



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
AUTOR: SÉRGIO HENRIQUE MOREIRA FRANCO

**O DIREITO À SAÚDE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

TUBARÃO/SC

2017

SÉRGIO HENRIQUE MOREIRA FRANCO

**O DIREITO À SAÚDE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.**

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

Orientador: Prof. Danielle Maria Espezim dos Santos, Ms.

TUBARÃO/SC

2017

SÉRGIO HENRIQUE MOREIRA FRANCO

**O DIREITO À SAÚDE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.**

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

Palhoça, 20 de junho de 2017.

Profa. orientadora Danielle Maria Espezim dos Santos, Dra.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Profa. Andréia Catine Cosme, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Wânio Wiggers, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O DIREITO À SAÚDE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

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

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

Palhoça, 20 de junho de 2017.

SÉRGIO HENRIQUE MOREIRA FRANCO

Dedico a presente monografia para a minha família, fonte de inspiração e tenacidade, indispensáveis para a conclusão deste trabalho monográfico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e em especial a minha orientadora, figura central para a consecução deste objetivo, etapa fundamental nesta caminhada.

RESUMO

Esta monografia versa sobre o direito à saúde e sua judicialização, assim como as ações utilizadas pela população na persecução deste direito. A metodologia a ser utilizada é a dedutiva, tomando como início a realidade do espaço virtual e finalizando, discute acerca da suficiência ou não da tutela jurisdicional, nos casos em que há violação dos direitos da personalidade nesse contexto. A técnica de pesquisa é a bibliográfica, baseada em leis, doutrinas e jurisprudências. Inicialmente é explorado o direito à saúde como parte do direito à vida, concluindo ser o direito à saúde indispensável àquele. Após, abordam-se os princípios jurídicos invocados na discussão do tema, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da reserva do possível e o da proporcionalidade, concluindo-se que estes últimos são instrumentais, enquanto os três primeiros são constituintes do ordenamento pátrio. Para tanto, serão explorados além da doutrina e da jurisprudência, documentos históricos fundamentais na aplicação de tais princípios em nosso país. Por último são delineadas as ações disponíveis ao cidadão para a concretização de seus direitos de forma a efetivar a Constituição, destacando-se o Mandado de Segurança e as Ações Cíveis Públicas. Finalmente, conclui-se que a escassez de políticas públicas na área, associada à uma cultura jurídica adversarial nos levam à um cenário de discussão de viés utilitarista, excludente aos principais atores sociais envolvidos, como as Associações de pacientes, que assoberbam o Judiciário, tornando a prestação jurisdicional frequentemente inefetiva ou dispendiosa aos cofres públicos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Saúde. Judicialização.

LISTA DE SIGLAS

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

SUS- Sistema Único de Saúde

OMS- Organização Mundial da Saúde

WHO- World Health Organization

LOS- Lei Orgânica da Saúde

MS- Ministério da Saúde

PMAQ- Programa de Melhoria do Acesso e da Qualidade na Atenção Básica

PLO- Projeto de Lei Orçamentária

DJe- Diário de Justiça eletrônico

CIRADS- Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde

ANVISA- Agência Nacional de Vigilância Sanitária

FAPESP- Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo

CODES- Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS

STA- Suspensão de Tutela Antecipada

PEC- Projeto de Emenda Constitucional

EC- Emenda Constitucional

ADCT- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

CPMF- Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	12
2.1 SAÚDE, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E LEGISLAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....	15
2.2 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	25
3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O DIREITO À SAÚDE.....	30
3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	32
3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	36
3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	38
3.4 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	44
4 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO.....	49
4.1 INTERVEÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	49
4.2 DIREITO À SAÚDE E MEIOS PROCESSUAIS PARA SUA EFETIVIDADE.....	56
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

Inegável que é a vida o bem mais valioso e importante de todo e qualquer ser humano, sendo imperioso reconhecer que para um melhor usufruto da vida, o acesso à saúde e a condições sanitárias dignas se faz indispensável.

A Constituição Federal de 1988 trouxe grande destaque para o direito à saúde no Brasil, visto que, o Estado tem a responsabilidade de promover o acesso para todos, sendo um direito universal pertencente aos brasileiros e estrangeiros, que assim necessitarem, podendo utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, a fim de exercer o seu direito.

Por consequência, houve o reconhecimento da saúde como um direito social fundamental pela Carta Magna brasileira, que possui como um dos princípios basilares a dignidade da pessoa humana. Por ser o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito, visa superar desigualdades sociais objetivando realizar justiça social.

Com a implementação do Sistema Único de Saúde - SUS-, a efetivação do direito à saúde no Brasil, progrediu, ao garantir universalmente, o direito a um tratamento de saúde integral e totalmente gratuito, cumprindo de certa forma a ordem constitucional. Entretanto, para concretizar tal objetivo nestas condições é imprescindível um aporte financeiro compatível com as infinitas demandas verificadas nessa área, sendo a saúde um dos direitos humanos mais dispendiosos.

Fato é que os recursos públicos destinados à área da saúde, pelo Estado, são limitados e incompatíveis com a demanda abrangida pelo Sistema de Saúde adotado, principalmente quando se trata de um país com as dimensões do Brasil. O que torna a efetivação de tal direito algo complexo, nestas circunstâncias, sendo possível e até esperado a ocorrência de omissões na prestação desse direito fundamental, por parte do Estado.

Nota-se cada vez mais a busca da população no sentido da concretização de seus direitos, inscritos na Carta Magna. Entretanto, cabe uma indagação: quais são os meios jurídicos disponíveis para a persecução de tais objetivos? Tais problemas são eminentes na atualidade da sociedade brasileira, sendo o fulcro principal do estudo que se coloca.

Portanto, os objetivos perseguidos no presente: numa ótica geral, analisar os meios empregados para a efetivação do direito a saúde no Brasil, passando pela história da saúde pública do país que é marcada por um movimento de reforma sanitária, que culminou na criação do Sistema Único de Saúde, que por sua vez deverá atender a todos de forma universal e gratuita, sem qualquer tipo de distinção. Tal fato tem gerado tensão entre o que é possível pelo Estado e o que está insculpido na Carta Magna.

Especificamente, objetiva-se elucidar o direito à saúde como direito fundamental, visto na CRFB/1988 e legislação federal pertinente à matéria, e como se dá a efetividade do direito à saúde no Brasil. Ainda, os princípios jurídicos e o direito à saúde, sendo enfocados os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da reserva do possível. E finalmente o direito à saúde e sua prestação pelo Estado, mais especificamente como se dá a intervenção do Poder Judiciário na efetividade do direito à saúde, e os meios processuais utilizados pelos interessados na busca desta efetividade.

Trata-se de tema extremamente relevante, pois a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde, enquanto direito subjetivo, depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido o indivíduo é livre para buscar um completo bem-estar físico, mental e social, sendo que, adoecendo, pode participar ativamente do restabelecimento de sua saúde através do tratamento. Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar a saúde da coletividade é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente e das condições de trabalho.

A motivação para a pesquisa vem do fato do autor ser profissional da área da saúde, tendo vivenciado ao longo de sua vida profissional a constante luta que a população usuária do SUS experimenta para efetivar seus direitos mais fundamentais.

Assim posto, a colaboração da pesquisa se dá por meio do reconhecimento de que o direito à saúde é peça fundamental de nossa República, sendo primordial como meio de pacificação social e acesso à qualidade de vida. Até mesmo sob um ponto de vista filosófico-utilitarista o direito à saúde serve como instrumento de otimização da vida produtiva e econômica da população brasileira. No entanto, a pesquisa ainda se propõe a identificar a tensão entre tal direito fundamental e seu impacto no custo do sistema sanitário.

Para tal, em seu primeiro capítulo busca discorrer sobre o direito à saúde tendo em foco como se dá a efetividade deste direito. Traz um referencial histórico com relação aos direitos fundamentais, com seus significados e implicações nos direitos sociais, como conceituação necessária para o desenvolvimento da compreensão do direito à saúde dentro de um contexto evolutivo e histórico. Traz a conceituação e garantia do direito à saúde desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, passando pelo que se deu no Brasil, com

relação ao tema, durante os diversos momentos históricos nos quais as Constituições brasileiras foram criadas. Analisa ainda a legislação infraconstitucional, assim como a doutrina e jurisprudência.

Em seu segundo capítulo, busca explorar a conceituação dos princípios jurídicos envolvidos com o direito à saúde. Coteja princípios como o da igualdade, o da proporcionalidade e da reserva do possível, dentro de uma dialética que se desenvolve cotidianamente na atualidade, como argumentos e contra-argumentos utilizados na busca diária de solucionar os vários problemas apresentados pela população brasileira na persecução de seu direito à saúde.

Já no terceiro capítulo, o presente trabalho monográfico esmiúça a maneira como o Estado –figura genérica- resolve as principais demandas apresentadas pela população na busca de seu direito à saúde. Analisa como se dá a intervenção do Poder Judiciário nesta problemática social, e os meios processuais disponíveis aos jurisdicionados para efetivar suas demandas.

A metodologia a ser utilizada na pesquisa, conforme pensamento é a dedutiva, que parte da identificação da sociedade, tomando como início a realidade do espaço virtual e finalizando, discute acerca da suficiência ou não da tutela jurisdicional, nos casos em que há violação dos direitos da personalidade nesse contexto.

Com relação à natureza é utilizado o método qualitativo, advindo dos conceitos e teorias dos autores pesquisados, sendo que o método de procedimento adotado é o monográfico. A técnica de pesquisa é a bibliográfica, baseada em leis, doutrinas e jurisprudências.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Antes de conceituar a saúde para fins do presente trabalho, é necessário inseri-la no contexto de direito fundamental. Os direitos fundamentais consolidaram-se como normas obrigatórias após um processo de amadurecimento histórico, que se iniciou com o acolhimento de uma ideia de dignidade única do homem com o cristianismo. O ensinamento cristão de que o homem é criado a imagem e semelhança de Deus, e que Ele assumiu a condição humana para redimi-la imprimiram alto valor intrínseco à natureza humana, o que veio a nortear a elaboração do próprio direito positivo. Nos séculos XVII e XVIII sobrevieram as teorias contratualistas de que determinados direitos preexistem ao próprio Estado emprestando-lhe legitimidade ao passo em que o Estado serve aos cidadãos. (MENDES, 2013, p. 136). Tais conceitos influenciaram sobremaneira a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, e a Declaração francesa de 1789.

Norberto Bobbio (1992 *apud* MENDES, 2013, p. 136), acrescenta que os direitos do homem ganharam destaque quando se deu a primazia aos indivíduos na sua relação com o Estado, criando para este último um conjunto obrigacional inicial até então inexistente em tal relação. Trata-se do momento fulcral quando se considera a existência de direitos individuais frente à coletividade representada pelo Estado.

Entretanto, considerar os direitos fundamentais como garantia de uma prestação positiva por parte do Estado no exercício das liberdades individuais requer um arcabouço doutrinário mais complexo e profundo, pois implica, em última análise, numa série de impactos orçamentários a ser sopesado- pelo Legislativo *a priori*, o que influencia diretamente as políticas públicas de competência do Executivo originariamente. Vê-se que a questão demanda desenvolvimento conceitual importante, o que foi abordado por Walter Krebs (2012), quando afirma que não se trata apenas de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado. O sistema constitucional alemão até admite certa controvérsia sobre o caráter social dos direitos fundamentais, porém, nosso sistema constitucional entendeu por bem vincular o Poder Público, haja vista a eficácia vinculante que se depreende da garantia constitucional-processual do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Faz-se necessário compreender em que medidas tais ações podem se vincular juridicamente, ou seja, em que medida um problema de acesso ao direito de prestação objetiva pelo Estado relacionado à saúde deixa-se vincular juridicamente, a despeito ser a saúde um direito prestacional e não de defesa.

Considerar um conceito de saúde que embase o presente trabalho científico é tarefa de suma relevância quando se trabalha com o tema. Muito já se pensou e escreveu sobre o mesmo ao longo da história da humanidade. Desde Hipócrates (1950), filósofo grego que viveu no século IV a.C., a saúde foi tema do pensamento, tendo ele referido a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde. Ainda foi mais longe ao afirmar que o médico não poderia tratar de doenças de determinada localidade se não tivesse compreendido a influência que tal localidade tinha sobre tais enfermidades.

