o Constituinte de 1988 se preocupou em elevar o direito à saúde ao nível de norma constitucional, elencando-o em várias partes da CF/1988, e possuidor de eficácia jurídica, em nível de igualdade com as demais normas constitucionais, podendo ser utilizadas como fundamentos em possíveis demandas judiciais que visem a garantir o direito à saúde.

Leny Pereira da Silva (2016), mais uma vez, afirma que “são amplas as possibilidades de concretização judicial desse direito, sobretudo se tiver sempre em mente o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais”.

Tem-se em conta, assim, que o direito à saúde deve ser considerado como um direito público subjetivo, pois cabe ao Estado, como visto, garantir a diminuição do risco de doenças, bem como garantir o acesso universal à saúde, além de ser garantido como direito de todos.

Nesse sentido, em que pese ter tratado em um primeiro momento, como citado acima, o direito à saúde como uma norma programática, Sarlet (2009, p. 328) afirma que:

[...] desenvolvendo a problemática da exigibilidade dos direitos sociais como direitos subjetivos, destacando-se, ainda neste contexto, que após uma postura mais tímida, mesmo os Tribunais Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal, passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigível em Juízo e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático.

[...]

Assim, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, colacionamos Acórdão relatado pelo Ministro José Delgado (ROMS nº 11.183/PR, publicado no DJU em 04/09/2000), reconhecendo um direito “líquido e certo” à saúde e chancelando a decisão das Instâncias ordinárias que impuseram, via mandado de segurança, o

fornecimento pelo poder público de medicamentos para esclerose lateral amiotrófica (SARLET, 2009, p. 328).

Então, por ser um direito público subjetivo, ou seja, aquele em que o seu titular se encontra em situação dotada de determinadas faculdades jurídicas, é oponível por via judicial, garantindo-se, dessa forma, sua plena efetividade.

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso (2014, p. 6) assevera que:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido.

No âmbito externo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no âmbito interno pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991, revela a importância do direito à saúde, consignando que os Estados signatários reconhecem:

[...] o direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental e devem, para “assegurar a plena efetividade deste direito”, adotar a “criação de condições que garantam a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença. (artigo 12)

Voltando para o ordenamento interno, mas agora no plano infraconstitucional, vale mencionar a Lei nº 8.080/90, que trouxe as balizas estruturais do Sistema Único de Saúde e impôs ao Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde (artigo 2º). A mesma lei orientou a atuação do Poder Público no sentido da “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (artigo 7º, inciso II).

Conferindo efetividade máxima ao direito fundamental à saúde, o Supremo Tribunal Federal (STF) no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 273834 (DJ 02/02/2001), cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, reconheceu que:

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (BRASIL, 2001)

Há, nos últimos anos, contudo, severa discussão acerca da aplicação e cumprimento dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, isso porque, em razão da necessidade de

prestações positivas por parte do Estado, os direitos sociais, conseqüentemente, envolvem custos mais altos que os direitos de primeira geração.

Com base nisso, mesmo que muitas vezes de forma velada, parte dos “autores nacionais vêm adotando o entendimento da doutrina alemã e do Tribunal Constitucional Federal Alemão que pregam que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem o seu objetivo” (CUNHA JÚNIOR, 2013).

Para essa parcela da doutrina nacional, assim como o entendimento de alguns magistrados, a chamada reserva do possível é o limite fático para a efetivação dos direitos sociais prestacionais, para aqueles direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado. Segundo Flávia Danielle Santiago Lima (2001), “o conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos”.

Nesse interim, o direito social à saúde tem sido um dos mais atingidos em razão da adoção desse entendimento. Por falha de políticas públicas, diversos são os casos de busca pelo Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde, para garantia de uma vida digna. Contudo, o Judiciário, muitas vezes, tem se negado a atender essas demandas sob alegação de que se deve respeitar a reserva do possível.

