



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
SECRETARIA DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA – SEAD / UEPB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA**

JOSEFRAN ALVES FILGUEIRAS

O DIREITO À SAÚDE E A CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL

**CAMPINA GRANDE/PB
2021**

JOSEFRAN ALVES FILGUEIRAS

O DIREITO À SAÚDE E A CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado a Coordenação do Curso Gestão Pública da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharelado em Gestão Pública.

Orientadora: Profa. Paoline Levy Almeida

**CAMPINA GRANDE/PB
2021**

JOSEFRAN ALVES FILGUEIRAS

O DIREITO À SAÚDE E A CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado a Coordenação do Curso Gestão Pública da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharelado em Gestão Pública

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

PAOLINE ALMEIDA

Profa. Esp. Paoline Levy Pereira Almeida (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Suleya Freire do Monte Santos
ADMINISTRADORA
CRA-PB 1-2940

Profa. Dra. Freire do Monte Santos (Avaliadora)
Administradora


Julio Cesar Justino
ADMINISTRADOR
CRA-PB 2-5253

Prof. Esp. Júlio Cesar Justino de Assis (Avaliador)
Administrador

F481d Filgueiras, Josefran Alves.

O direito á saúde e a concretização desse direito fundamental [manuscrito] / Josefran Alves Filgueiras. - 2021.

26 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação EAD em Gestão Pública - Tecnológico) - Universidade Estadual da Paraíba, EAD - Campina Grande , 2021.

"Orientação : Profa. Esp. Paoline Levy Pereira Almeida , Pró-Reitoria de Ensino Médio, Técnico e Educação à Distância."

1. Administração Pública. 2. Direito à Saúde. 3. Direitos Sociais. I. Título

21. ed. CDD 351

Ao meu pai, em sua memória, a quem
sempre acreditou em mim, DEDICO.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTEÚDO ESSENCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS.....	9
2.1	O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....	9
2.2	Direitos sociais e sua relação com a reserva do possível.....	10
2.3	Direito fundamental à saúde e a dignidade da pessoa humana.....	12
2.4	O direito à saúde no Brasil.....	13
3	CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE, MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL.....	14
3.1	Noções sobre direito à saúde e sua relevância enquanto direito fundamental.....	14
3.2	Direito à Saúde: Legitimidade e relevância da intervenção jurisdicional.....	14
3.3	Da efetividade do direito à saúde.....	16
4	DIREITO À SAÚDE: LEGITIMIDADE E RELEVÂNCIA DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.....	17
4.1	Críticas, complexidades e diretrizes para a atuação jurisdicional na garantia de eficácia do direito à saúde.....	17
4.2	Algumas decisões judiciais acerca do tema.....	18
5	METODOLOGIA	23
6	CONCLUSÃO	24
	REFERÊNCIAS	25

O DIREITO À SAÚDE E A CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL
THE RIGHT TO HEALTH AND THE IMPLEMENTATION OF THIS FUNDAMENTAL
RIGHT

FILGUEIRAS, Josefran Alves

RESUMO

O presente trabalho foi realizado no contexto dos direitos fundamentais e direitos sociais, para adentrar no assunto do direito à saúde, elencado no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil. Analisa-se a aplicação do princípio da reserva do possível, questionado pela doutrina como pela jurisprudência, enquanto fator limitador da efetividade do direito público subjetivo à saúde. No que tange a forma metodológica foi realizada uma pesquisa exploratória, utilizando-se do método exegético de interpretação, procurando entender a problemática do direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Toda pesquisa foi realizada à luz da literatura revisada, visando determinar os pontos de congruência e de discordância de modo a possibilitar uma síntese que possa contribuir para o avanço do conhecimento nesta área de estudo. Com base no referencial bibliográfico, pode dizer que, a partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental como, por exemplo, o direito à saúde, estaria contrariando totalmente as normas constitucionais, o que em o país é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por meio de cláusulas pétreas.

Palavras-chave: Administração Pública. Direito à Saúde.

ABSTRACT

The present work was carried out in the context of fundamental rights and social rights, to enter into the subject of the right to health, listed in article 196 of the Federal Constitution of Brazil. The application of the principle of reserve of the possible is analyzed, questioned by doctrine as well as jurisprudence, as a limiting factor in the effectiveness of the subjective public right to health. Regarding the methodological form, an exploratory research was carried out, using the exegetical method of interpretation, seeking to understand the problem of the right to health and the principle of the reservation of the possible. All research was carried out in the light of the revised literature, aiming to determine the points of congruence and disagreement in order to enable a synthesis that can contribute to the advancement of knowledge in this area of study. Based on the bibliographical reference, it can be said that, from the moment that a principle stands out from a fundamental right, such as the right to health, it would be totally contrary to constitutional norms, which in the country is prohibited, with the fundamental rights guaranteed through inflexible clauses.

Keywords: Public administration. Right to health.

1 INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, o direito à saúde foi uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, refletindo na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 196 dispõe 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 promoção, proteção e recuperação”.