Paracelso (1941), médico e alquimista suíço/alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, descreveu como o mundo exterior se torna fundamental para a compreensão do organismo humano. Por ter trabalhado anteriormente como mineiro, pôde mostrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho.

Engels (1986), filósofo alemão do século XIX, ao se debruçar sobre as condições de trabalho na Inglaterra, no início da Revolução Industrial, concluiu que o ambiente de trabalho, a vida que os habitantes de determinada cidade levavam e a própria cidade em si eram determinantes para a qualidade da saúde de seus habitantes e trabalhadores.

Outra vertente representada por Pasteur e Koch (1912), que enxergava o corpo humano como uma máquina, ajudou a sedimentar o conceito de saúde como ausência de doenças.

No entanto, desenvolver um conceito jurídico de saúde consiste em desafio ainda maior. Portanto, impõe-se o uso inicial do conceito de saúde constante no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS:

Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança;

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum.

O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.

A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde.

Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos.

Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas. (Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS/WHO – 1946).

Percebe-se desde a primeira leitura do dispositivo acima transcrito a importância que a OMS dá a saúde não somente como conceito ontológico, mas mesmo como conceituação programática e teleológica, reconhecendo a saúde como essencial para a consecução da paz e da segurança. Interessante notar ainda, que no conceito da OMS, a saúde depende da mais estreita cooperação entre os indivíduos e os Estados, sendo estes últimos os Estados Nacionais. Tal cooperação diz muito sobre os desafios diários que a sociedade brasileira enfrenta quando lida com a garantia efetiva do direito à saúde aos seus cidadãos.

A CRFB/88 foi o primeiro texto constitucional brasileiro a plasmar o direito constitucional à saúde. O artigo 196 assim diz:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Há que se considerar seis elementos distintos que o artigo acima implica. São eles: a) o caráter universal do direito; b) o dever do Estado; c) a garantia mediante “políticas sociais e econômicas”; d) que “visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Ainda o acesso universal e igualitário e as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação.

2.1 SAÚDE, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E LEGISLAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

O termo “direito constitucional” em si mesmo já carrega uma vasta gama de significações e complexidades, verificáveis da simples análise semântica do mesmo. Dualmente se refere ao seu objeto de estudo como ciência humana- a ciência do direito- ao sistema de normas reguladoras do comportamento humano em sociedade, em nível constitucional. Comumente se emprega o termo direito constitucional como sendo sinônimo de justiça moral, outras vezes carregada de sentido subjetivo como nos mostra Reale (2003 *apud* SILVA, 2012, p.12): "regra de direito vista por dentro, como ação regulada". Kelsen (1985 *apud* SILVA, 2012, p.12), conclui que o significado da palavra direito (em alemão, *recht*) é o mesmo para várias culturas civilizadas, ou seja, “ordens de conduta humana”.

Todavia, na reivindicação do direito constitucional à saúde, o termo é empregado em seu sentido subjetivo. Porém, aplicado como limitação à conduta nociva para a vida social, o direito à saúde pode e deve ser interpretado como fundamento de uma vida em sociedade que leve em conta o direito coletivo de não ser contaminado, ou exposto à agente nocivo à saúde. Tal implicação coloca o interesse público acima do individual. Isso explica a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho, consequências naturais do ramo do direito que tutela os interesses difusos e coletivos.

Conclui-se que a saúde enquanto direito subjetivamente analisado depende do grau de desenvolvimento do Estado, sendo que os Estados mais desenvolvidos social e economicamente possibilitam aos seus cidadãos maior liberdade para a persecução de um completo bem-estar físico mental e social, mormente quando os indivíduos adoeçam oportunidade na qual o Estado pode participar do estabelecimento do tratamento.

Socialmente falando, o direito à saúde pode ser visto como um dos desdobramentos do direito à igualdade, de viés iluminista. Sendo assim, para preservar a higidez de todo o tecido social se faz necessário que todos se abstenham de impedir ou dificultar que outrem possa procurar seu bem-estar, ou sequer induzi-lo a adoecer. Consequentemente, a garantia da oferta de cuidados de saúde do mesmo nível para todos que dele necessitarem pode ser entendida como uma manifestação do princípio maior da igualdade que permeia nossa sociedade. No entanto, o reconhecimento legal do direito ao desenvolvimento do Estado é fator limitador, pois apenas aqueles Estados que o assim tiver

reconhecido poderão garantir medidas de proteção, cuidados e recuperação da saúde similar para todos os indivíduos de sua população.

Ao apoderar-se da liberdade e da igualdade, o direito à saúde encontra-se num constante equilíbrio entre estes valores. Tal é gerador de tensão, pois os aludidos princípios ora completam-se, ora limitam-se. Durante os vários momentos da História da Humanidade, podemos perceber um constante movimento pendular, que em momentos privilegia a liberdade, e por vezes o faz em favor da igualdade. Observando tal dialética assim afirmou Tocqueville (1977 *apud* SILVA, 2017): “As nações de hoje em dia não poderiam impedir que as condições fossem iguais em seu seio, mas depende delas que a igualdade as conduza à servidão ou à liberdade, às luzes ou à barbárie, à prosperidade ou às misérias.” O direito à saúde está inserido neste processo dialético, assim como outros “direitos”, sendo imperioso perceber que a participação dos indivíduos organizados ou não é fundamental neste constante processo evolutivo.

A Carta Magna de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde, pois textos constitucionais anteriores como a Constituição de 1824, apenas se referiam à garantia de “socorros públicos”, conforme artigo 179, XXXI, (MENDES, 2013, p. 622). Portanto, as demandas que tem por objetivo a efetivação do direito constitucional de prestação positiva à saúde por parte do Estado devem partir da análise do atual texto constitucional e suas particularidades. Em seu artigo 196 a CRFB/88 prevê o direito à saúde como sendo direito de todos, dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, sendo regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Percebe-se que a nossa constituição acolheu os princípios anteriormente cotejados, como os da igualdade, liberdade, e segurança coletiva social, ao assegurar a participação do Estado nesta dinâmica coletiva.

O texto constitucional estabeleceu o modelo básico organizacional e procedimental para o direito básico à saúde: O Sistema Único de Saúde, o SUS. Nos termos da Constituição as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único, descentralizado, com direção em cada esfera

governamental, voltada ao atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurada ainda a participação comunitária (art.198). Dentre as atribuições do SUS, previstas em seu artigo 200, estão:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015);

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Nota-se de tal modo que o constituinte definiu de forma ampla as atribuições do sistema, que estão mais pormenorizadas no plano infraconstitucional nas Leis Federais n. 8.142/90 e 8.080/90. Tradicionalmente a Lei n. 6.229/75 que estabelecia o Sistema Nacional de Saúde, pode ser vista como a precursora evolutiva do SUS, porém, ao estabelecer uma rede regionalizada e hierarquizada, seguindo critério de subsidiariedade, a lei atual rompeu com a prática até então existente. Pelo caráter regionalizado do SUS, a partição de competências entre os entes federativos se dá pelo que manda o artigo 23, II, da Constituição, que prevê que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade. Para os Municípios em especial a questão passa a ter contornos vitais, pois o financiamento é condição fundamental para a concretização efetiva do direito à saúde.

No plano infraconstitucional a Lei Orgânica da Saúde (LOS), Lei nº 8.080/90, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Vigorando em todo o território nacional, para qualquer ação ou serviço de saúde realizado por pessoas ou empresas.

Todo o Ser Humano tem direito a prestação dos serviços de saúde básica e de especialidades, sendo esse fornecido pelo Estado. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Entretanto, o dever do Estado não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

A saúde tem como fatores determinantes a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Promovendo condições de bem-estar físico, mental e social.

Constituem o Sistema Único de Saúde (SUS) as ações e os serviços de saúde de instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e Fundações mantidas pelo Poder Público, artigo 4º da Lei 8.080/90. Seus objetivos são: a) identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; b) formulação de política de saúde destinada a promover, no campo econômico e social, o dever do Estado de garantir a saúde; c) assistência aos cidadãos por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas, artigo 5º da referida lei.

Em seu artigo 6º, a LOS ainda define os campos de atuação do SUS: a execução de ações de vigilância sanitária, epidemiológica, farmacêutica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; a organização de políticas e ações de saneamento básico; sangue e hemoderivados; recursos humanos na saúde; vigilância nutricional; proteção ao meio ambiente; de medicamentos e insumos de interesse; de fiscalização (alimentos, produtos, transporte, guarda); desenvolvimento científico e tecnológico.

Disciplinando o que diz o artigo 198 da CRFB/88, a LOS obedece aos princípios da universalidade de acesso; integralidade de assistência; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde; direito à informação divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades; participação da comunidade; descentralização político-administrativa; integração dos das ações da saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; capacidade de resolução dos serviços de assistência; e organização para evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Os serviços de saúde serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em nível de complexidade crescente, art. 8º da Lei 8.080/90. No mesmo artigo ainda se lê que houve a previsão da participação da iniciativa privada mediante participação complementar, obedecendo a organização e disciplina do sistema em sua totalidade. E sua direção, conforme o inciso I do art. 198 da Constituição Federal e artigo 9º da LOS é única, exercida no âmbito da União pelo Ministério da Saúde e no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. Os Municípios podem constituir consórcios para desenvolver serviços de saúde.

Aqui importa citar Gilmar Mendes, quando discorre sobre o federalismo cooperativo. A CRFB/88 adotou o federalismo cooperativo, inspirada pelos objetivos de bem-estar social, devendo buscar a isonomia material, atuando conjuntamente no sentido de erradicar as grandes diferenças sociais e econômicas. Destaca-se a distribuição de receitas pelo produto arrecadado e a aumentada participação de Estados e Municípios na renda tributária. Houve a previsão da criação de fundos públicos, e a elevação do planejamento à categoria constitucional favorecendo a execução de políticas públicas de longo prazo- artigo 23 da Carta Magna parágrafo único:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Grifo do autor.

Balizado no federalismo cooperativo, o SUS está estruturado com caráter interestatal, manifestando-se na criação das instâncias permanentes de pactuação, como as Comissões Inter gestoras Tripartite (em âmbito nacional) e Bipartite (em âmbito estadual). Ainda houve a criação de mecanismos solidários de resolução de problemas comuns, como os Consórcios Municipais de Saúde. A Portaria GM/MS n. 399/2006, segue no sentido de operacionalização do sistema promovendo inovações nos processos e instrumentos de gestão e integrando todas as esferas do SUS. Ocorre a adesão dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União ao Termo de Compromisso de Gestão, instrumento que estabelece metas e compromissos.

Entretanto, do ponto de vista do financiamento do SUS, um modelo mais efetivo será alcançado somente quando houver uma distribuição mais equânime das receitas tributárias entre os entes federados. (MENDES, 2013, p.627-628).

Preliminarmente pode-se vislumbrar, que em sua grande maioria, os conflitos e tensões existentes entre os entes federativos, usuários do SUS e os representantes do Ministério Público, Poder Judiciário e os representantes da Defensoria Pública se concentram no financiamento do SUS e em última análise no desenvolvimento de mecanismos mais sofisticados e harmônicos de cooperação entre estes atores sociais.

Ainda seguindo o que diz a LOS, há a previsão da criação de comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil, art. 12, *caput*. Essas comissões articulam as seguintes políticas e programas: alimentação e nutrição; saneamento e meio ambiente; vigilância sanitária e farmacoepidemiologia; recursos humanos; ciência e tecnologia; e saúde do trabalhador, artigo 13 da LOS.

São necessárias comissões permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior, cuja finalidade é propor prioridades, métodos e estratégias para a formação e educação continuada dos recursos humanos do SUS.

Coube a União, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. Foram estabelecidos o atendimento domiciliar e a internação domiciliar, que são componentes do SUS, bem como o cumprimento obrigatório da presença, junto à parturiente, de um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

Os profissionais liberais legalmente habilitados e pessoas jurídicas de direito privado podem prestar assistência na promoção, proteção e recuperação da saúde. Para as empresas estrangeiras a participação direta ou indireta na assistência à saúde é vinculada à obtenção de autorização junto ao órgão e direção nacional do SUS.