Ora, a escassez de recursos ou a simples alegação de que o atendimento, pelo poder judiciário, ao pleito de pessoas que buscam o fornecimento de um tratamento para a patologia que lhes aflige, causará um descompasso no orçamento público não deve ser utilizado como argumento para se excluir a efetivação do direito à saúde e, conseqüentemente, do direito à vida.

Entre a garantia da saúde e, conseqüentemente, da vida do cidadão e o respeito ao orçamento público, o que deve prevalecer? Encontramo-nos, portanto, diante de um choque de direitos, problemática esta que deve ser discutida, conforme entendimento de Jarbas Luiz dos Santos (2004) e Susana de Toledo Barros (2003), a luz do princípio da proporcionalidade.

Com desenvolvimento intrinsecamente ligado a evolução dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, ou, para alguns, razoabilidade, determina que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deve ser proporcional, não excessiva. O princípio possui *status* constitucional e busca ponderar direitos fundamentais que se conflitam, através da sua devida adequação ao caso concreto, utilizando-se o binômio meio-fim. Destaque-se que este princípio não busca esvaziar a efetividade do direito que foi preterido, mas fazer uma

ponderação em razão do bem ou do valor que se pretende tutelar naquele caso específico, agindo para que prevaleça o direito que melhor se aplica à situação.

Tratando sobre a efetividade dos direitos sociais, Sarlet (2009, p. 310), afirmou que a não efetivação do direito à saúde assume dimensões muitas vezes trágicas, não sendo raros os casos em que a falta de prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito, apontando o doutrinador, por fim, o conflito entre a inevitável escassez de recursos e o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Nessa perspectiva, deve-se discutir a existência da Teoria do Mínimo Existencial, que, para Barreto (2003), é um direito subjetivo que pode ser exigido do Poder Público e deve ser entendido como aquilo que deve ser prestado para garantir uma existência digna. Não há existência digna sem saúde de qualidade. Atender esse pleito é o básico que o Estado pode garantir ao cidadão.

No que diz com as suas funções no contexto dos direitos fundamentais, o direito (e garantia) ao mínimo existencial, funciona, numa primeira perspectiva, de resto a mais desenvolvida na esfera jurídico-constitucional, especialmente no direito estrangeiro, na dicção de Paulo Caliendo, como ‘uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal ou induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo’. Da mesma forma, no sentido ‘positivo’, resulta para os órgãos estatais (e, em determinados casos, também para os particulares), a obrigação de cunho positivo de assegurar as prestações inerentes ao mínimo existencial (SARLET, 2009, p. 322).

3.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO À SAÚDE

Como instrumento garantidor e via de manutenção do direito à vida, o direito à saúde é pautado por três principais princípios, elencados no artigo 7º da Lei 8.080/90, quais sejam, o princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde, o princípio da integralidade de assistência e o princípio da gratuidade.

Em razão da sua importância como meio digno de manutenção do homem em sociedade e como garantia do mínimo que o indivíduo pode receber do Estado, acrescenta-se, ainda, como sua baliza, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade de acesso.

3.3.1 Princípio da Universalidade de Acesso aos Serviços de Saúde

Estabelece a Organização Mundial da Saúde (2008) que o passo mais fundamental que um país pode dar para fomentar a equidade em saúde é promover a cobertura universal: acesso universal a todo um leque de serviços de saúde necessários, pessoais ou não pessoais, com proteção social da saúde.

Para Luciano Moreira de Oliveira (2010), quando se fala em princípio da universalidade, refere-se ao acesso às ações e serviços de saúde, como deixam claro o art. 196 da CF/88 e o art. 7º da Lei 8.080/90, tratando-se, pois, da titularidade do direito, e não do seu objeto. Assim, para ele, a garantia do acesso universal pode ser resumida na expressão constitucional de que ‘a saúde é direito de todos’, o que veda o estabelecimento de pré-requerimento ou discriminações para a fruição do direito. Todos, pela só condição de pessoa, têm direito à saúde e ao acesso às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O princípio da universalidade assegura que todos, independentemente da sua condição, terão acesso aos serviços que garantam uma saúde de qualidade.