No entanto, direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas. Embora o acesso a serviços tenha relevância, como direito fundamental, o direito à saúde implica também na garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não estaria mais restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde. Complementarmente, o constituinte de 1988 possibilitou mais uma admirável evolução ao direito constitucional brasileiro ao prever o art. 196 da Magna Carta, vez que consolidou a saúde como direito de todos e dever do Estado, instituindo, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em sequência, previu-se no art. 197 ser a saúde um serviço de relevância pública, vez que indispensável para a manutenção da vida, e no art. 198, inciso II, estipulou-se que as ações e serviços públicos referentes à saúde deveriam ter atendimento integral, priorizando-se as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Entretanto, não obstante essa norma de estatura constitucional que vincula o legislador e lhe impõe a obrigação de legislar, a concretização do direito à saúde não se encerra com o mero advento desta ou daquela lei. Pode acontecer – e frequentemente acontece – de o legislador incidir em omissão ou em insuficiência.

É inegável que o problema da efetivação do direito à saúde conforme a ordem constitucional, no Brasil, se deve, entre outros fatores, pelo mau uso dos recursos públicos destinados a esta área. E, a responsabilidade deste uso dos recursos públicos destinados à saúde, ou pelo desvio desses recursos, abrange desde o Estado, que tem a obrigação de prover a saúde, o gestor público que deixa de repassar e de investir esses recursos de acordo com as reais necessidades da população, o prestador do serviço público de saúde que cobra do SUS procedimentos não realizados, ao profissional de saúde que não cumpre com a sua obrigação como profissional da saúde, omitindo-se na prestação adequada do serviço médico-hospitalar.

Para o Direito à Saúde se fazer efetivo é necessário a criação de políticas públicas, ou seja, um conjunto de atos normativos, devendo ter como objetivo não apenas o tratamento das doenças, mas também a redução de riscos, por meio de serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde de todos em vista da melhoria da qualidade dos serviços, do acesso e da vida da população, informando sobre o direito fundamental a saúde pública, que está elencado no art. 6º da Constituição Federal, esclarecendo e incentivando as práticas de reivindicações sobre tal direito, proporcionando melhoria na qualidade de vida das pessoas menos esclarecidas e hipossuficientes.

A saúde, direito fundamental social, deriva do princípio da dignidade humana, conciliando os interesses individuais aos familiares e sociais. Assegurado como direito fundamental comum a todos sem qualquer tipo de distinção, tendo o Estado o dever de assegurá-lo por ser condição vital a existência de vida humana e tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana alicerce do Estado Democrático de Direito.

Baseado na noção de justiça social, e no combate às desigualdades sociais existentes no país, ao longo da história da saúde no Brasil, muitas lutas foram travadas a fim de implementar um sistema que abrangesse todos os cidadãos, sem discriminação, de forma integral, universal, gratuito e igualitário.

Nesse contexto surgiu em 1990, o Sistema Único de Saúde, considerado atualmente um dos maiores sistemas de saúde do mundo, modelo referenciado internacionalmente. Com isso, à saúde pública brasileira deu um passo muito importante, já que os direitos antes ausentes passaram a ser reconhecidos e cumpridos, abarcando toda a população, oferecendo serviços tanto de atenção primária como aqueles de maior complexidade e de alto custo.

Entretanto um Estado que chama para si o dever de promover o direito fundamental à saúde, a todos os cidadãos, garantindo constitucionalmente o acesso integral, gratuito, universal e igualitário as ações e serviços que visam à proteção, recuperação e promoção da saúde, mas que, por omissão estatal, deixe em desamparo os que mais padecem da prestação efetiva dos serviços de saúde, demonstra ser incoerente.

Por isso, torna-se imperioso exigir do Estado, entendido nas suas três esferas, que cumpra com o seu papel constitucional de garantir o acesso ao direito à saúde conforme a ordem constitucional, não permitindo, desta feita, diferenciação de classes, aumentando cada vez mais as desigualdades sociais existentes.

Isso depõe não só contra a Constituição Federal brasileira, mas também contra as Declarações, Pactos e Tratados Internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil, e, sobretudo, contra todos os esforços da cidadania brasileira de construir um país mais justo, democrático e com menos desigualdades sociais

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTEÚDO ESSENCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS

2.1 O conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Segundo Lopes¹, todo direito fundamental é passível de limitação, desde que seja respeitado o conteúdo essencial, ou seja, desde que não torne o direito impraticável ou dificulte além do razoável a sua fruição.

Nesse sentido, a autora acima afirma que existem critérios para se delimitar esse conteúdo essencial, porém não há consenso quanto aos mesmos, restando dúvidas quanto a se devem ser estabelecidos quanto a uma norma objetiva ou um direito subjetivo. Em que pese a falta de consenso, a maioria da doutrina aceita o subjetivo, pelo qual se faz necessária a análise da gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois leva-se em consideração ele e não a coletividade.

Ainda sob o mesmo viés, a autora aponta a existência de duas teorias que pretendem determinar o conteúdo essencial, quais sejam: a relativa, em que devem

¹ LOPES, Ana Maria D'Avila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Revista de Informação Legislativa. Brasília a 41 n.164 out/dez. 2004.

ser analisados em cada caso os valores e interesses em jogo para que se possa definir o que é essencial ou não é a absoluta, teoria dominante, em que se define que o conteúdo essencial de um direito é sempre o mesmo, ainda que exista um interesse estatal em conflito.