Os registros e acessos aos serviços de informática e bases de dados, mantidos pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, será assegurado às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde ou órgãos congêneres.

Em tempo de paz e havendo interesse recíproco, os serviços de saúde das Forças Armadas poderão integrar-se ao SUS.

Sancionada pelo Presidente da República, Sr. Fernando Collor, e decretada pelo Congresso Nacional, foi publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 1990 a Lei nº 8.142. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de

Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

O SUS conta com a participação do Conselho de Saúde e da Conferência da Saúde, sem prejuízo ao Poder Legislativo.

O Conselho de Saúde em caráter permanente e deliberativo, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. É importante lembrar que a participação dos usuários no Conselho de saúde e na Conferência de saúde será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos artigo 1º, inciso I, § 4º da Lei nº 8.142/90. Isso quer dizer na prática que a participação dos usuários será de 50% do total dos participantes e os outros 50% serão divididos entre os outros atores legalmente previstos a participar. Evidencia-se deste modo a importância do controle popular no funcionamento e fiscalização do sistema.

A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

O artigo 2º da Lei 8.142/90 prevê as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão utilizados em despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta; investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional; investimentos previstos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde; cobertura das ações e serviços de saúde a serem implantados (assistencial ambulatorial e hospitalar) pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

O repasse dos recursos fica definido pelo disposto no artigo 3º da Lei 8.142/90:

Art. 3º Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

§ 1º Enquanto não for regulamentada a aplicação dos critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, será utilizado, para o repasse de recursos, exclusivamente o critério estabelecido no § 1º do mesmo artigo.

§ 2º Os recursos referidos neste artigo serão destinados, pelo menos setenta por cento, aos Municípios, afetando-se o restante aos Estados.

§ 3º Os Municípios poderão estabelecer consórcio para execução de ações e serviços de saúde, remanejando, entre si, parcelas de recursos previstos no inciso IV do art. 2º desta lei.

Reside neste ponto o centro da maioria dos conflitos existentes entre os entes federativos, usuários e o Poder Judiciário. A efetivação da aplicação dos recursos de financiamento do SUS que vem sendo desrespeitada no cotidiano da convivência entre os atores detentores dos recursos públicos e aqueles que prestam os serviços. Municípios reclamam da não transferência de recursos públicos por parte dos Estados Federados, que por sua vez apontam a falta de aporte de recursos financeiros por parte da União, que em alguns casos e em programas específicos do Ministério da Saúde (MS) realizam transferências “Fundo a Fundo” para Municípios que aderirem aos programas propostos pela União, como por exemplo, o PMAQ- Programa de Melhoria do Acesso e Qualidade na Atenção Básica. Nota-se que se impõe uma convivência mais focada no cooperativismo federativo, como cunhado por Gilmar Mendes, acima citado, como forma mais eficiente de prestar serviços, economizar recursos, e conseguir alcançar os objetivos propostos pelo constituinte originário.

Entretanto, o artigo 4º, estabelece condições para que tais recursos sejam transferidos. O respectivo ente federativo deve contar com: Fundo de Saúde; Conselho de Saúde, com composição paritária; Plano de saúde; Relatórios de gestão; Contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento; Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários, previsto o prazo de dois anos para sua implantação.

É o Ministério da Saúde, mediante portaria do Ministro de Estado, autorizado a estabelecer condições para aplicação desta lei.

Necessário mencionar a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 95, fruto da tramitação do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 55 no Congresso Nacional, o que ocorreu no fim do ano de 2016. Encaminhada pelo governo do Presidente Michel Temer, a PEC nº 55, limita os gastos públicos pelo período de vinte anos. Com o intuito de equilibrar as contas públicas, e as despesas crescentes no Orçamento Público, o referido projeto de emenda à Constituição foi alvo de muita polêmica e deliberação. Entretanto, no dia 15 de dezembro de 2016 o Congresso Nacional promulgou a EC nº 95, que havia sido aprovada pelos senadores da República havia dois dias, nos termos do § 3º do artigo 60 da CRFB/1988.

O texto da EC nº 95 alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para instituir um novo Regime Fiscal, acrescentando os artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, e 114. Houve a instituição de um novo Regime Fiscal no âmbito dos

Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, art. 106 do novo ADCT. Entretanto, no artigo 107 é que se estabelecem os limites individualizados para as despesas primárias do Poder Executivo (art. 107, I); do STF, STJ, CNJ, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário (art. 107, II). O Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Tribunal de Contas da União (art. 107, III), o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União (art. 107, IV), igualmente serão atingidos pelo novo regramento limitador.

O dispositivo fulcral é o inciso II do § 1º do artigo 107. Segundo o referido dispositivo, cada um dos limites a que se refere o *caput* do artigo 107, equivalerá à despesa primária paga no exercício de 2016 corrigida de 7,2% e:

“ [...] II- para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo- IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrando em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. ”

Na análise isenta da nova legislação, impende registrar que o artigo 108 dá a faculdade ao Presidente da República, a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal, de propor projeto de lei complementar para a alteração do método de correção dos limites delineados no acima transcrito inciso II do § 1º do artigo 107 do ADCT. Porém, cabe notar que a alteração de ponto tão crucial no Regime Fiscal, fruto de exercício político qualificado do Congresso Nacional nos moldes do § 3º do artigo 60 da CRFB/1988, poderá se dar através de simples projeto de lei complementar, assim que se completar uma década de vigor do novo Regime Fiscal implementado pela EC nº 95. Note-se que há visível diferença na tramitação de uma EC e de um projeto de lei, sendo este último mais fácil e rápido de ser aprovado pelo Congresso Nacional.

Não se tratam apenas de alterações fiscais com consequências indiretas e de difícil percepção por parte da população brasileira. Como reconhecido na própria EC nº 95 em seu artigo 110, tais alterações de Regime Fiscal têm impacto em áreas prioritárias como a educação e a saúde. No particular, o artigo 110 do novo ADCT, diz que no exercício de 2017 as aplicações mínimas serão calculadas nos termos do inciso I do § 2º do artigo 198 e do *caput* do artigo 212 da CRFB/1988 (art. 110, I) e nos exercícios posteriores aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma do inciso II do § 1º do art. 107 do ADCT, já citado anteriormente. Isto equivale a dizer

que os gastos sanitários no caso da União não podem ser inferiores a 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro (art. 198, § 2º, I, da CRFB/1988); e os educacionais à 18% (União) e 25% (Estados, Distrito Federal e Municípios), segundo o artigo 212 da Carta Magna brasileira.

Não obstante, o novo ADCT (artigo 114) promove a suspensão por até vinte dias da tramitação das proposições elencadas no artigo 59, *caput*, da CRFB/1988 (excetuadas as medidas provisórias, inciso V, do art.59) quando as mesmas implicarem em aumento de despesas ou renúncia de receita, exigindo para tal o requerimento de apenas um quinto dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal. Isto cria barreiras fáceis de serem erigidas quando houver a mera proposta orçamentária que implique em aumento de despesas, notavelmente excetuadas as medidas provisórias, algo de extrema conveniência para o Executivo.

Latu sensu, o que se depreende da EC nº 95 pode ser qualificado como um engessamento das despesas com a nobre intenção de preservar o Orçamento Público. Paradoxalmente, tal se configura na antítese das tão conhecidas vinculações orçamentárias. Ou seja, seria a EC nº 95 uma vinculação às avessas, ou vinculação de despesas e não de receitas, como originalmente previsto no texto constitucional. Portanto, assim como as vinculações de receitas orçamentárias já atacadas pela EC de Revisão 1, de 1994, que instituiu os artigos 71 a 73 do ADCT, sendo precursora da EC nº 27 que instituiu a Desvinculação de Receitas da União, a presente vinculação de despesas orçamentárias (EC nº 95) deverá em futuro breve ser modificada por outra peça legislativa que cumpra tal intento.

Nota-se que a dinâmica existente entre o Executivo (que quer maior discricionariedade) e o Legislativo que quer dar menor discricionariedade ao Executivo é estéril e não produz os resultados qualitativos que o país quer e necessita, se configurando numa disputa de poder na arena do Orçamento Público. (CONTI, 2014). Ainda segundo Conti (2014), as vinculações são apenas instrumentos que podem ser úteis para nos proteger de maus governantes, entretanto podem prejudicar os bons governantes tirando-lhes a discricionariedade para usar o dinheiro público da forma que pode se mostrar mais adequada ao interesse coletivo.

Criações legislativas nem sempre se transformam em melhoria dos gastos públicos, haja vista o exemplo citado por Conti (2014):

“Veja-se por exemplo, uma criação de contribuição com recursos vinculados à área da saúde, como ocorreu por certo período com a CPMF. Criar um tributo novo, com recursos destinados à saúde, importa em significativo aumento da destinação de recursos para a saúde, não é mesmo? Não necessariamente. Os recursos até então destinados à saúde não eram em boa parte ‘vinculados’, de modo que, em tese, nada

impede de, havendo recursos agora exclusivos para a área da saúde, os que anteriormente alocados deixem de sê-lo, voltem-se para despesas em outras áreas, ficando a saúde agora financiada pelos recursos vinculados da referida contribuição. A ‘vinculação’ criada foi importante instrumento para assegurar arrecadação de dinheiro para a saúde, mas efetivamente pode não representar acréscimo de um único centavo ao setor”. (CONTI, 2014.)

Inversamente, a mesma lógica deve ser aplicada quando da análise de um congelamento de gastos de cunho protetor para o Orçamento Público. Importa citar Mendes (2013) quando discorre sobre as chamadas cláusulas pétreas implícitas, ou seja, dispositivos constitucionais que embora não estejam elencados no artigo 60, §4º da Carta da República, não devem ser modificados, sob pena de se descaracterizar a Constituição:

“O que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo. Recorde-se sempre que o poder de reformar a Constituição não equivale ao poder de dar ao País uma Constituição diferente, na sua essência, daquela que deveria revigorar por meio da reforma”. (MENDES, 2013, p.133)

Com a EC nº 95, na prática, houve um congelamento dos gastos públicos em saúde o que não está de acordo com a vontade do legislador original.

2.2 EFETIVIDADE DE DIREITO À SAÚDE

As Constituições brasileiras do passado não trataram o tema ora em estudo como a CRFB/88 o faz, já que apresentavam normas geralmente com o intuito de fixação de competências legislativas e administrativas. A Constituição de 1824 em seu artigo 179, XXXI, a título ilustrativo, de modo esparso falava em “socorros públicos”.

Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, consagrando tal direito como fundamental, demonstrando que o referido texto é um documento de seu tempo ao apresentar sintonia com as principais declarações internacionais de direitos humanos. Importa ressaltar o contexto internacional no qual o direito à saúde foi elevado à categoria constitucional, sendo fruto direto do drama humanitário experimentado no período de guerra, e no período histórico imediatamente subsequente. Nesse contexto declarações internacionais foram fundamentais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. Isso porque após a Segunda Guerra Mundial, houve grande abalo com as atrocidades perpetradas no conflito e a sociedade internacional passou a questionar as condições humanas e a necessidade de se garantir efetivamente a concretude dos direitos humanos.

Porém, reporta-se a origem histórica do crescimento dos direitos sociais na crise da tradição do Estado Liberal e na consagração do paradigma do Estado Social de Direito. Com o rompimento dos padrões formalistas de igualdade e de liberdade do paradigma anterior, que se traduziam em prestações negativas por parte do Estado que não deveria interferir na vida do cidadão, as sociedades organizadas e seus respectivos Estados nacionais vão à busca de mecanismos mais concretos de redução das desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade (FERNANDES, 2011, p.461). A Constituição do México de 1917 e de Weimar (Alemanha) de 1919 são os primeiros exemplos deste movimento.

Em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, “fonte mais importante das modernas constituições” segundo Silva (2017), estabeleceu-se um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde. *In verbis*:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A partir desses documentos declaratórios de direitos humanos, os Estados nacionais abandonaram a percepção abstencionista para adotar uma postura intervencionista, gerando condições concretas de implementação de programas públicos, incluídos aí os programas de saúde.