3.3.2 Princípio da Integralidade de Assistência

Conforme expõe a Lei 8.080/90, a integralidade de assistência é uma articulação contínua da promoção de saúde com prevenção e tratamento de agravos, por meio dos serviços e ações prestadas, no âmbito individual e coletivo, de acordo com cada caso, abrangendo todos os níveis que compõem o sistema.

A noção de integralidade, pois, refere-se à cobertura total das ações de saúde, independentemente da natureza ou do nível de complexidade dos serviços que devam ser prestados.

3.3.3 Princípio da Gratuidade

O princípio da gratuidade corresponde à ausência de custos para o paciente no momento que necessita fazer uso do serviço público de saúde. Elenque-se, contudo, que isso não quer dizer que o serviço público de acesso à saúde seja genuinamente gratuito, haja vista que a gratuidade de acesso não implica que a população seja isenta de contribuir para o funcionamento do sistema através de tributos.

Por óbvio não haveria de ser, o sistema de saúde, genuinamente gratuito, até porque ele necessita de algum meio de financiamento. Nesse sentido, elenca Sarlet (2009, p. 327) que:

É verdade que não existe direito propriamente gratuito (já que toda e qualquer prestação de natureza pública – mesmo fornecida por delegação – pressupõe o financiamento pela sociedade), isso não significa que se haverá de impor um ônus direto e específico a todo aquele que pretender usufruir uma prestação, pena de uma negativa de prestação, até mesmo pelo fato de que, em regra, terá havido contraprestação pessoal (no mínimo por meio de tributos indiretos) ou, à luz do princípio da solidariedade (e da distribuição proporcional dos benefícios e encargos), um financiamento por parte de terceiros [...].

3.3.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Segundo Sarlet (2009, p. 100), a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como a qualidade intrínseca e distintiva de 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 à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimos para a vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência em comunhão dos demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana, então, deve ser entendida como um dos princípios balizadores do direito à saúde, pois ao indivíduo deve ser garantido o direito a uma vida saudável e digna. Ao Estado cabe garantir, no mínimo, que o indivíduo tenha o direito de acessar aos meios que lhe garantam os mecanismos de garantia da saúde. A falta dessa garantia deve ser considerada como falta de acesso à dignidade.

3.3.5 Princípio da Igualdade de Acesso

A Lei n.º 8.080/90 elenca, em seu artigo 2º, §1º, que cabe ao Estado assegurar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Nesse sentido, segundo o Ministro Celso de Melo:

O Direito Público Subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos

cidadãos, **o acesso universal e igualitário** à assistência farmacêutica e médico hospitalar (BRASIL, 2000). (grifo nosso)

O princípio da igualdade aplicado ao direito à saúde visa garantir o acesso igualitário dos usuários aos serviços de saúde. Muitas são as alegações de que, diante da judicialização de uma demanda de saúde, estar-se-ia ferindo o princípio da igualdade de acesso. Ora, cabendo ao Estado garantir o acesso igualitário, quando o Poder Público nega o acesso a alguém que necessita dos serviços de saúde, e esse indivíduo judicializa essa demanda, não se está em busca, ao contrário do que se alega, de garantir a igualdade?

3.4 O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

Conforme elencado no texto constitucional, cabe ao Estado a garantia de acesso pleno, integral e igualitário às políticas públicas de saúde ao cidadão. Não se trata de uma escolha do Estado, mas sim de uma obrigação firmada constitucionalmente. É dever do Poder Público o cumprimento de Políticas Públicas, cabendo-lhe a implementação e organização da forma como essas políticas serão disponibilizadas ao cidadão, razão por que é indiferente ao indivíduo que necessita do cumprimento dessas políticas saber como elas serão implementadas.

Consoante elenca Krell (2002), o Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas públicas’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionais protegidos.