Na tentativa de explicitar o que seria o conteúdo essencial propriamente dito, a autora trata de algumas teorias, quais sejam: a doutrina de Smend, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser considerados de forma integrada entre os particulares e o Estado; a teoria de Düring, que identifica o conteúdo essencial com a própria dignidade humana e a teoria de Häberle que relaciona os direitos fundamentais a bens jurídicos constitucionais de particulares e da coletividade, bem como o interesse público e o privado através de uma ponderação de bens.

Em síntese, Lopes² afirma ser o conteúdo essencial o limite dos limites aos direitos fundamentais, de forma a impedir que os mesmos sejam desnaturalizados. O conteúdo essencial, a ponderação dos bens e a proporcionalidade devem ser os mecanismos norteadores para a realização desses direitos fundamentais.

2.2 Direitos sociais e sua relação com a reserva do possível

Inicialmente, convém mencionar que para se pensar no tema, é necessário considerar um Estado voltado à consecução da justiça social, qual seja, o Estado Social de Direito. Todavia, conforme Sarlet³, hodiernamente constata-se a crise desse modelo de Estado, ocasionada pelos efeitos da globalização econômica, do neoliberalismo somados ao enfraquecimento do Estado e consequentes desnacionalização, desestatização e redução da intervenção na economia e sociedade, o que traz como consequência a diminuição da capacidade do Poder Público em assegurar a efetiva fruição dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, a crise do Estado Social acarretou a crise da sociedade, da cidadania, democracia e supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, assistência social e previdência). À luz do que ensina Sarlet⁴, para entender a amplitude dos direitos sociais, é necessário que se faça a distinção, proposta por Alexy e Canotilho, entre os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações.

Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais objetivam a limitação do poder estatal, ou seja, seriam direitos negativos e abrangeriam os direitos de liberdade e igualdade, à vida e propriedade (direitos de primeira geração).

Já como direitos a prestações, implicam uma postura positiva do Estado. São os direitos de segunda geração, os direitos sociais, ligados a fatores de implementação da justiça social e concretização da proteção à dignidade da pessoa humana, correspondendo a uma evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático e social de Direito e consagrando-se após a Segunda Guerra Mundial.

Em acréscimo, conforme o autor acima, essa dimensão prestacional está diretamente vinculada a criação, distribuição de serviços e bens materiais, e, portanto, ao aspecto econômico desses direitos, surgindo então o que se denominou de reserva do possível, que em sentido amplo abrange a possibilidade e o poder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma. E é por esta razão que parte da

² Ibid., 2004.

³ Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, Ano I – vol. I – nº 1 abril de 2001.

⁴ Ibid., 2001.

doutrina considera esses direitos como de cunho programático, uma vez que dependem de concretização legislativa, de circunstâncias de natureza social e econômica para que haja efetividade e eficácia.

Lecionam Sarlet e Figueiredo⁵ que a relevância de saber que os direitos sociais tem essas duas dimensões estão diretamente ligadas à garantia de sua concretização, aplicabilidade, efetividade e eficácia, uma vez que todos os direitos fundamentais (e, portanto, o direito à saúde) podem implicar “um custo”, sobretudo quando se fala em sua dimensão prestacional, o que demanda análise da conjuntura econômica.

Os direitos sociais prestacionais estão ligados às prestações em sentido estrito, aos fatores de implementação da justiça social, por estarem vinculados à obrigação para com o fomento da dignidade da pessoa humana. Sarlet e Figueiredo⁶ afirmam que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de modo que isso não se limita aos de cunho prestacional, aplicando-se isso também ao direito à saúde.

Todavia, do ponto de vista jurisdicional, isso nunca constituiu impeditivo para a imediata aplicabilidade desses direitos, diferentemente do que ocorre com os direitos sociais de cunho prestacional, para os quais o “custo” assume relevância quanto à sua aplicabilidade e efetivação, o que significa para a maior parte da doutrina que a realização das prestações reclamadas demanda a análise da conjuntura econômica.

Ainda conforme Sarlet e Figueiredo⁷, há que se considerar que ainda que haja relevância econômica dos direitos sociais prestacionais, deve-se questionar se efetivamente todos os direitos dessa natureza apresentam dimensão econômica, uma vez que há quem sustente que existem direitos sociais a prestações economicamente neutros, no sentido de que há direitos cujas prestações materiais estão ligadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis.

Dentro do contexto dos limites à efetivação dos direitos sociais, mais especificamente no que tange à reserva do financeiramente possível, Figueiredo e Sarlet⁸ defendem que a mesma constitui espécie de limite fático e jurídico aos direitos fundamentais, conforme se segue:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública – Ano 1 – n. 1 – jul. /dez.2008.

⁶ Ibid., 2008.

⁷ Ibid., 2008.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública – Ano 1 – n. 1 – jul. /dez.2008, p. 21.

princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Ressalta José Joaquim Gomes Canotilho (*apud* IURCONVITE ,2010, p. 2)⁹ que os direitos sociais pressupõem a existência de disponibilidades financeiras por parte do Estado, ou seja, demandam custos sociais, diferentemente dos direitos à liberdade, por exemplo, que exigem bem menos do Estado. Assim, aderiu-se com facilidade à construção dogmática da reserva do financeiramente possível, pois um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale a nenhuma vinculação jurídica.