No Brasil, a influência dessas declarações de direitos concretizou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto apresenta diversos dispositivos que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social.

O art. 6º informa que a saúde é um direito social. No artigo 7º há dois incisos tratando da saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deva ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, entre outras, e o XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. De acordo com o art. 23, inc. II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde. Pelo artigo 24, inc. XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ressalte-se que os Municípios, por força do art. 30, inc. I, também podem

legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada. O art. 30, inc. VII confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Com a Emenda Constitucional 29, de 13/9/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inc. VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional, modificando o inc. III do art. 35 previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não aplicação do mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Ressalvou-se, ainda, por força da EC 29/00, que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV).

Pelo artigo 196, a saúde passou a ser considerada como 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.

O artigo 197 reconheceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Percebe-se pela redação do art. 129, inc. II, que o constituinte originário considerou o serviço de saúde como sendo de relevância pública ao atribuir ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

O art. 198 formulou a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; iii) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

O art. 199 facultou à iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º), vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º).

No artigo 200, exaustivamente, foi feita a enumeração das atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O art. 208, inc. VII incluiu a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental, o que demonstra o viés preventivo educacional que deve orientar a prestação do serviço em saúde por parte do Estado.

No artigo 220, §3º, inc. II, há a previsão da possibilidade de, por meio de lei federal, ser restringida a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O art. 227 determinou que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde. A participação de entidades não-governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, determinando ainda a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil ficou estabelecido no §1º.

Por fim, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também possui algumas regras tratando da saúde, como a do art. 53, inc. IV, que assegurou aos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial e seus dependentes a assistência médica e hospitalar gratuita, e outras regras que, em geral, preveem percentuais mínimos de alocação de recursos

para o setor de saúde (art. 55, 77 e outros) ou tratam do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, criado pela Emenda Constitucional n. 31, de 14/12/2000. Esta objetiva viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Como se observa, muitas são as normas constitucionais que tratam, diretamente, da saúde, o que demonstra a preocupação do constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área. Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar ações judiciais ou decisões em que esteja em jogo a realização do direito à saúde.

Ao falar em grau de densidade normativa, trata-se de questão fundamental, que no atual estágio de desenvolvimento normativo do arcabouço jurídico da saúde, não só embasa as ações corriqueiras na Justiça, como vedam o retrocesso de tais conquistas sociais, Sarlet (2007 *apud* FERNANDES, 2011, p.474), tema que será aprofundado posteriormente no presente trabalho.

São amplas as possibilidades de concretização judicial desse direito, sobretudo considerando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Entretanto, devem ser considerados limites na efetivação destes direitos, pois em sistemas democráticos não há direitos absolutos. A dificuldade reside exatamente em dar aplicação ao direito à saúde, extraíndo na norma constitucional sua eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhes são impostos. Esses limites são basicamente três, que se interagem e se completam: o mínimo existencial, a reserva do possível e o princípio da separação dos poderes. Estes contra-argumentos serão tratados adiante. Objetivando dar efetividade aos vários direitos sociais, inscritos na Constituição Federal, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar diuturnamente, o que será igualmente abordado na sequência.

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O DIREITO À SAÚDE

A palavra princípio tem origem latina- *principium*- que significa fonte, origem, base. É possível relacionar tal significado de princípio com sua importância dentro de um ordenamento jurídico. Os princípios jurídicos, *latu sensu*, desempenham papel fundamental em dado ordenamento jurídico, pois fundamentam a construção e aplicabilidade legislativa, além de garantir uma convivência social organizada e pacífica. Miguel Reale aduz que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e das práticas. (REALE, 2002, p. 306).

Os princípios têm, portanto, vocação para inspirar a criação normativa dentro de um sistema legal, sendo que se situa na sua base, sendo muito mais do que simples regra, pois além de estabelecer certas limitações, fornece diretrizes que embasam uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação. Os princípios gerais de Direito diferem dos de ordem moral ou econômica, convertendo-se em esquemas inseridos na experiência jurídica, transmutando-se em elementos componentes do Direito. (REALE, 2002, p. 306). Os princípios se inserem no ordenamento jurídico brasileiro através do processo legislativo, mas também com frequência por meio da atividade jurisdicional e na formação dos precedentes judiciais, bem como pelos usos e costumes e da prática dos atos negociais.

Inicialmente não há hierarquia entre princípios jurídicos, sendo que alguns se encontram explicitamente colocados e outros implicitamente, sendo que talvez haja uma relativização quando se considera o princípio da certeza do direito. Tal princípio pode ser considerado mais importante que os outros, pois garante a convivência organizada e pacífica dentro de uma sociedade que o respeita e o aplica.

Entretanto, com relação ao problema da hierarquia entre os princípios, a doutrina apresenta duas possibilidades de resposta: a existência de uma “ordem estrita” de hierarquia entre princípios e a defesa de uma “ordem hábil”. Nesse sentido o doutrinador Alexy (1997), aduz:

[...] não é possível uma ordem que conduza em cada caso precisamente a um resultado – a tal ordem haveríamos de chamá-la ‘ordem estrita’. Uma ordem estrita somente será possível se o peso dos valores e dos princípios e suas intensidades de realização fossem expressáveis em uma escala numérica, de maneira calculável [...].

Não é possível se falar em hierarquia *in abstracto* entre princípios, o princípio que prevalecerá em uma situação poderá ceder lugar, em outro contexto e em outra situação, para o mesmo princípio que foi superado no caso anterior. Tal situação também é explicada por Alexy (1997):

[...] o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso.

Todas as colisões entre princípios fundamentais vão se resolver no caso concreto, na análise específica do caso. A precedência de um princípio sobre o outro é condicionada às circunstâncias do caso concreto, as quais darão o peso de cada princípio em jogo, tudo decorrendo da tese impressa linhas atrás de que a norma princípio comporta aplicação modular, flexível, variável conforme a hipótese. (CAVALCANTE, 2008, p.82). Tal se constitui em pedra angular do ordenamento jurídico pátrio.

Para Canotilho (2003 *apud* FERNANDES, 2011, p.205), há que ser feita inicialmente uma diferenciação entre princípios e regras, e somente após, havendo conflito entre princípios aplicá-los conforme o caso concreto. Há que se cotejar cinco critérios diferenciadores, a saber: a) o grau de abstração, princípios tem alto grau de abstração e regras têm um grau de abstração mais reduzido; b) grau de determinabilidade, princípios são por natureza mais vagos e indeterminados dependendo da aplicação que o juiz der ao caso, regras são mais susceptíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentalidade, sendo que os princípios ocupam posição estruturante num determinado ordenamento jurídico, ostentando posição hierárquica maior no sistema de fontes jurídicas, enquanto regras não estruturam um sistema apenas sendo consequência dele; d) proximidade da ideia de direito, princípios são padrões vinculantes juridicamente radicados nas exigências de justiça ou na de direito, sendo que as regras possuem conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética, sendo que os princípios constituem a *ratio* das regras jurídicas desempenhando função normogenética fundamentante.

Já para autores tributários de Norberto Bobbio (1995) a distinção entre princípios e regras reside no grau de abstração. A aplicação de regras deve seguir um padrão binário, do

tipo sim ou não, garantindo direitos definitivos, enquanto os princípios não apresentam razões definitivas. Eles as apresentam *prima facie*, tendo como consequência, que a não aplicabilidade de um determinado princípio num caso concreto não o invalida como tal, o que ocorre com as regras.

O presente trabalho monográfico se propõe a abordar princípios normativos como os princípios da igualdade (constitucional) e da dignidade da pessoa humana (ético-político), que irradiam vertentes axiológicas para os demais ramos do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, explora alguns elementos que apresentam aptidão para a solução prática das mais difíceis questões que se assomam no Poder Judiciário, como a aplicação da proporcionalidade e da reserva do possível. Estes últimos, frequentemente tratados como princípios, se assemelham, no entanto, a instrumentos para a solução de conflitos de normas constitucionais, ou da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais, sendo, portanto, dotados de valores instrumentais na concretização/efetivação dos primeiros. Tal distinção se torna fundamental quando da leitura do texto monográfico em questão.

3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O conceito de igualdade jurídico-constitucional dos homens tem raízes profundamente fincadas no Iluminismo europeu e norte-americano do Século XVIII. Em seu rascunho da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1789), Thomas Jefferson assim escreveu: “*We hold these truths to be self-evident; that all men are created equal*”. Em tradução livre: “Nós temos estas verdades como auto evidentes; que todos os homens são criados iguais”.

Entretanto, a interpretação da expressão “todos os homens” tem pairado sobre a Declaração desde a sua criação. Embora muitas pessoas tivessem interpretado que tal expressão quer significar “humanidade”, outros têm argumentado que Jefferson e os outros autores da Declaração quiseram excluir mulheres e crianças. Com o passar do tempo está claro que a expressão “todos os homens” era um eufemismo para “humanidade”, e, portanto, pessoas como Elisabeth Cady Stanton, Abraham Lincoln, e Martin Luther King, que usaram a Declaração de Independência dos Estados Unidos para demandar igualdade para os afro-americanos e mulheres, buscaram um argumento histórico assim como moral. (LIBRARY OF CONGRESS, 2017).

Pode-se perceber outra característica do princípio da igualdade, que pode ser extrapolada até mesmo para outros princípios, que é a sua comunicabilidade principiológica

entre diferentes ordenamentos jurídicos em diferentes períodos de tempo. Os brasileiros absorveram o princípio da igualdade como sendo uma “verdade auto evidente entre nós” nos parâmetros conceituais de princípios como Miguel Reale assim atestou:

[Princípios] São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e das práxis. (REALE, 2003 *apud* CASTRO, 2012).

Apenas a título ilustrativo da comunicabilidade não escrita dos princípios jurídicos entre ordenamentos diferentes em diferentes períodos de tempo, impende citar o parágrafo único do artigo 1º de nossa Carta Magna: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Tal parágrafo plasmou um princípio não escrito da democracia dos Estados Unidos da América do Norte que fez parte do discurso mais célebre do presidente Abraham Lincoln, o discurso de Gettysburg, e que não está escrito na Constituição daquele país. No dia 19 de novembro de 1863, no rescaldo da terrível guerra civil, Lincoln disse entre outras palavras:

[...] Antes, cumpre-nos a nós, os presentes, dedicarmo-nos à importante tarefa que temos pela frente – que estes mortos veneráveis nos inspirem a uma maior devoção à causa pela qual deram a última medida transbordante de devoção – que todos nós aqui presentes solenemente admitamos que esses homens não morreram em vão, que esta Nação, com a graça de Deus, renasça na liberdade, e que o governo do povo, pelo povo e para o povo jamais desapareça da face da Terra. (LIBRARY OF CONGRESS, 2017).

Tal princípio maior, assim como o da igualdade, está presente entre nós, mesmo sem ter sido formalmente acordado entre nossos povos.

Em nossa história constitucional ocorre a presença constante do princípio da isonomia. Entretanto, na Carta de 1824 o princípio coexistia com a legitimação da escravatura apenas, existindo a fundamentação para a tal nos méritos individuais. Imputa-se tal ao fato de ser a Carta brasileira de 1824 uma obra de seu tempo.

Com a Proclamação da República a Constituição de 1891 extinguiu todos os privilégios constitucionais das consideradas classes superiores. O objetivo era a concretização do princípio da isonomia. Todavia, o autoritarismo da República militarista manteve, ainda que de forma não escrita, os privilégios de castas superiores, algo que imprime à coletividade da base da pirâmide social um profundo senso de indignidade de sua cidadania.

A Constituição de 1934 mantém a igualdade perante a lei, entretanto, reconhece as motivações ensejadoras de distinções ao recriminar formalmente as diferenças por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.

Contudo, com a Constituição de 1937, o elemento supracitado, que outrora era inovação, foi excluído. Neste motivo, toma vulto a Consolidação das Leis do Trabalho, que vedou a diferenciação de rendimentos fundada no gênero, nacionalidade ou faixa etária.

Por sua vez, na Constituição de 1946 houve a consolidação do princípio da igualdade com a proibição da propaganda de preconceitos de raça ou classe.