Pois bem, quando o Estado deixa de garantir o acesso à saúde, mesmo que especificamente a um cidadão apenas, ele está descumprindo o seu dever, constitucionalmente previsto, de cumprimento de uma política pública, frise-se, uma das mais importantes, visto que lida com o direito à vida. A inércia do Estado, ou a sua negativa em cumprir o direito à saúde, deve ser considerado como verdadeiro estado de coisas inconstitucional, necessitando muitas vezes, portanto, de intervenção judicial para que seja definitivamente cumprido.

4. A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Muitas são as críticas entre alguns doutrinadores, a exemplo do Ministro Barroso (2014), em razão da judicialização de demandas que envolvam a garantia de políticas

públicas, como a questão da saúde. Para essa parcela da doutrina, a judicialização da saúde traz severo problema. Isso porque, para eles, a garantia desse direito pelo poder judiciário causa um descompasso nas políticas do governo, com a utilização de recursos públicos para fornecer um medicamento pleiteado pela via judiciária retirando do próprio setor da saúde os recursos para garantir o direito de outros usuários.

Elenca Barroso (2014, p. 4), defendendo esta linha de pensamento, que:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo poder executivo.

Por óbvio que a judicialização não deveria ser o caminho seguido para que o cidadão, necessitando de atendimento médico, de fornecimento de um medicamento, da realização de um procedimento cirúrgico, pudesse alcançar esse objetivo. Mas o que vai fazer o indivíduo quando, necessitando de um desses procedimentos, busca o Estado e recebe uma negativa por parte dele? Imaginemos o portador de uma patologia severa, economicamente hipossuficiente, que necessita fazer uso de um medicamento para sobreviver, mas o Estado se nega a fornecer. Diante disso, o que deve fazer esse indivíduo? Não tem o judiciário o papel de resolver esse tipo de demanda, e, analisando a situação *in concreto*, resolvê-la em prol do cidadão? Não deve o judiciário, como único dos poderes que não foi eleito pela maioria da população, posicionar-se em prol da minoria, neste caso, o cidadão que busca o sistema de saúde? Responder a esses questionamentos é, portanto, o principal objetivo deste trabalho.

4.1 O JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA TUTELA DA SAÚDE

Ao Judiciário foi depositado o dever de agir com justiça, em prol dos direitos fundamentais e em defesa da Constituição. Conforme o próprio Barroso (2014, p. 12), em que pese apresentar claro argumento contrário à judicialização das demandas de saúde, como acima foi informado:

O judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o

mínimo existencial de qualquer pessoa, isso porque, cabe ao Poder Judiciário atuar para garantir a preservação dos direitos fundamentais.

É com base nisso, em razão da falta de cumprimento de políticas públicas, frisando, neste trabalho, o descumprimento da prestação de saúde, como supramencionado, que o Poder Judiciário tem sido comumente chamado a intervir a fim de garantir o cumprimento do direito social à saúde e, conseqüentemente, do direito à vida digna.

Como menciona Oliveira, Delduque, Sousa et al *apud* Bento, Boller e Barbosa (2017, p. 521):

O direito à saúde nem sempre é assegurado, de fato, aos bens e serviços no âmbito do SUS. É na prestação jurisdicional, seja individual ou coletiva, que os indivíduos demandam do Estado o cumprimento daquilo que consta na Constituição. É a conquista do direito à saúde, que permanecerá como um processo de construção enquanto tivermos indicadores sociais de iniquidades, injustiça social e quadros epidemiológicos não favoráveis. O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública são as instancias judiciais acionadas para resolver os conflitos que dificultam a garantia do direito à saúde.

De outra maneira não poderia ser, frente à barreira criada pelo Poder Público, para se alcançar seu único meio de sobrevivência, o sujeito enfermo busca auspícios junto ao Judiciário, que é visto, e assim deve ser, como última salvaguarda da sociedade. Por óbvio que a judicialização deve ser evitada ao máximo, em preferência aos meios alternativos de solução, mas quando se trata de cumprimento de uma política pública, o Estado, uma vez a tendo negado, não deixa caminhos para a solução, senão por via judicial.