Krell¹⁰, ao tratar da questão da efetividade e eficácia dos direitos sociais, afirma ser necessária a revisão da separação dos Poderes no que tange ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos. Isto porque a eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias, e sim à não-prestação real desses serviços pelo Poder Público. Ressalta que o problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das políticas públicas, bem como na composição dos gastos nos orçamentos da União, Estados e Municípios e a não aplicação por parte do Poder Executivo dos recursos financeiros previstos pela Lei Orçamentária para determinados serviços públicos.

2.3 Direito fundamental à saúde e a dignidade da pessoa humana

A Constituição do Brasil de 1988 disciplina:

Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios orientadores do Estado democrático de direito, pois é este deve ser observado como parâmetro balizador de aplicabilidade de todas das normas jurídicas.

Sobre a dignidade da pessoa humana José Afonso da Silva¹¹ (2008, p.220), descreve:

...a dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamenta a República, à dignidade da pessoa humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro), previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

Nesse contexto, Germano André Doederlein Schwaetz¹² define acerca da dignidade da pessoa humana:

⁹ IURCONVITE, Adriano dos Santos. A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010, p.2.

¹⁰ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 144 out. /dez. 1999.

¹¹ DA SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo* /- Imprensa: São Paulo, Malheiros, pag. 220, 2008.

¹² Schwartz, G. (2001). Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. *Revista De Direito Sanitário*, 2(1), 27-38.

A dignidade da pessoa humana pode impor o fornecimento de prestações materiais pelo Estado, que permitam uma existência autodeterminada, sem o que a pessoa, obrigada a viver em condições de penúria extrema, se veria involuntariamente transformada em mero objeto do acontecer estatal e, logo, com a violação do princípio da dignidade da pessoa humana (SCHWARTZ, 2001).

Destarte, é evidente o liame entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, visto que a sua não efetividade implica em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a Administração Pública não pode ser omissa em prestar as prestações materiais emanadas do texto constitucional.

Ainda, sobre a dignidade da pessoa humana, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet¹³ (2007, p. 62), consoante excerto abaixo transcrito:

[...] temos por dignidade da pessoa humana 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 asseguram 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

2.4 O direito à saúde no Brasil

A partir da Constituição cidadã de 1988, o direito à saúde passou a ser normatizada como um direito fundamental, de forma a dar mais garantia de um dever do gestor público na efetivação do dever/ser constitucional. Tal direito, não é direito exercido contra o Estado, mas através do Estado, exigindo prestações materiais positivas que demandam disponibilidade e planejamento orçamentário. Esse último, decorrente dos impostos fiscais, contribuído por todos os cidadãos que praticam o fator gerador dos tributos fiscais.

O art. 6º da Constituição Federal de 1988 reconhece o direito à saúde como um direito social. Já o art. 196, trata a saúde como um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas públicas que vise à redução dos riscos à doença.

Observa-se que o referido mandamento constitucional, cada vez mais esquecido pelo Estado, tendo em vista a falta de adoção de medidas que se mostrem eficazes para a efetivação do direito à saúde em todos os seus aspectos, ou seja, desde o simples tratamento ambulatorial até o fornecimento de medicamentos, equipamentos e tratamentos especializados.

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, 2008)¹⁴.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, pag. 62, 2007.

¹⁴ BRASIL, 2008.

Com efeito, é dever do Estado prestar assistência à saúde a toda coletividade, posto que o direito à saúde é constitucionalmente assegurado ao povo brasileiro como direito de todos e dever do Estado. Por estar entre os direitos sociais, mas especificamente no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde se configura como um direito indisponível, ou seja, é aquele em relação ao qual os seus titulares não têm qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. Por isso, deve ser obrigatoriamente observada a sua prestação pelo próprio poder que o institui, o Poder Público.

Nesse sentido, já asseverou Humberto Ávila¹⁵ (2007, p. 146):

Portanto, os direitos fundamentais, por estarem em uma posição de destaque dentro da Constituição Federal de 1988, torna-se um tema bastante relevante para ser debatido, em especial, o direito à saúde, por ser um direito de cunho prestacional e social e pressuposto para a qualidade de vida e dignidade humana de qualquer pessoa.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE, MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

3.1 Noções sobre direito à saúde e sua relevância enquanto direito fundamental

Conforme Sarlet¹⁶, a noção de direito à saúde deve-se originariamente a dois desenvolvimentos históricos, o movimento da saúde pública do século XIX e o reconhecimento dos direitos sociais no século XX. Atualmente, encontra-se positivado em mais de sessenta Constituições, além de documentos internacionais que garantem direitos relacionados à saúde. Dessa forma verifica-se que atingiu alcance internacional.

Segundo Gandini, Barione e Souza¹⁷, antes de adentrar no direito à saúde, previsto em nossa Constituição Federal de 1988, é importante ressaltar que após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se no mundo todo um movimento que tentou resgatar de modo efetivo os direitos humanos, em especial com a criação de Declarações Internacionais para reconhecimento dos direitos sociais, como o direito à saúde, tomando-se como exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Como fonte mais importante das modernas Constituições, essa Declaração estabeleceu em seu artigo XXV: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...).”¹⁸.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, pag. 146, São Paulo: Malheiros. 2007.

¹⁶ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1888.

¹⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. BDJur, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

¹⁸ 3BRASIL. Ministério da Justiça. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. [SI.:S.n.]. Objetiva o respeito aos direitos humanos e adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos. Artigo XXV Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>

Dessa forma, Sarlet afirma que coube à Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, de 1948, em seus artigos 22 e 25 tratar desse direito, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção dos Direitos da Criança e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, todos ratificados pelo Brasil.