Sobre a Constituição de 1964, é relevante destacar que o Brasil se tornou signatário da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, que definiu a discriminação como: "toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão".

Na Carta Política de 1967, a punição ao preconceito racial ganhou *status* constitucional. Um ano após, o Brasil ratifica a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Racismo, ao dispor que "não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais", admitindo a necessidade e a validade de ações para o progresso de determinados grupos, com repercussões nas mais atuais políticas de cotas raciais levadas à cabo pelo Governo Federal para facilitar o ingresso de estudantes negros às Universidades Federais.

A Emenda nº 1 da Constituição de 1969, limitou-se apenas a declarar intolerável a discriminação.

Finalmente, a Constituição promulgada em 1988, no que tange à igualdade, inovou já em seu preâmbulo ao eleger a igualdade como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos.

No art. 3º, IV, está entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

O *caput* do art. 5º, ao elencar os direitos e garantias individuais, diz:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

Em verdade, a noção de igualdade não se apresenta apenas nos dispositivos mencionados. A igualdade permeia toda a Constituição, quer igualando ou desigualando para se garantir a todos a igualdade de oportunidades.

A igualdade formal conceituada pela doutrina é aquela existente entre as camadas sociais perante a lei. Percebe-se que há um vínculo entre a igualdade e o princípio da dignidade humana, vez que todos os indivíduos sendo dotados de humanidade são sujeitos de direitos, devendo obter tratamento legal de modo igualitário. Porém, a ineficácia é a principal característica da isonomia.

José Afonso da Silva (2012), ao comentar o supracitado artigo destaca que o mesmo tem ainda importante função hermenêutica que deve ser usada durante toda a leitura e aplicação do texto constitucional. Assim aduz o mestre:

Embora seja uma declaração formal, não deixa ter sentido especial essa primazia ao direito de igualdade, que, por isso, servirá de orientação ao intérprete, que necessitará de ter sempre presente o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2012, p. 192).

É de se notar que o autor menciona “direito de igualdade”, e não princípio, o que implica um direito prestacional por parte do Estado, e não apenas um direito a uma prestação negativa por parte do mesmo. Em outros termos, trata-se de direito prestacional e não um direito de defesa, este último a ser compreendido como uma liberdade do indivíduo frente o Estado. Ainda, em postura notadamente crítica em relação ao *caput* do artigo 5º, o eminente professor assinala que o artigo 5º assegura a “inviolabilidade do direito à vida nos termos seguintes”, entretanto, nos termos que se seguem, constantes nos incisos e parágrafos, nada mais se diz sobre a vida, a não ser da inviolabilidade da vida privada, que não é direito à vida, mas à privacidade. (SILVA, 2012, p. 192-193). Somente se valendo da sugestão interpretativa que deve ser aplicada quando da leitura do texto constitucional, percebemos que o direito à vida é preservado de modo igualitário a todos que dele necessitarem, na forma da lei. Cabe, portanto, a indagação se é possível a vida igualitária sem saúde? Percebe-se que para desfrutar

do princípio da igualdade, profundamente ligado ao direito à igualdade, deve-se ter à disposição o direito à vida. Por isso tais princípios e direitos fundamentais se encontram em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, como as leis regulamentadoras do SUS.

O princípio da igualdade somente se faz concreto na vida do cidadão, quando visto sob o prisma da igualdade jurisdicional. Tal igualdade se traduz em dois matizes: a) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; b) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça. (SILVA, 2012, p. 192-193).

Este último ponto interessa à busca da saúde por parte do cidadão brasileiro. Quando um cidadão procura o Poder Judiciário para conseguir qualquer instrumento que seja meio para recuperar ou manter seu estado de saúde (seja um medicamento, cirurgia ou terapêutica) se utiliza do aparato legal produzido pelo legislador, que por respeito ao princípio da igualdade jurisdicional, foi vedado de dar tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça. Notadamente, o Brasil é um país desigual, algo reconhecido no artigo 3º, inciso III da CRFB/1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]

Portanto, há fundamentação quando o Estado através de seu ente federativo competente, se vê obrigado a conceder prestação positiva ao indivíduo que demanda recuperar ou manter seu estado de saúde, pois é objetivo da República reduzir as desigualdades sociais e regionais.

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O tema da dignidade da pessoa humana, ao que tudo indica, é antigo na História da humanidade, tendo sido explorado por diversos autores e matizes de pensamento ao longo dos tempos. Na própria China Imperial do século IV a.C., confucionistas afirmavam que a dignidade é própria a cada ser humano, desde o seu nascimento, atribuída por ato divino. (SARLET, 2009, p.212). O cristianismo conferiu caráter especial ao ser humano, destacando-o de outras espécies da natureza, imprimindo dignidade inerente a cada indivíduo, que por

consequência não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, nem mesmo por outros seres humanos.

Todavia na Antiguidade algumas culturas afirmavam ser a dignidade expressão da posição social e do reconhecimento auferido por determinado indivíduo perante seus pares. Consequentemente certos estratos sociais eram considerados dignos em detrimento de outros.

Somente com o cristianismo, na figura de São Tomás de Aquino, no período da Escolástica, a dignidade humana ganhou relevo divino pelo fato de ter sido o homem criado a imagem e semelhança de Deus, ostentando autonomia, autodeterminação e por consequência liberdade por natureza.

No período do Iluminismo filósofos como Kant (1780), ajudaram a dessacralizar a ideia da dignidade da pessoa humana trazendo-a para um terreno onde a grande maioria dos teóricos de direito constitucional irá identificar a dignidade da pessoa humana como um processo de reconhecimento da singularidade e da individualidade de um indivíduo, razão pela qual se mostra insubstituível e igualmente importante para a ordem jurídica. (FERNANDES, 2011, p. 220).

Para o Direito a evolução do conceito de dignidade humana acompanha diversos documentos internacionais como o Estatuto da Organização das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Constituição italiana (1948) e a Lei Fundamental da República Federal Alemã (1949), no contexto de contraposição aos males vividos pelo período das Guerras Mundiais. Os alemães identificaram na dignidade humana um valor intrínseco não disponível, com forte base jusnaturalista, onde todos teriam direito a ser tratados como pessoas humanas independentemente de cor, sexo, língua, religião ou opiniões políticas. Havia forte antagonismo à ideia de um indivíduo subumano, ideia essa tão afeita à ideologia nacional socialista do *Untermensch* (subumano), em oposição ao ariano. Já para os italianos a dignidade não se refere ao humano, mas sim à ideia de dignidade social, ligada ao desenvolvimento humano:

“[...] segundo as próprias possibilidades e a própria escolha, uma atividade ou uma função que concorra ao progresso material e espiritual da sociedade”. Artigo 4º, § 2º da Constituição italiana de 1948.

Portanto, aqui a preocupação não estaria na pessoa em si (de modo jusnaturalista), mas, no processo de inserção produtiva do indivíduo no tecido social. Tal conceito de dignidade de viés utilitarista mostra-se prático até mesmo para justificar em bases concretas os vultosos gastos em saúde que vem sendo feito realizados pela Administração Pública. Quando a Administração dispense recursos na assistência à saúde de sua população, está

tornando suas vidas individuais mais aptas a produzir bens e riqueza para todo o tecido social, fato intimamente ligado à dignidade individual, da sociedade, e a produção de prosperidade para todos, incluída aí a própria Administração que amplia sua base arrecadadora.

Fato é que muitos autores reconhecem a dificuldade em conceber um conceito pacífico do que seja a dignidade humana. (SARLET, 2009, p. 217). Entretanto, a teoria constitucional majoritária erigiu a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CRFB/88) à condição de princípio. Razão pela qual, esta irradia vetores hermenêuticos e bases axiológicas para todos os demais direitos fundamentais, demandando que a figura humana receba sempre um tratamento igualitário e condizente, ao tratar cada indivíduo como fim em si e não como meio para a satisfação de interesses outros ou de terceiros. Sobre o tema:

“O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário entre semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria” (Moraes, 2007 *apud* FERNANDES, 2011, p. 222).

O Supremo Tribunal Federal, ainda não desenvolveu entendimento do que seja a dignidade de modo sistematizado. Neste contexto, importa mencionar o pensamento relevante de Ronald Dworkin (2006 *apud* FERNANDES, 2011, p.223) sobre o tema. O jurista busca conciliar os princípios da igualdade e da liberdade, afirmando que estes seriam duas dimensões da dignidade. Primeiramente através do reconhecimento da importância dos diversos projetos de vida individuais, e segundo através da proteção da autonomia de cada indivíduo na persecução destes projetos. Tem-se que o sentido de dignidade nesta leitura somente inclui o da garantia de liberdades subjetivas iguais para a ação. Consequentemente, a dignidade da pessoa humana legítima não apenas os direitos fundamentais, mas todo o ordenamento jurídico, sem incorrer em riscos de fundamentações de cunho moral ou jusnaturalista. (FERNANDES, 2011, p. 223).

Tal leitura parece adequada, pois evita assentar a noção de dignidade humana sobre um conjunto de valores próprios de uma visão de mundo, a judaico-cristã, e sim sobre uma fundamentação normativa afeita ao direito, calcada num diálogo participativo entre coautores, com diferentes concepções de mundo e das normas a que se submetem. Tal abordagem traduz-se em prática mais livre de matizes sectaristas, implementando no ordenamento jurídico que lhe é constituinte bases mais sólidas e racionais.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina apreende de modo diverso os fundamentos do princípio da proporcionalidade. Robert Alexy (1986, *apud* MENDES, 2013, p.218) coloca os direitos fundamentais como base intrínseca do princípio da proporcionalidade. Outra parte da doutrina fundamenta o princípio na expressão do Estado de Direito a partir do Poder de Polícia do mesmo, sendo estes últimos contrapostos por aqueles que acreditam ser o princípio da proporcionalidade radicado no direito supra positivo. (MENDES, 2013, p.218).

O princípio da proporcionalidade é invocado frequentemente quando ocorrem situações de conflito entre Poderes, órgãos, legislações (e suas aplicações no mundo concreto), instituições ou qualquer outro ator da vida constitucional entram em tensão. Entretanto, deve-se ter em mente que se trata de princípio instrumental hermenêutico.

Não é estranho encontrar uma equivalência entre os termos proporcionalidade e razoabilidade em diversos textos jurídicos, levando o leitor a interpretá-los como sendo sinônimos em sua aplicação metodológica para a utilização dos princípios jurídicos na resolução dos casos concretos que se assomam no Judiciário. Entretanto, tal confusão de termos representa um equívoco metodológico. As distinções entre os termos estão localizadas na estrutura de ambos institutos, sendo que a “razoabilidade” corresponderia à primeira das três sub-regras que compõe a estrutura da “proporcionalidade”. (FERNANDES, 2011, p.188).

O que ocorre, segundo o citado autor, é que o princípio da proporcionalidade apresenta uma estrutura mais complexa que a razoabilidade em si, ao se dividir em três postulados: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Robert Alexy (2001, *apud* FERNANDES,2011, p.188) tal procedimento teórico se constituiria num caminho seguro de consecução de racionalidade fundante de decisões jurídicas.

A adequação no Brasil difundiu-se como aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido, todavia sendo mais correta a interpretação de ser a adequação não somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a rejeição de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. (FERNANDES,2011, p.189)

Por necessidade compreende-se que se trata de imposição ao Poder Público para a adoção sempre de medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Portanto, um ato que limita um direito fundamental só será considerado necessário se para realizar seu objetivo pretendido não haja outra medida que limite com menor intensidade o direito fundamental a ser atingido.

O último passo a ser seguido nesta construção intelectual metodológica a ser seguida para se dotar de racionalidade uma decisão judicial que pondere direitos fundamentais é a análise da proporcionalidade em sentido estrito, que acontecerá apenas se o ato for adequado e necessário. A proporcionalidade em sentido estrito é um sopesamento que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância da realização do outro direito fundamental que lhe é colidente e que por isso, parece fundamentar a adoção da medida restritiva. (SILVA, 2002, *apud* FERNANDES, 2011, p.190). Trata-se de avaliação equacionada do caso concreto objetivando verificar se de fato a medida original sob análise considera o direito fundamental a ser preservado mais importante do que o seu rival, uma vez que traria um benefício superior para a comunidade se aplicado.