Como visto, a doutrina e o próprio Poder Judiciário têm desconstruído a conceituação de conteúdo apenas programático dos direitos sociais, “elevando-os” à categoria de direitos subjetivos, de aplicabilidade imediata, por isso, passíveis de discussão em âmbito judicial. Como exemplo, o Ministro Edson Fachin considerou, no RE566471, que:

[...] há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, considerando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação (BRASIL, 2007).

Quanto ao tema, afirma a Juíza Federal Janaína Cassol Machado (2007) que, muito embora, sumariamente, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas sejam dos Poderes Executivo e Legislativo, é possível a determinação pelo Poder Judiciário para que sejam implementadas sempre que, com a omissão dos órgãos Estatais competentes, fique comprometida a eficácia e integridade dos direitos fundamentais.

Ultrapassar os argumentos referentes à questão orçamentária, contudo, é o grande desafio que hoje se apresenta ao Poder Judiciário. Isso porque se argumenta que a intervenção

do Judiciário em questões de políticas públicas causará um descompasso nas contas do Estado, que o Judiciário não tem conhecimento sobre a aplicação financeira em políticas sociais, e, em razão, disso, causa prejuízo quando decide de forma favorável ao pleito do cidadão enfermo. Segundo essa linha de pensamento, o juiz decidindo no caso concreto, sem analisar o coletivo, causará consequências globais, vindo a prejudicar o todo.

O fato é que os direitos sociais, como o direito à saúde, são indispensáveis para efetivação da dignidade humana, princípio que fundamenta a República Federativa. Nas palavras de Oliveira, Delduque e Sousa, et al (2015), bem como no entendimento de Vieira (2017, p. 47) *apud* Bento, Boller e Barbosa (2017, p. 521):

No que toca ao campo da saúde, é inegável que lidamos com a primazia do direito à vida, que antecede outros essenciais como o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (Art. 5º, caput), assumindo-o, por sua vez, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Este princípio fundamenta que não há vida sem dignidade e que seres humanos devem ser tratados e considerados enquanto fins em si mesmos, isto é, não há utilitarismo quando se trata de pessoas. Este princípio antecede todas as regulamentações a respeito do acesso a saúde, pois consta da Declaração Internacional de Direitos Humanos, de 1948. Vieira (2017, p; 47) afirma que existe um quadro de desrespeito aos direitos fundamentais e que os direitos sociais, notadamente, são os mais afetados diante de um Estado que não utiliza adequadamente seu orçamento e pondera a urgência em ‘... pesquisarmos situações que fortaleçam e consagrem, na prática, a efetividade dessa gama de direitos’.

A existência dos direitos sociais como direitos subjetivos necessários à existência digna do homem exige que o Poder Judiciário, ao menos, proteja o seu mínimo existencial, o seu núcleo. O ideal, claro, seria o cumprimento dessas políticas sem a intervenção do Judiciário, mas ele tem a função constitucionalmente prevista, repita-se, de defender esses direitos. Além do mais, como afirmou o autor por último citado, a questão orçamentária, muitas vezes, está mais relacionada com a utilização inadequada dos recursos pelo Poder Público, e não em razão do cumprimento adequado do fornecimento da saúde, mesmo que por intervenção de outro poder.

4.2 ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Aqui se encontra a grande problemática que norteia a efetivação das políticas públicas, em especial a questão das políticas de saúde, haja vista a necessidade de investimentos do Estado para sua concretização. Em razão da sua vasta demanda, a necessidade de manutenção de meios que concretizem o acesso a uma vida saudável, nasce o argumento de falta de orçamento, por parte do Estado, para esse fim.

Como já salientado, alguns doutrinadores, como o Ministro Barroso, apontam como limitador da efetivação das políticas de saúde a chamada reserva do possível. Tal teoria, que surgiu no Tribunal Constitucional Alemão, defende que a concretização dos direitos fundamentais sociais estaria limitada à existência de recursos financeiros por parte do Estado. Esse tem sido o fundamento utilizado pelo Poder Público, inclusive, para justificar a omissão na efetivação do direito à saúde, buscando afastar a intervenção do Poder Judiciário, nas demandas que lhes são apresentadas, para a efetivação de tais direitos.