3.2 Direito à saúde: Legitimidade e relevância da intervenção jurisdicional

Segundo Barroso¹⁹, a Constituição Federal não mais é percebida como um documento estritamente político, comportando os direitos constitucionais em geral, dentre eles o direito à saúde, tutela judicial especial. Isso ocorre devido à necessidade de atenção universalizada ao direito à saúde e muitas vezes à ineficiência ou ausência de políticas públicas que atendam às demandas do setor.

O autor reflete sobre a importância de se ter uma atuação legítima do Judiciário no que tange à provisão do direito à saúde, uma vez que é necessário que se estabeleça uma ponderação entre valores diversos, como o direito à vida e à saúde e a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível.

O ilustre constitucionalista afirma que o Estado Constitucional de Direito preconiza a centralidade dos direitos fundamentais, dentre eles o mínimo existencial, no qual se insere o direito à saúde, devendo os três Poderes assegurarem a realização desses direitos da maior e melhor forma possível. Dentro desse contexto, quando o Legislativo e o Executivo vulneram esses direitos fundamentais, entra em cena o Judiciário.

Ainda segundo Barroso²⁰, a atividade jurisdicional deve ocorrer com cautela, intervindo apenas quando não houver lei ou atos administrativos que garantam os direitos constitucionais, bem como que em casos de omissão ou negligência da Administração.

Gandine, Barione e Souza²¹, ao tratarem do tema lembram que o próprio sistema de “freios e contrapesos” legitima a intervenção do Judiciário a fim de que se controlem os abusos (seja por ação ou omissão) dos demais Poderes no exercício de suas competências.

Dentro do contexto de existência ou não de recursos para a provisão das políticas de assistência, Gandine, Barione e Souza²² destacam que a própria Constituição Federal em seus artigos 165 a 169 prevê situações de realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), além da

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l.:s.n.] 2008. Disponível em:

<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarros_o.pdf>

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l.:s.n.] 2008. Disponível em:

<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarros_o.pdf>

²¹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. BDJur, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

²² GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. BDJur, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

possibilidade de transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inciso VII).

3.3 Da efetividade do direito à saúde

O direito à saúde, expressamente tutelado pela Carta de 1988, veio se integrar ao conjunto de prerrogativas constitucionais que, com o status de direitos e garantias fundamentais, tendo por fim assegurar o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, pautado na concepção de cidadania.

Segundo Ana Paula de Barcellos²³ (2002, p.136), a eficácia jurídica da norma, está diretamente associada com a fundamentalidade social desta. Assim:

O primeiro critério que orienta a identificação das modalidades de eficácia jurídica aos enunciados normativos diz respeito ao que se pode denominar de fundamentalidade social da circunstância por ele regulada, que nada mais é que seu grau de importância ou relevância social. Esse é o parâmetro lógico que orienta a política legislativa de modo geral. Quanto mais fundamental para a sociedade for a matéria disciplinada pelo dispositivo e, conseqüentemente, os efeitos que ele pretende sejam produzidos, mais consistente deverá ser a modalidade de eficácia jurídica associada [...].

Pode-se dizer que é através da materialização do direito à saúde, que o Estado respeita a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Na pertinente especificidade que dá ao direito à saúde, Ingo Sarlet²⁴ (2008, p.1530):

Sustenta que a Constituição Federal impõe ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito para a população, tornando, para, além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde.

No entanto, percebe-se uma prática comum dos entes federados, ao utilizar de argumentos infundados para justificarem a não implementação de políticas públicas de saúde - alegando a falta de previsão orçamentária e disponibilidade material de recursos financeiros e materiais, pois são essas entidades federativas, que a ordem constitucional vigente determinou a responsabilidade, conforme o art. 23, da CF/88.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso²⁵ (1996, p.326) sobre o conceito de efetividade dos direitos e garantias fundamentais. “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 ser da realidade social”.

Desta forma, a valorização do ser humano escudada pelos Direitos e Garantias Fundamentais, não pode encontrar óbices que impeçam ou dificultem o acesso aos serviços públicos, mormente aqueles ligados à vida e a integridade física da pessoa, bem como não podem depender da viabilidade orçamentária, pois é dever do Estado garantir a existência digna de todos. Essas garantias são reconhecidas como núcleo

²³ ; BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica do.\ princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2002. p.136.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, pág. 1530, 2008.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto, da Interpretação e aplicação da Constituição, 1ª edição, 1996, p.326.

essencial aos direitos do homem. Por sua transcendental importância no contexto de um Estado de Direito.

Nesse contexto, Fábio Konder Comparato²⁶ (2005, p.149) assevera que:

Os direitos sociais foram alçados a categoria jurídica concretizadora dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e pobres.

Desta forma, é preciso superar a argumentação de que os direitos fundamentais não são efetivados simplesmente porque o Brasil não possui recursos materiais e financeiros que condicionem a atuação do Estado. A positivação de direitos e garantias fundamentais, exige que a Administração Pública atue de forma efetiva com os anseios da sociedade, posto que a constituição cidadã dar o necessário relevo às políticas fundamentais à vida humana.

A efetivação do direito à saúde, exige a implementação de políticas públicas pelo Executivo, entendidas como ações governamentais voltadas ao atendimento do interesse público, posto que o texto constitucional possua o atributo de imperatividade, o que dá ensejo a atuação dos entes federados na promoção do direito fundamental à saúde.