Interessante é o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 82.424/RS:

[...] São três máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. [...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o fim desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto) [...]. (FERNANDES, 2011, p.191).

Criticamente, o posicionamento no sentido de apresentar os principais questionamentos à lógica Alexyana é necessário, pois parece ser propensa a estabelecer o método, ora descrito, como sendo um caminho seguro na dotação de racionalidade das decisões judiciais, traduzindo-se em instrumento eficaz para evitar o decisionismo, a incerteza e a insegurança jurídica. As principais críticas desenvolvidas ao método da ponderação baseada no princípio da proporcionalidade podem ser sintetizadas a seguir: a) desfiguração do princípio da separação dos poderes; b) limitação da supremacia constitucional pela transformação dos Tribunais Constitucionais em Assembleias Constituintes (sem a legitimação do voto popular); c) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa constitucional; d) politização do Judiciário (que se arvoraria em tomar decisões de política social ilegitimamente); e) abertura para decisões arbitrárias; f) personalismo nas decisões judiciais; g) irracionalidade metodológica; h) transformação da Constituição numa ordem concreta de valores a serem explicados pelo Judiciário (pretensão guardião de uma “virtude cívica”). (SOUZA CRUZ, 2004 *apud* FERNANDES, 2011, p. 192-93).

Analisando sob outro prisma, Ronald Dworkin (2002), formulou a teoria da integralidade do direito, mais afinada com o que atualmente se conceitua como giro hermenêutico-programático, na qual afirma que a distinção entre regras e princípios se dá

através de uma lógica argumentativa na qual a separação se dará de acordo com a argumentação e a apresentação das razões pelos envolvidos na discussão. Nesta perspectiva, somente pela análise das razões trazidas pelos participantes da discussão é que podemos compreender se a norma invocada funciona como um princípio ou como uma regra jurídica. Portanto, conflitos envolvendo princípios (frequentemente o que acontece na judicialização da saúde) seriam solucionados através de uma cuidadosa análise da leitura que a sociedade (e não exclusivamente o intérprete) faz de sua história jurídica. Em tal leitura, devemos construir um esquema coerente de princípios e de regras que estão inscritos na prática social em questão, o que Dworkin chama de “integridade” a concepção do direito que tenta agir assim. (FERNANDES, 2011, p. 195).

Portanto, para o autor, no diálogo processual, ao serem ouvidos todos os participantes diretos e os indiretos, ainda devem ser levadas em consideração as discussões anteriores sobre aqueles direitos envolvidos. Consequentemente, haveria uma concorrência entre os princípios para se averiguar qual deveria ser aplicado ao caso e não uma colisão de princípios como em Alexy (1997). Ainda, no sentido de elucidar melhor como se dá a aplicação do direito com base na teoria da integralidade de Dworkin (1999), impende citar a metáfora do “romance em cadeia” na qual cada juiz deve assumir o papel de um autor de um capítulo de uma obra coletiva, na qual para ser coerente, deve se inteirar do que foi escrito anteriormente e procurar construir uma história que preserve a linha de raciocínio já estabelecida pelos romancistas anteriores. Da mesma forma aconteceria com o direito, na qual cada decisão judicial preenche um momento histórico institucional, tentando revelar a melhor leitura que a sociedade faz de suas próprias práticas sociais. Logo, o magistrado (ou conjunto de magistrados, no caso de Tribunais) não é figura criadora do direito, mas um participante argumentativo com o resto da sociedade, o que não se dá de forma matemática como com Alexy, que chega apenas a decisões discursivamente aceitáveis, o que contrasta com a proposta de Dworkin ao vislumbrar a possibilidade de uma única resposta correta para um caso concreto. (FERNANDES, 2011, p. 197).

Apesar de ainda se utilizar de perspectiva Alexyana nas suas práticas de resolução de conflitos de princípios, o Ministro do STF Gilmar Mendes acaba por propor um diálogo coletivo à moda Dworkiana para a resolução de aparentes conflitos de princípios quando da judicialização de casos envolvendo a saúde de indivíduos. Ao reconhecer que a judicialização do direito à saúde deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais o eminente Ministro propõe uma instrução que envolva diretamente os interessados na resolução da lide e igualmente os indiretamente

interessados, promovendo um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional e à preservação da isonomia e do atendimento dos titulares de direitos em iguais condições. (MENDES, 2013, p. 631).

Cita ainda que a ausência de articulação conjunta dos diversos interessados na obtenção da tutela na área da saúde se constitui num dos principais obstáculos ao aumento das demandas coletivas neste setor. Ocorre um planejamento de ações judiciais de curto prazo através de meios que parecem mais ágeis e fáceis desprezando o fato que o nível de informações nas ações coletivas é maior e mais complexo o que favorece a participação de atores mais especializados na matéria, possibilitando ao Poder Judiciário maior chance de agregar dados essenciais à solução da lide (ou aplicação integral do direito como diria Dworkin, 1999).

Ainda faz referência à uma maior possibilidade de apreciação por parte do Judiciário dos impactos financeiros que as principais ações envolvendo causas de saúde podem acarretar no orçamento público, o que seria facilitado em ações coletivas em detrimento das ações individuais (maioria no atual cenário brasileiro).

Percebe-se que mesmo aplicando em seus julgados o princípio da proporcionalidade como referencial metodológico para a consecução de uma resposta discursivamente aceitável, o Ministro Mendes de nossa Suprema Corte, vislumbra para os casos envolvendo o direito à saúde, maior efetividade em se promover um diálogo no qual todos os destinatários da decisão possam tomar parte na condição de coautores construtivos da mesma, método mais afeito à aplicação da teoria da integralidade do direito de Dworkin.

Tal constatação vai de encontro à uma apreciação crítica à luz da teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas. O constitucionalista alemão utiliza como contra-argumento à Alexy em sua obra *Facticidade y Validez*, Habermas (1998 *apud* FERNANDES, 2011, p.198-199) que a decisão que se alcança por meio da “proporcionalidade” não está aberta a uma construção que deveria se dar por meio do diálogo, o que para o autor alemão, é peça fundamental para que se possa atestar a legitimidade de uma decisão; e não a mera construção de um argumento que não é posto para o grifo de uma sociedade aberta, que no paradigma do Estado Democrático de Direito clama por condições sempre crescentes de participação e de inserção no processo de tomada de decisão estatal.

Afastando por ora a polêmica, noutra senda, o Direito Administrativo adotou o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade (note-se a equivalência de termos criticada nas linhas anteriores), mantendo o mesmo significado com sentido amplo, mas que repousa sobre a justiça equilibrada e razoável. Para Renato Battocchio:

Mais do que um princípio constitucional, o princípio da proporcionalidade, é uma forma de interpretação constitucional, um princípio apto a afastar a utilização de medidas arbitrárias, exorbitantes, restringindo a discricionariedade administrativa, a tutela jurisdicional, a atuação do poder de polícia, ou ainda, na esfera normativa do Estado, a atividade legislativa. Exige, por outro lado, uma conduta racional, ponderada e equilibrada. Mais do que razoabilidade, o princípio da proporcionalidade prioriza a realização dos valores e dos princípios constitucionais (BATOCCHIO, 2017).

Hermeneuticamente impõe-se a guia do princípio da proporcionalidade ao conjugar os artigos 6º, 196 e seguintes de nossa Carta Magna, que exprimem os valores relativos ao direito constitucional à saúde. Tal proporcionalidade deve prevalecer até mesmo quando posta em tensão com o interesse público, pois, garante ao indivíduo, situação de igualdade social, quando o problema é emergencial, promovendo a efetivação administrativa em nome da vida, por meio do uso do bom senso.

Destarte o princípio de a proporcionalidade coibir limitações inadequadas a direitos subjetivos dos cidadãos e permitir o controle judicial da política pública justa, seu uso é mandatório quando da aplicação do direito.

Toda a normativa legal deve ser observada, contudo, deverá ser igualmente interpretada objetivando a efetivação do benefício social em caso de necessidade de amparo. A judicialização da saúde dos indivíduos, que se avulta na realidade atual, mesmo quando versam sobre casos singulares não foge do que se convencionou postular como de interesse público. Isto porque a urgência que se depreende de casos sanitários vitais para os envolvidos transpõe a célula individual e atinge a coletividade em seus valores maiores configurados em seus textos constitucionais, como o do Brasil, no qual o supremo interesse do Estado deve ser o de “garantir a vida”. Não o fazer seria retroceder aos valores há muito superados pelo Iluminismo, ferindo de morte uma sociedade democrática e pluralista.

A CRFB/1988 contempla em seu artigo 198, inciso II o atendimento integral, priorizando ações preventivas, sem o prejuízo dos outros serviços de assistência, ditando que não se pode subdividir os trabalhos ou dar prioridades, devendo todos ser atendidos, cumprindo o objetivo sanitário e garantindo o princípio da isonomia.

Tal constitui forte preservação social e individual, que valida legalmente e hermeneuticamente a aplicação do direito constitucional à saúde até mesmo em ações individuais, hodiernamente rotineiras em nosso país, sem desconsiderar o princípio da isonomia, forte nas palavras de Bonavides ao definir Estado Democrático de Direito:

Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de cor; raça, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BONAVIDES, 2008, p.112-113).

Tendo em mente que o Estado deve prover meios para a efetivação da saúde num cenário no qual as demandas superam em muito a capacidade resolutive, se faz necessário apreciar as características individuais dos casos que se assomam no Judiciário considerando o princípio da proporcionalidade como régua balizadora, pois se trata de princípio geral de direito, como afirma o eminente Ministro Mendes (2013), ou aplicando a integridade do direito. (FERNANDES, 2011, p.193-197).

Independentemente do método a ser utilizado, não devemos perder de vista os obstáculos e tortuosos caminhos que a efetivação do direito à saúde encontra, inicialmente na esfera administrativa (com os conflitos entre usuários e a administração sanitária), e posteriormente na esfera judicial, que apresenta um arcabouço processual (devido processo legal) e interpretativo (princípio da proporcionalidade, reserva do possível e mínimo existencial) tendentes à insensibilidade quanto a urgência das demandas, que quando sentenciadas ainda assim não se efetivam, mesmo com a previsão de multa diária determinada pela Justiça.

3.4 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Todo direito positivado pela ordem constitucional para ser protegido e efetivado acarretará em dispêndio econômico. No caso dos direitos sociais (aí incluído o direito à saúde) tal custo econômico fica mais evidenciado.

A cláusula da “reserva do possível”, que tem sua citação a partir da década de 1970 é criação do Tribunal Constitucional Alemão, e versa sobre a possibilidade material para a prestação positiva por parte do Estado dos direitos sociais, vez que tais prestações dependem dos recursos existentes e previstos (aqui reside ponto sensível à aplicação do direito à saúde por parte do Judiciário, que não detém legitimidade para determinar gastos públicos sem previsão legal no orçamento, matéria do Legislativo) nos cofres públicos.

Sensíveis à essa problemática alguns autores defenderam a ideia de que a implementação de medidas concretizadoras dos direitos sociais seria matéria afeita à discricionariedade das decisões do Poder Executivo e Legislativo, no plano das políticas

públicas destes e de acordo com as previsões orçamentárias. A partir do caso decidido pelo Tribunal Federal Alemão - *BverfGE* 33,303 (333) - houve uma reinterpretação dessa visão. Entendeu-se que o direito de acesso ao ensino superior não poderia ficar a cargo exclusivo das definições internas do Estado, sendo possibilidade individual exigir o cumprimento daquilo que seria razoável exigir-se do Estado, dentro dos limites do razoável. (FERNANDES, 2011, p. 469).

Para alguns autores (Sarlet, 2001 *apud* FERNANDES, 2011, p.469) a leitura da reserva do possível deve ser dividida em duas vertentes de conteúdo: uma na qual a reserva do possível é dotada de um conteúdo fático, e outra que é dotada de um conteúdo jurídico.