O indivíduo, portanto, necessitando da efetivação de algum direito social, especificamente, da efetivação do direito à saúde, poderá, com base nessa linha de entendimento, ter o seu direito tolhido em razão da liberdade de alocação orçamentária por parte do Poder Público. Tratando sobre o tema, Sarlet (2007) *apud* Souza (2010) informa que:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes.

Esse tem sido o argumento utilizado por alguns Magistrados para negar a efetivação do direito à saúde quando o Judiciário é provocado, mesmo com entendimento contrário já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que assevera a impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (BRASIL, 2007). O Juízo da 9ª Vara Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, subseção Campina Grande, na Paraíba, por exemplo, decidiu contrariamente ao autor, nos autos do Processo n.º 0506393-44.2017.4.05.8201, o qual foi movido pelo senhor G.L.S, em busca de tratamento para patologia cardíaca grave, justificando, em sua decisão, que:

[...] supostamente assegurar a concretização do direito à saúde em favor de um determinado requerente, o judiciário pode estar contribuindo para que diversos outros anônimos venham a perecer em função de **um remanejamento de recursos públicos não planejado e casuístico** (BRASIL, 2017). (grifo no original)

Essa decisão não é caso isolado. Verificou-se, durante a pesquisa, casos de pessoas portadoras de patologias severas necessitando de medicamentos para manutenção da vida, que

também tiveram seu pleito negado sob o argumento de descompasso nas contas públicas caso houvesse o deferimento do pedido.

Sarlet (2009, p. 310), trabalhando a limitação das políticas públicas em razão da questão orçamentária, informou que:

É, contudo, no âmbito do direito à saúde que talvez encontremos a maior gama de questionamentos, bem como a produção mais relevante na seara doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que concerne à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição. Além disso, é nesta seara que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os caos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito.

Acontece que, como fundamento da República, ao indivíduo deve ser garantido o direito a uma vida com dignidade, e para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, ao cidadão deve ser assegurado o mínimo para sua existência. Conforme conceitua Souza (2010), “o mínimo existencial pode ser conceituado como sendo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar ao ser humano uma vida digna e saudável”, e continua, citando Sarlet (2007), ‘que este tem sido identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, que estaria blindado contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade’.

Para essa linha teórica, portanto, os direitos prestacionais não podem sofrer limitação em face de argumentos puramente orçamentários, pois isso estaria ferindo o direito a condições mínimas para a existência digna do homem. Sarlet (2009, p. 318) acrescenta que “a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações”, e continua o autor informado, citando a doutrina alemã, que, quanto a prestação assistencial:

[...] existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes. Relevante, sem dúvida, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira (SARLET, 2009, p. 319)

Tratando sobre o tema e elencando a impossibilidade de usar a reserva do possível para deixar de concretizar os direitos sociais, afirma Robert Alexy *apud* Bigolin (2004), que:

[...] será mínima a restrição na esfera dos princípios conflitantes com a realização dos direitos sociais, podendo-se afirmar, ainda, que o reconhecimento de um direito

subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade, sempre deverá prevalecer, no caso concreto, quando do conflito com o princípio da reserva do possível e do princípio democrático, igualmente fundamentais, mas não absolutos.

Esse é o entendimento que tende a prevalecer, isso porque, à luz da proporcionalidade, é difícil imaginar que a questão orçamentária sobrevenha frente ao direito à saúde, e, conseqüentemente, à vida.

Assim entende o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, que na medida cautelar 1246/SC, citada na decisão do RE 393175 RS, julgado em fevereiro de 2006, defendeu que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar (BRASIL, 2006).