4. DIREITO À SAÚDE: LEGITIMIDADE E RELEVÂNCIA DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

4.1 Críticas, complexidades e diretrizes para a atuação jurisdicional na garantia de eficácia do direito à saúde

Sob o ponto de vista das críticas feitas à intervenção jurisdicional, à luz do previsto no artigo 196 da Constituição Federal, observa-se a intenção do legislador em afirmar que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas (atribuição principalmente do Poder Executivo) e não através de intervenção do Judiciário.

Consoante ensina Barroso²⁷, outra crítica à atuação do Judiciário é quanto à legitimidade democrática, no sentido de que cabe aos representantes eleitos pelo povo determinar de que maneira serão gastos os recursos públicos, como por exemplo se na prevenção de doenças ou na educação, dentre outros.

Conforme Barroso²⁸, apesar de relevantes, as críticas e a discussão sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, vai além de se verificar a legitimidade ou não da atuação do mesmo. O ponto de maior relevância é a constatação de que num País onde há problemas desse tipo, há um estado de ineficiência generalizada, a ponto de ser necessária a judicialização do problema.

²⁶ CAPARATO, Fábio Konder, *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*, Saraiva, 2005, pag. 149.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l.:s.n.] 2008. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>

²⁸ *Ibid.*, 2008.

Conforme leciona Saldanha²⁹, a intervenção jurisdicional em questões relacionadas à garantia do mínimo existencial é legítima, já que o juiz não interferirá na política pública a ser desenvolvida, mas apenas indicará a prioridade constitucional que merece atenção, atuando como um agente de mutação social. Para a autora, há então um *espaço normativo da dignidade* que diz respeito a um consenso mínimo e que pode ser objeto de controle jurisdicional, sem que isso despreze a independência entre os Poderes.

Resta claro que seria muito melhor se não fosse necessária a intervenção do Judiciário para efetivação do direito à saúde e que é legítima também a discussão em torno dos impactos orçamentários que a judicialização provoca. Todavia, em sendo necessária a intervenção, torna-se plenamente justificada, uma vez que o que se visa assegurar é o direito à saúde, corolário do direito à vida e um dos conteúdos da dignidade da pessoa humana. Sob essa mesma perspectiva, Sarlet³⁰ apresenta como solução a ponderação, necessidade de hierarquização dos princípios envolvidos, dentre eles o da proporcionalidade, de modo a fazer sobressair nas decisões os bens mais relevantes.

4.2 Algumas decisões judiciais acerca do tema

Foram selecionadas decisões importantes de Tribunais, bem como das Turmas de Julgamento e do Pleno tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, que embasaram a determinação de repercussão geral sobre o tema do direito à saúde, sendo selecionadas algumas das mais relevantes, cujo critério de seleção adotado foi o que abordasse mínimo existencial e direito à saúde em contrapartida à reserva do financeiramente possível, e também a relevância e legitimidade da atuação jurisdicional na concretização da eficácia e efetividade do direito à saúde.

Conforme Molinaro; Sarlet³¹, o Judiciário brasileiro tem se posicionado, majoritariamente, no sentido de dar plena eficácia ao dispositivo constitucional que garante o direito à saúde, quando contrastado pela alegação dos limites orçamentários do Estado.

A título de exemplo do acima relatado, sabe-se que há copiosa jurisprudência, citando-se desde decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Relatoria do Desembargador Sérgio Paladino (na qual se entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, é suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente, o custeio de tratamento (experimental), nos EUA, de menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de U\$ 163.000,00, de modo que “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, passando pela decisão do Supremo Tribunal Federal, na STA 175, julgada em 2010, de relatoria do ministro Gilmar Mendes (que deferiu tratamento, ao custo de R\$ 52.000,00 mensais, não previsto nos protocolos e

²⁹ SALDANHA, Ana Claudia. A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial. Revista acadêmica da ESMP. Fortaleza, ano 1, n.1, ago. /dez. 2009.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³¹ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/201.

diretrizes terapêuticas do SUS, a jovem portadora de doença neurodegenerativa rara Niemann-Pick Tipo C), dentro outros casos relevantes.

Sob essa mesma perspectiva, no RE 716777 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello³², acórdão de extrema relevância ao assunto, refletiu-se sobre a ponderação entre os direitos constitucionais à saúde e a reserva do possível, chegando a Corte a conclusão de que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde (art. 5º, “caput” e art. 196) ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, por razões de ordem ético-jurídica, cabe ao julgador apenas a opção pelo respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Sob outro viés, no SL 47- AgR/P³³, o ministro Gilmar Mendes, então relator, defendeu que na maioria dos casos em que o Judiciário intervém, esta não ocorre em virtude de omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção da saúde, mas tendo em vista necessária determinação judicial para cumprimento das já existentes. Portanto, não há que se cogitar de intervenção do Judiciário na seara de outros Poderes, ou seja, de judicialização.

No que tange ainda às políticas públicas voltadas à saúde e adentrando já no mérito da reserva do financeiramente possível, o STJ no RMS 11.183/PR³⁴ de Relatoria do Ministro José Delgado, perfilhou o entendimento de que as políticas públicas que devem ser providas pelo Estado devem objetivar o acesso universal e igualitário às ações e serviços do governo, para que a saúde da população seja promovida, protegida e recuperada. Tanto a promoção quanto a proteção dependem de que sejam recuperados os instrumentos de atuação do Estado, assim como da elaboração de uma estratégia para a recuperação de doentes.