Na primeira vertente, a do conteúdo fático, a reserva do possível envolve a real e efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional. Para autores como Daniel Sarmento (2010), a reserva do possível deve ser posta em prática mediante um exercício hipotético de universalização. Denomina o autor que deve ser implementado uma espécie de teste da razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes. Portanto, se na análise fática do caso concreto, o tratamento, ou medicamento, puder ser fornecido para todos que estejam em situação similar, o ente federativo deve ser compelido judicialmente a fornecê-lo ao requerente. (SARMENTO *apud* FERNANDES, 2011, p.470). Fundamenta a necessidade do teste de universalização no princípio da isonomia, não abdicando da análise do caso concreto, por certo, pois não se poderia exigir do Estado que forneça algo para um indivíduo, que não seja possível de ser fornecido para todos que estejam em situação semelhante. A consciência da finitude dos recursos públicos deve ser apontada como grande patrimônio da teoria, segundo o referido autor, pois é fato que os recursos públicos são finitos e devem ser cuidadosamente administrados, sob pena de incorrerem em risco sistêmico. Entretanto, a universalização tem como grande óbice o fato de serem as patologias e enfermidades tratadas com medicamentos e procedimentos de alto custo (que constituem o fulcro da problemática) minoria quando se trata de saúde pública e números populacionais totais. Ou seja, nem todos apresentam patologias que necessitam de medicamentos caros, ou de cirurgias especialmente complexas e de alto custo, mesmo entre aqueles que apresentam patologias idênticas, porém com respostas melhores ante tratamentos comuns. Somente uma parcela dos enfermos necessita de tratamento diferenciado, o que não onera o Estado (gênero) de forma a inviabilizar o funcionamento do SUS. Como exemplo podemos nos referir à grande população de pacientes diabéticos que se beneficiam dos medicamentos fornecidos pelo SUS, e que não são objeto de ações judiciais, enquanto uma parcela de pacientes do mesmo grupo epidemiológico necessita

de medicamentos (notadamente insulina de alta performance) que o SUS não fornece por serem de alto custo, sendo obrigados a efetivar seu direito (no caso à vida) através do Poder Judiciário.

Já no segundo prisma (o jurídico), a reserva do possível diz respeito à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos gastos. Esta última vertente, *prima facie*, explora o direito formal para a execução de despesas financeiras, implicando em intrincada questão de separação de poderes. (SARMENTO, 2010 *apud* FERNANDES, 2011, p.469). Fundamenta-se o argumento da reserva do possível, sob este prisma, na estrita observância do princípio da legalidade da despesa. O Estado não teria a necessária previsão orçamentária para realizar tais despesas sanitárias, já que as mesmas não foram aprovadas pelos respectivos Projetos de Lei Orçamentária (PLO). Em outros termos, a referida contra argumentação estaria colocada para respeitar a prerrogativa constitucional que os legisladores têm de decidir quais seriam as prioridades relevantes na dotação orçamentária. A conclusão lógica a que se chega nesta linha de argumentação é que a atuação do Judiciário nesses casos seria justificada somente em momentos excepcionais, no sentido da concretização dos direitos sociais.

Debruçando-se sobre o mesmo tema, Robert Alexy (1997), defende a liberdade que deve ser natural ao legislador democrático na seleção das áreas a serem privilegiadas na Lei Orçamentária, porém ressalta que o Poder Legislativo deve ser coerente em suas posições. Por fim, o jurista de Kiel, reconhece que ao Legislativo deve ser respeitado certo espaço de ação, entretanto, o Tribunal Constitucional Federal alemão detém a prerrogativa de controle das escolhas feitas pelo Legislativo no que tange ao modo mais eficaz de proteção da vida humana. (FERNANDES, 2011, p. 471). Para tal propõe a utilização instrumental da proporcionalidade como critério avaliativo. Neste tópico, importante a decisão do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF-MC nº 45/DF. Em decisão monocrática o ministro entendeu inicialmente pela possibilidade de controle judicial das políticas públicas como medida necessária para a garantia de efetividade dos direitos sociais, em razão da omissão dos demais Poderes Constituídos. Na ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL AS ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (BRASIL, 2004).

Pela ementa supratranscrita percebe-se que o administrador das políticas públicas, no caso dos serviços de saúde em nosso ordenamento jurídico, não age com plena discricionariedade tendo em mente a existência de possibilidade de configuração de abusividade governamental. Nesta senda, o Judiciário ao impor a satisfação do direito à saúde em casos concretos, mesmo que seja em número significativo de hipóteses, está exercendo somente o controle judicial dos atos e omissões administrativas, dada a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF. É digno de nota ainda a hipótese da realização da chamada “diferença de classe”, que permite que o usuário do SUS pague uma diferença de valores e tenha uma prestação de serviços num padrão de qualidade diferenciado quando comparado ao padrão oferecido usualmente pelo SUS em sua rede pública de saúde. Assim decidiu o STF no RE 51.6671/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 6-4-2010. (MENDES, 2013, p. 634-636).

Percebe-se que mesmo em situações complementares, como a descrita à título informativo logo acima, o Poder Judiciário está agindo dentro das balizas constitucionais de controle judicial dos atos e omissões administrativas, mesmo que tal controle implique em despesas orçamentárias não previstas na forma da lei. Aventa-se, no ponto, que o que ocorre no debate social da intervenção do Judiciário na saúde não está ligado à possível interferência de um Poder Constituído na esfera de ação de outro Poder Constituído, como destaca o Mendes (2013), e sim umbilicalmente ligado à questão mais pragmática: as consequências orçamentárias que as decisões de mérito do Poder Judiciário têm na administração dos entes federativos. Estudo realizado no Estado de São Paulo constatou que 77% dos remédios solicitados em um determinado período não integravam os programas de assistência farmacêutica do SUS. (BARATA &CHIEFFI, 2009 *apud* MENDES, 2013, p. 631). Por certo que os medicamentos pretendidos e não fornecidos pelo SUS eram de alto custo econômico. Entretanto, o levantamento ainda tornou claro questão ainda mais perturbadora: em 74% dos casos analisados os dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares leva à conclusão de que as pessoas que procuraram o acesso a esses medicamentos via ações judiciais possuíam elevadas condições socioeconômicas, o resulta em verdadeira assimetria sistemática. Tal quadro, se confirmado

em estudos mais amplos e por períodos maiores, indica uma grande contradição ao projeto constitucional, quando da implementação de um sistema de assistência à saúde universal.

Para corroborar o quadro de tensão financeira que as decisões de mérito do Judiciário impõem aos entes federativos responsáveis pela administração do SUS, importa levar em conta estudo desenvolvido pela Universidade de Princeton, pelo professor João Biehl (2011), que indicou que alguns medicamentos no Brasil custam duas vezes mais caro do que na Suécia, chegando a ser treze vezes mais elevados que o índice mundial de preços. (BIEHL, 2011, *apud* MENDES, 2013, p.631). Tais custos a serem cobertos pelos entes federativos, num quadro de não cooperação entre as diversas esferas estatais (União, Estados e Distrito Federal e Municípios) e ainda sem a previsão orçamentária são geradores de conflitos e tensões que se desenvolvem num plano individual através de milhares de ações no Judiciário, em detrimento de ações coletivas que poderiam desenvolver diálogo mais amplo e completo com efeitos *erga omnes* mais satisfatórios para o sistema como um todo.

Contudo, acertadamente, o Poder Judiciário reconhece que: a) tendo em vista a relação difícil entre as diferentes esferas governamentais as ações em saúde se respaldam numa tríplice responsabilidade, ou solidariedade cooperativa entre a União, os Estados e os Municípios- conforme as decisões RE 195.192-3/RS e RE- AGR. 255.627-1 (este último versando sobre tratamentos de alto custo para o Município); e b) tal relação conflituosa não se projeta na relação existente entre o usuário e o Estado (gênero).

Portanto, o princípio da reserva do possível tem sido utilizado instrumentalmente como forma de aplicação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, no entanto, no âmbito de milhares de ações individuais como forma de concretizar direito subjetivo, algo que será analisado criticamente a seguir.

4 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO

É indiscutível que o direito à saúde se relaciona indelevelmente com o direito à vida. Embora a CRFB/1988 preveja textualmente o direito à vida, artigo 5º, *caput*, sem fazer menção à saúde especificamente, é impossível conceber a vida sem saúde. Trata-se de pilar fundante da sociedade brasileira. Entretanto, muito se discute sobre a prestação positiva por parte do Estado ao referido direito à saúde. Alguns alegam questões de colisão de direitos fundamentais como fatores impeditivos para a prestação irrestrita, devendo ser sopesado instrumentalmente o princípio da proporcionalidade nas decisões judiciais quando da análise de casos concretos envolvendo o tema. Por vezes é colocado como embaraço à busca da efetivação do direito à saúde, o fato de uma possível intervenção indevida no orçamento dos entes federativos por parte do Poder Judiciário quando este determina a realização de gastos não previstos nos orçamentos dos Municípios, Estados e da União. Estaria o Judiciário a criar despesas sem a devida previsão legal. Outro argumento trazido à baila por aqueles que defendem os entes federativos nestas questões, é a impossibilidade de dispensar o mesmo tratamento a todos que se encontram em igual situação do requerente, o que inviabilizaria o SUS. Fala-se em reserva do possível nesses casos.

Independentemente dos argumentos analisados nas inúmeras ações que tramitam no Judiciário brasileiro, fato é que a narrativa em construção está inserida num diálogo maior que a sociedade deve travar com os atores envolvidos na temática da saúde. E tal diálogo foi inaugurado pela CRFB/1988 com a autoridade típica que emana do documento.

4.1 INTERVEÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O debate sobre a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na efetividade do direito à saúde foi possivelmente pacificado com a já mencionada decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF-MC 45/DF. Entretanto, questão mais profunda se impôs: como deve se dar a intervenção do Poder Judiciário na efetividade do direito à saúde.

Importante iniciativa foi a realização de audiência pública convocada pela Presidência do Supremo Tribunal Federal entre os dias 27-29 de abril e 4-7 de maio de 2009, para tratar da temática da saúde. As audiências públicas podem ser citadas como um exemplo da intenção da Suprema Corte em fazer com que a revisão judicial seja posta em prática empreendendo diálogo com outras instituições democráticas, sendo convocadas para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinadas matérias, quando o relator do processo entender necessário o esclarecimento de questões de fato, com repercussão

geral ou de interesse público relevante, estando prevista no Regimento Interno do STF, em seu artigo 21, XVII. (MENDES, 2013, p.636).

Importante lembrar que nenhum dos membros do Poder Judiciário exerce cargo mediante eleição popular, tampouco os ministros do STF. Portanto, numa democracia saudável e em funcionamento, uma das principais fontes de legitimidade democrática que a Suprema Corte possui vem da força de seus argumentos. Para tal, ouvir os relevantes atores sociais dos mais diversos matizes sobre determinado tema que esteja sendo discutido se constitui talvez numa das mais importantes funções do STF, especialmente em casos relacionados à efetivação dos direitos socioeconômicos. Tal possibilita ao Pretório Excelso absorver grande quantidade de informação técnica relevante e informar-se a respeito das reais possibilidades de a Administração Pública atender as demandas pela efetivação de tais direitos fundamentais. (MENDES, 2013, p.636).

Por certo que a judicialização do direito à saúde ganhou relevo envolvendo não somente os operadores do Direito, mas os gestores públicos, profissionais da área da saúde e sociedade civil. Nesse contexto após a conclusão da referida audiência pública, restou clara a necessidade de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque não se trata de omissão legislativa a impelir o Poder Judiciário a se debruçar sobre os casos em que o Poder Público não dispõe de legislação a direcionar as políticas públicas sanitárias. Mas sim, o cumprimento inadequado das políticas existentes. (MENDES, 2011, p.637).

Segundo Mendes (2011), o quadro revelado na audiência foi o de uma crescente transferência, aos Municípios, das obrigações atribuídas anteriormente aos Estados e à União, o que denota a imperiosa necessidade de reavaliação do problema, sob o prisma institucional.

Como exemplo citado na audiência, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro indicou que recebe em média 40 novas ações de medicamentos diariamente. Apenas no cumprimento de decisões judiciais, o Estado fluminense dispendeu R\$ 29 milhões de reais no ano de 2008. Deste total, R\$ 15 milhões foram empregados na aquisição de dois medicamentos, beneficiando 333 pessoas. (MENDES, 2011, p. 638).