A concretização do direito à saúde, portanto, encontra-se, atualmente, entre esses dois entendimentos, concluindo-se por um crescente prevalência de adoção da Teoria do Mínimo Existencial¹ para garantia desse direito. Os direitos sociais não foram tratados no texto constitucional apenas como normas programáticas, passíveis da boa vontade do Poder Público em cumprir ou não com o que eles informam. Em verdade, são eles direitos fundamentais, sendo dever do Estado o seu cumprimento, resguardados em norma constitucional de aplicabilidade imediata e passíveis de exigência do seu cumprimento em Juízo. De outra forma não poderia ser, pois sem garantia da saúde, da vida, da dignidade, o homem não vive dignamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma melhor verificação da problemática acarretada pela falta de concretização da saúde pública no Brasil. Assim como as conseqüências jurídicas que essa falta pode acarretar, visto que o Judiciário terá que ser

¹ Para uma leitura mais aprofundada sobre a Teoria do Mínimo Existencial, remetemos o leitor à obra "O Direito ao Mínimo Existencial", do Professor Dr. Ricardo Lobo Torres.

mobilizado para fazer cumprir um direito que é da responsabilidade dos outros dois poderes, o Legislativo, elaborando normas que facilitem e aumentem o investimento em políticas de saúde, e do Executivo, aplicando o orçamento público de maneira correta e cumprindo os ditames constitucionais.

Também quanto à atividade do Poder Judiciário, constatou-se que cabe a ele, diante da falta de cumprimento de um direito fundamental, constitucionalmente previsto, resolver a demanda com vistas a garantir a existência digna do homem em sociedade, pondo-se de lado, pelo menos quando se fala em direito à saúde, qualquer argumento que vise dar prevalência à falta de orçamento para o cumprimento desse direito.

Nesse ponto, é impossível defender a prevalência da reserva do possível frente à necessidade de cumprimento do direito à saúde, isso porque, em hipótese alguma, saúde e, por consequência, a vida, deve ser relegada a segundo plano para se fazer prevalecer questões orçamentárias. A saúde é o básico, é o mínimo para que o ser humano possa existir, portanto, deve ser preservada, independentemente de qualquer argumento contrário. Ora, pensar de outra forma contribuiria com a defesa à sentença de morte, haja vista que o indivíduo que, economicamente hipossuficiente, dependente de um medicamento para sobreviver, tem o seu pedido negado pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, irá padecer pela piora da patologia que, sem controle, avançará pelo seu corpo.

No decorrer do trabalho, em nenhum momento se negou a existência da problemática da questão orçamentária, apenas se defendeu que ela existe em razão da falta de planejamento e mau uso por parte dos governantes, não podendo a sociedade padecer por falta de prestação de políticas públicas necessárias para sua sobrevivência em razão da má utilização dos recursos pelo Estado.

Dois são os motivos de busca excessiva da judicialização para concretização do direito à saúde: primeiro, a existência de um indivíduo doente, portador de uma patologia, que necessita de tratamento para alcançar a sua cura; segundo, a falta de fornecimento desse tratamento pelo Estado. O indivíduo, doente, buscando auxílio do Poder Público, encontra a barreira da negativa dada pelo ente público e não acha outra forma de buscar a manutenção da sua vida senão judicializando esta demanda, procurando aquele auxílio que foi negado no Poder Público junto ao Poder Judiciário.

Portanto, a primeira solução está na efetivação do que manda a Constituição pelo ente público, aplicando de forma correta o orçamento Estatal, privilegiando os direitos fundamentais em detrimento dos gastos supérfluos. A segunda forma de diminuir essa excessiva demanda é o também investimento nas políticas que visem a evitar que o cidadão

adoença, como políticas sanitárias, preventivas e de educação. Provavelmente dessa forma, com um olhar adequado e humano por parte do Estado, garantindo aquilo que não deve ser relegado, a problemática da efetivação da saúde deixe de ser um problema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: “Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva : direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acessado em: 20 de nov de 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BENTO, P. A. S. S.; BOLLER, C. E. P.; BARBOSA, M. G. . **A judicialização da saúde pública e o processo regulatório: um relato de experiência**. In: Leitura Sobre Direitos Humanos e Fundamentais. Congresso de Altos Estudos em Direito, 2017. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 517-536.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 03 de dez de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfica, 1988.