Citando o entendimento do mestre José Cretella Junior³⁵, o relator afirma que nenhum bem da vida apresenta melhor o interesse social e individual, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da harmonia dos elementos que constituem o organismo humano e o seu funcionamento. Saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença constitui não só a negação de todos esses bens, como também representa perigo para a própria vida do indivíduo.

Além disso, segue defendendo o relator que há que se ter em mente que pessoas doentes representam ônus e perigo contínuo para a sociedade, no sentido de não trazerem nenhuma contribuição de trabalho e exigirem cuidados que podem comprometer meios econômicos, podem causar a propagação da doença a outros. Comprovado está, portanto, o periculum in mora, tendo em vista que a omissão ou a não prestação dos cuidados necessários (ex: fornecimento de medicamentos) em determinados casos pode ocasionar a letalidade e tornar ineficaz a prestação jurisdicional.

Basta que se considere os princípios da universalidade e da distributividade, resguardados pelo Constituinte para que se rechace os argumentos ligados à reserva do financeiramente possível ou separação dos Poderes. Dessa forma, a intervenção

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 716.777 – AgR/RS. Agravante: União. Agravado: Celia de Souza Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47 AgR/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Pernambuco e Município de Petrolina. Relator Ministro Gilmar Mendes

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 11.183/PR. Recorrente: Carmem Lucia Fernandes Miguel. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro José Delgado.

³⁵ Comentários à Constituição de 1988 (Ed. Forense Universitária, 2ª Ed. Vol. VIII, 1993).

do Judiciário nada mais faria senão permitir a interpretação e aplicação desses e outros princípios constitucionais relacionados à seguridade social.

Desnecessários quaisquer comentários sobre o caráter programático e a eficácia imediata dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, isto porque nada pode se sobrepor ao princípio maior de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Nesse sentido é imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que os princípios conduzam à preservação da vida.

Decidiu-se ainda que não procedem os argumentos apresentados pelo Estado de que custear o tratamento do caso em tela (fornecimento de medicamento para Esclerose lateral amiotrófica) causaria desestabilização do Estado de Direito; quebra orçamentária, anarquia dos Poderes ou falência institucional.

Ainda sob esse mesmo viés, na ADPF 45/DF³⁶ de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que propôs a ação contra veto do artigo 59 da Lei 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), o qual se preocupou em delimitar o que são ações e serviços públicos de saúde para fins de que se estabelecesse recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, ou seja, a presente ADPF ao condenar o veto de artigo que previa a destinação desses recursos às políticas de saúde, tinha como objetivo viabilizar a concretização das mesmas, que são previstas em sede constitucional, tal como na EC 29/2000. Na referida decisão, perfilhou o relator a posição de Ana Paula de Barcellos, qual seja:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.³⁷

Ainda conforme o entendimento do STF nesse julgado, vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da "reserva do possível" ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduz-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de Andreas Joaquim Krell, trazidas pelo relator:

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello

³⁷ A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 245-246, 2002, Renovar.

A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação [...] [...]'. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.³⁸

No STA 175 AgR/CE³⁹, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, abordado nesse Informativo 579 da Suprema Corte por sua relevância, o Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferira pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear tal medicamento não consta dos Protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, porém foi considerado essencial por laudo médico fornecido pela Rede Sarah de Hospitais. No acórdão definiu-se que não reconhecer o direito à saúde como direito subjetivo seria retirar-lhe a eficácia e fragilizar a própria força normativa da Constituição.

Tratou o acórdão também da judicialização do direito à saúde, a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de direito à saúde e reforçou o argumento de que pelo menos no que tange ao mínimo existencial não há como não ser legítima e necessária a intervenção do Judiciário, afirmando o relator ser uma forma de exercício da cidadania.

Defenderam ainda os ministros o entendimento, aqui já explicitado, no sentido de que tendo em vista a escassez dos recursos, deve-se invariavelmente fazer escolhas alocativas, por meio de critério de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), o que inevitavelmente seriam “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. Trágicas porque há de um lado a necessidade de o Estado tornar concretas as prestações em favor das pessoas e de outro as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre escassos. Ou seja, a política pública deve levar em consideração o número de cidadãos atingidos, a efetividade e eficácia do serviço e a maximização dos resultados.

³⁸ Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, p. 22-23, 2002, Fabris.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará.

Refletiu-se também sobre a impossibilidade de o Judiciário analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte envolvida na demanda, sendo impossível não ocorrer prejuízo para o todo.

No mesmo sentido, no REsp 865.901/RS⁴⁰, refletiu-se que o direito à saúde e à vida tem natureza de interesse indisponível, o que levou a entenderem que o Estado deveria arcar com os custos de internação de um menor em UTI Neonatal particular, tendo em vista a necessidade por se tratar de um parto de risco e não haver vaga na rede pública. Reforçou-se ainda a tese de que o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública nesses casos, devido a serem interesses individuais indisponíveis e não tutela de direitos individuais homogêneos.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 865.901/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki.