_____. Presidência da República. **Lei nº 8.080**, de 10 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 09 de nov de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário nº 855178 RG /SE – Sergipe. Relator: Ministros Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**, Repercussão Geral, 05 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28sa%FAde+respo>>

nsabilidade+solid%2E1ria%2EETEMA%2E%29%28Repercuss%2E3o%2ETTES%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y92yljc7>. Acesso em: 11 de nov de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 271286 RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Melo. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 12 de setembro de 2000. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3D+20000912%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8mx5ubr>>. Acesso em: 21 de nov de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário nº 566471 RG / RN - Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Repercussão Geral, 15 de novembro de 2007. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566471%2ENUME%2E+OU+566471%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ztoqh7z>>. Acesso em: 03 de dez de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 45 – DF. Relator: Ministro Celso de Melo. **Revista Trimestal de Jurisprudência**, v. 200. Brasília, 2007. p. 191-197. Disponível em:
 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/200_1.pdf>. Acesso em: 03 de dez de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 3931750 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Melo. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 12 de dez de 2006. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 05 de dez de 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos. **Processo nº 0506393-44.2017.4.05.8201**, 9ª Vara Federal, Paraíba, 17 de outubro de 2017. Disponível em:<
<https://jefvirtual.jfjb.jus.br/cretainternetpb/consulta/processo/pesquisar2.wsp?tmp.limpar=captcha>>. Acesso em: 04 de dez de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CNJ. **Judicialização da saúde no Brasil: Dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto ; CONRADO, Marcelo (Org.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GLASENAPP, Ricardo. O princípio da igualdade aplicado ao direito de acesso à saúde. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (Org.). **Biodireito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. cap. 7, p. 133-148.

JR, Jayme Benvenuto Lima (Org.). **Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais**. Recife: PIDHDD, 2004.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio fabris, 2002.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário**. 2001. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/2177/em-busca-da-efetividade-dos-direitos-sociais-prestacionais/2>>. Acessado em: 10 de nov de 2017.

MACHADO, Janaína Cassol. **A concretização do direito à saúde sob o viés do fornecimento de medicamentos não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais – RENAME**. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/indicadores/Materias/Direito_Constitucional.htm>. Acesso em: 28 de nov de 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Vanessa Rocha. **STF e os parâmetros para judicialização do direito à saúde**. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>>. Acesso em: 26 de nov de 2017.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 03 de dez de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Luciano Moreira. Princípio da universalidade de acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo. **Boletim do Instituto de Saúde**, São Paulo, v. 12, p. 234-239, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/v12n3/v12n3a04.pdf>>. Acesso em: 20 de nov de 2017.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2007. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf> Acesso em: 10 de nov de 2017.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Relatório Mundial de Saúde 2008**: cuidados de saúde primários. Lisboa: OMS, 2008. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/whr08_pr.pdf?ua=1>. Acesso em: 20 de nov de 2017.

SANTOS, Jarbas Luiz. **Princípio da proporcionalidade**: concepção grega de justiça como fundamento filosófico. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf>. Acessado em: 10 de nov de 2017.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 10 de nov de 2017.

SILVA, Rodrigo Zouain da. **O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: colisão-ponderação entre o princípio do retrocesso social e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912>. Acesso em: 26 de nov de 2017.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **A intervenção judicial na garantia da efetividade do direito à saúde: possibilidade e limites no caso dos medicamentos**. 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf>. Acesso em: 10 de nov de 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n.177. Rio de Janeiro, 1989. p. 29-49.

VARGAS, Diego Rafael Slim. **A reserva do possível vs mínimo existencial: e sua aplicabilidade no Brasil**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9507>. Acesso em: 30 de nov de 2017.