5. METODOLOGIA

Trata-se de um artigo de reflexão, que utilizou como referencial teórico o materialismo dialético de Karl Marx. Utilizou-se de revisão bibliográfica, tendo utilizado o referencial do materialismo histórico e dialético, onde realizou-se uma abordagem reflexiva sobre a contradição que se coloca como essência do próprio sistema. Inicialmente foi necessário considerar que o Sistema Único de Saúde está estabelecido no contexto de uma sociedade inserida no modo de produção capitalista e que seu objetivo maior deve ser o de garantir a vida, ajudando a promover, proteger e recuperar a saúde de todos.

Desta forma, entende-se que em função do que foi visto, a saúde é a “mercadoria” oferecida à população brasileira, uma vez que possui valor de uso (na medida em que satisfaz as necessidades do homem) e valor de troca (na medida em que pode comprar outras mercadorias). Inicialmente, a mercadoria é um objeto que, a partir de suas propriedades materiais, tem a propriedade de satisfazer as necessidades do homem. Essa característica é conhecida como valor de uso. Por outro lado, a mercadoria também tem a propriedade de poder ser trocada por mercadorias distintas de si própria ou, em outras palavras, de comprar outras mercadorias.

E para mensurar a saúde pública no Brasil e os fatores de concentração na utilização dos serviços de saúde além do materialismo dialético, usou-se a metodologia de pesquisa, de acordo com essa abordagem, o acesso a serviços de saúde é analisado a partir da distribuição do seu uso segundo classes socioeconômicas. Além da análise da distribuição observada, a metodologia visa estimar a distribuição prevista de acordo com as necessidades dos indivíduos considerando o seu estado de saúde (necessidade prevista) e também a distribuição de acesso condicional a fatores demográficos (necessidade padronizada

6. CONCLUSÃO

Percebeu-se que a pesquisa realizada demonstra que os direitos fundamentais sociais, mormente o direito à saúde, é um direito subjetivo assegurado pela atual Carta Magna, o qual determina que o administrador público está vinculado às políticas públicas estabelecidas nestas.

Quando não implementadas as políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado pelo cidadão, dar concretude à norma, ou seja, reconhecendo judicialmente a eficácia do direito à saúde, pois representa prerrogativa jurídica indisponível aos administrados.

Com efeito, o mínimo existencial deve ser garantido a todo cidadão a partir de políticas públicas definidas e condizentes com a noção de Estado Democrático de Direito; caso não aconteça ter-se-á a ineficácia absoluta dos direitos fundamentais. O mínimo existencial se configura em direito subjetivo que se sobrepõe ao obstáculo da reserva do possível guarda coerência com o princípio da dignidade humana e com o princípio do Estado Social

Não se pode aceitar o argumento de que a implementação de políticas públicas seja matéria afeta a discricionariedade do poder executivo, sob pena de violar o direito subjetivo dos cidadãos, pois é dever do Estado garantir a todos os cidadãos, que necessitam da prestação de serviços, o fornecimento de medicamentos, pois a assistência à saúde e a proteção à vida são componentes comuns dos entes federados.

Quando o Estado não cumprir o seu dever constitucional, a atuação do Poder Judiciário na implementação desses direitos se faz necessária para manter o equilíbrio do sistema democrático brasileiro diante de omissões estatais abusivas, tendo em vista que o mesmo está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional.

Com efeito, se a norma constitucional não é cumprida, surge o dever de os entes federados ressarcir o cidadão lesado em virtude da ausência ou da falha no serviço de saúde, através reparação do dano ou de seu ressarcimento, mediante quantum indenizatório, conforme o entendimento da doutrina e da jurisprudência nacional.

Portanto, ficando demonstrado o dano decorrente de ineficiência do serviço de saúde.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, pag. 146, São Paulo: Malheiros. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. [S.l.: s.n.] 2008. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf> >

BARROSO, *Luís Roberto*, **da Interpretação e aplicação da Constituição**, 1ª edição, 1996, p.326.

BARCELLOS. *Ana Paula de*. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2002. p.136.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. [Sl.: S.n.]. Objetiva o respeito aos direitos humanos e adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos. Artigo XXV Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm >

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 716.777 – AgR/RS**. Agravante: União. Agravado: Celia de Souza Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 47 AgR/PE**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Pernambuco e Município de Petrolina. Relator Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS 11.183/PR**. Recorrente: Carmem Lucia Fernandes Miguel. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro José Delgado.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. **STA-AgR 175/CE**, rel. Min. Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 865.901/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki.

CAPARATO, *Fábio Konder*, **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**, Saraiva, 2005, pag. 149.

DA SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo /- Imprensa: São Paulo, Malheiros, pag. 220, 2008.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento**

médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. *BDJur*, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago. 2010, p.2.

LOPES, Ana Maria D'Avila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a 41 n.164 out/dez. 2004.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. **Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/201.

KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos** (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 144 out. /dez. 1999.

SALDANHA, Ana Claudia. **A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial**. *Revista acadêmica da ESMP*. Fortaleza, ano 1, n.1, ago. /dez. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. *Revista da Defensoria Pública – Ano 1 – n. 1 – jul. /dez.2008*.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, pag. 62, 2007.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1888*.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, pág. 1530, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARTZ, G. (2001). **Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia**. *Revista De Direito Sanitário*, 2(1), 27-38.

Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, Ano I – vol. I – nº 1 abril de 2001.