Como consequência da referida audiência pública, houve a criação pelo Conselho Nacional de Justiça do Fórum Nacional do Judiciário para a Assistência à Saúde, pela Resolução n. 107 (2010), com o objetivo de facilitar a discussão de temas relacionados à problemática discutida. Na mesma seara, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a recomendação n. 31 (2010) que indica aos tribunais a necessidade da adoção de medidas que amparem de maneira mais sólida os magistrados nas suas decisões sobre casos envolvendo a

saúde, para que se alcance maior eficiência, como por exemplo o apoio técnico de médicos e farmacêuticos nas decisões proferidas pelo seu corpo de magistrados. Ainda como consequência da audiência, houve por parte do Ministro da Saúde, na época, a apresentação do trabalho realizado pelo CIRADS (Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde). O citado Comitê tem por escopo a solução administrativa de demandas envolvendo o cidadão e o SUS. Questão corriqueira é o fornecimento de medicamentos por via judicial. No entanto, um medicamento para ser fornecido pelo SUS deve estar registrado na ANVISA- Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

De acordo com o Decreto n. 3.961/01, tal registro é ato privativo do órgão ou entidade competente do Ministério da Saúde, após avaliação e despacho concessivo de seu dirigente, que comprova o direito de fabricação e importação de produto submetido ao regime da Lei n. 6.360, de 1976, com a indicação do nome, do fabricante, da procedência, da finalidade e dos outros elementos que o caracterizem. A solução de demandas pela via administrativa, sem dúvida é iniciativa promissora que tem como grandes vantagens a rapidez, eficiência e o descongestionamento do Judiciário, sempre assoberbado pelo grande volume de demandas judiciais.

À título de ilustração, em junho de 2014 o Conselho Nacional de Justiça disponibilizou dados extraídos do seu sistema de acompanhamento da Resolução n. 107 sobre o número total de ações envolvendo a saúde, em tribunais federais e nos diversos tribunais estaduais. Nos tribunais federais o número final foi o de 62.291 ações, e nos tribunais estaduais o número foi de 330.630 ações judiciais, segundo o relatório. Nota-se, após uma simples análise superficial dos números apresentados, que os maiores demandados são os Estados Federados.

Em recente pesquisa da FAPESP- Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo- publicada por Pierro (2017), constatou-se que apenas em 2015 o governo paulista gastou R\$ 1,2 bilhão em medicamentos e insumos para 57 mil pacientes que recorreram aos tribunais. Segundo um programa de computador chamado S-Codes, criado em 2010 pela Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS (CODES), 60% das decisões judiciais resultam de prescrições de médicos do sistema privado de saúde, que desconhecem a legislação sanitária e a lista de medicamentos do Ministério da Saúde. Segundo a pesquisa, nos últimos sete anos o Ministério da Saúde desembolsou R\$ 4,5 bilhões na compra de medicamentos, equipamentos, suplementos alimentares e na cobertura de cirurgias e internações a partir de decisões judiciais. A maior parte das ações em âmbito federal se origina de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. O

governo federal calcula que se forem incluídos os gastos municipais e estaduais com a compra de medicamentos por decisão judicial, os gastos se assomarão à casa dos R\$ 7 bilhões. Ilustrativamente, o estudo ainda relata que o Ministério da Saúde gastou R\$ 654,9 milhões na compra de apenas 10 medicamentos para atender 1.213 pessoas. (PIERRO, 2017).

A preocupação com os impactos orçamentários especialmente nos Municípios de pequeno porte é justificável. Entretanto, iniciativas como as que foram implementadas pelos Municípios da macrorregião de Lages em Santa Catarina, demonstram um caminho a ser seguido no sentido de cooperação interinstitucional.

Em 1997, 25 municípios da referida região catarinense uniram-se para encontrar soluções mais dialogadas na administração dos recursos públicos sanitários, frequentemente afetados pelas demandas judiciais. Por meio de um consórcio intermunicipal foi criado um padrão comum de atuação com o propósito de evitar a sobreposição de pedidos, racionalizando investimentos e gastos. Em 2012, o consórcio lançou o Núcleo de Conciliação de Medicamentos para atender pedidos de medicamentos que ainda não haviam ingressado na via judicial. Em espaço cedido pelo Município de Lages, uma equipe multidisciplinar dialoga com os pacientes que mostraram intenção de tentar a via judicial para conseguir o medicamento, no sentido de propor ao médico prescritor da receita medicamentosa em questão a substituição do medicamento prescrito por similar genérico fornecido pelo SUS. Tal iniciativa de integração entre órgãos da saúde, pacientes, Defensoria Pública, advocacia pública e Ministério Público levou a uma redução no número de conflitos judiciais. (PIERRO, 2017).

O que impende notar, é que o sistema judicial notoriamente está sobrecarregado com as demandas de medicamentos já disponibilizados pelo SUS e igualmente com pedidos como o de fraldas descartáveis, ou os que extrapolam o tratamento médico como lenços umedecidos, filtro solar e água de coco, que os médicos consideram relevantes para os seus pacientes. A pesquisa não descarta a possível influência da Indústria farmacêutica como um dos pressupostos da judicialização. Em pesquisa publicada no *Jama Internal Medicine* por Susannah Rose e constante da pesquisa de Bruno de Pierro, afirmou-se que nos Estados Unidos cerca dos 300 grupos de defesa de pacientes, 67% receberam dinheiro da indústria farmacêutica no ano de 2016. (PIERRO, 2017).

Entretanto, situação mais delicada se dá quando nos deparamos com casos de doenças raras que necessitam de tratamentos ou medicamentos igualmente raros e caros. Para tais pacientes a via judicial é a única forma de se obter o medicamento. Um exemplo são os portadores de hemoglobinúria paroxística noturna, tipo raro de anemia genética que causa

doença renal crônica, resultando em hipertensão pulmonar, entre outros sintomas. O medicamento indicado na terapêutica é o eculizumabe, nome comercial Soliris, ainda sem registro na ANVISA. Em 2016, o MS gastou na aquisição deste medicamento o total de R\$ 391,8 milhões no atendimento de 336 pacientes. (PIERRO, 2017).

Um dos grandes problemas ao nos depararmos com situações como as que foram acima descritas é analisarmos os números apresentados sob o prisma filosófico hermenêutico do utilitarismo, realizando uma aritmética simplista entre o que foi gasto e a quantidade de pessoas atingidas pelo benefício. Tal viés interpretativo ignora por completo e de plano a natureza complexa do que significa um indivíduo para todo o tecido social, sendo a sociedade maior do que a soma de suas partes individuais, a ausência de apenas um indivíduo causa repercussões amplas em todos que compõe determinada comunidade. Como se não bastasse, mesmo sob tal viés interpretativo, os defensores de tal aritmética simplista descartam os impactos econômicos que um indivíduo doente e não produtivo tem sobre o país.

Além disso, o Brasil como país fez uma escolha vitrificada em sua Carta Magna que o vincula a prover acesso universal ao cidadão nos moldes do artigo 196 da CRFB/88.

Consciente da dimensão da problemática vivida pela sociedade brasileira, o STF exarou decisão possivelmente paradigmática no que tange à solução judicial dos casos concretos que envolvem a saúde.

No dia 17 de março de 2010, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou agravo regimental interposto pela União contra decisão da Presidência do Tribunal, a qual indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada, a STA nº 175. Manteve-se, portanto, a antecipação de tutela recursal deferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinava à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), não registrado na ANVISA, em favor de paciente portadora de doença rara, Niemann-Pick Tipo C, com custo mensal estimado em R\$ 52.000,00 à época.

A União alegou que o pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes, as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas. No caso, seguindo a argumentação da União, caracterizada estava a interferência indevida do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Ainda sustentaram a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, a ilegitimidade passiva da União e a ofensa ao sistema de repartição de competências, perante a ausência de previsão normativa. A União sustentou a tese de que somente seria legitimado a ocupar o polo passivo da ação o ente federativo responsável pela

dispensação do medicamento pleiteado, e que causaria grave lesão às finanças e à saúde pública, por conseguinte, a determinação de desembolso de quantia considerável para a aquisição de medicamento de alto custo pela União, pois isso implicaria em deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.

Na decisão o STF valeu-se da experiência adquirida na audiência pública, acima citada, e fixou critérios claros.

O primeiro fator a ser considerado é se existe, ou não, política estatal que cubra a prestação à saúde pleiteada pela parte. Tal se justifica, pois, ao determinar uma prestação de saúde que já está incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Poder Judiciário não estará criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Cumprida esta primeira etapa, resta o segundo ponto, que abrangeria as prestações pleiteadas que não estão entre as políticas do SUS. Nesta hipótese, segundo o entendimento do STF, necessário é constatar a presença de três possíveis hipóteses que motivam a falta na prestação de saúde: a) a ocorrência de omissão legislativa ou administrativa; b) a decisão administrativa de não a fornecer; c) a vedação legal ou expressa à sua dispensação. Na hipótese é necessário verificar se a medicação possui registro na ANVISA. Isto porque, via de regra, à Administração é vedado o fornecimento de fármacos não registrados na agência reguladora. Algo que somente acontece em casos excepcionais, onde a importação ocorrerá justificadamente.

O segundo ponto a ser considerado é a razão para a negativa de fornecimento de determinada ação pelo SUS. Há casos em que a ação é ajuizada com o objetivo de garantir o cumprimento de ação sanitária não embasada em evidências científicas. Nesses casos a Administração não entende ser plausível o pedido, por isso nega a prestação. Aqui há dois vértices a serem considerados: o primeiro diz respeito a tratamento fornecido pelo SUS, mas ineficaz para o paciente, consideradas as suas peculiaridades. À luz do que diz o mandamento constitucional em seu artigo 196, a obrigação estatal se restringe ao fornecimento de políticas públicas- por ele formuladas- que promovam, protejam, e recuperem a saúde. Tal ocorre porque o SUS se filiou à corrente científica mundial da “Medicina baseada em evidências”. Isto implica na adoção de diretrizes terapêuticas e protocolos clínicos pré-determinados para a implementação de políticas públicas de atenção aos agravos sanitários.

Portanto, um medicamento ou tratamento em discordância com o protocolo deve ser visto com cautela, pois *a priori* contraria consenso científico sobre o assunto. Matéria

necessariamente afeita à dilação probatória em caso judicial, onde serão examinados os pormenores do caso ouvidos especialistas para melhor instrução (casos em que ações coletivas se mostram mais eficazes para dirimir dúvidas e orientar a melhor prestação jurisdicional).

A segunda questão a ser considerada quando o SUS não fornece prestação motivado pela ausência de evidências científicas, ocorre quando o sistema não dispõe de qualquer tratamento específico para a patologia em questão. Há de se considerar o pedido versar sobre tratamento experimental, ou apenas novos tratamentos ainda não postos em prática no território nacional.

Tratamentos experimentais regem-se por princípios que não são terapêuticos necessariamente. Ou seja, tais tratamentos não se destinam a melhora do paciente ou de sua condição, mas apenas a provar ou refutar hipótese científica relacionada indiretamente com a patologia apresentada pelo paciente. Para ilustração, é cediço em pesquisas científicas sérias a composição de um grupo de pacientes denominado de “grupo controle”. Para tais pacientes (sorteados em sistema duplo cego pelos pesquisadores) não será fornecida a droga experimental, mas sim droga placebo, sem quaisquer efeitos corpóreos. O voluntário jamais saberá se está recebendo realmente a droga em questão ou não, pois o objetivo do estudo não é lhe fornecer o medicamento, e sim comparar cientificamente quem o recebeu com quem não o recebeu. Em realidade, tais procedimentos nem deveriam ser chamados de tratamentos experimentais, pois não há qualquer tratamento sendo executado para estes pacientes voluntários.

Mesmo assim, no caso de uma decisão judicial que obrigue o SUS a fornecer a droga (ainda em testes) ao paciente, estaria o Judiciário a cometer constrangimento à Administração que se veria compelida a fornecer droga ou terapêutica que ainda não passou pelo crivo de estudos clínicos para pacientes realmente doentes. Isto importaria dificuldades éticas aos profissionais envolvidos, pois os mesmos não estão inseridos num estudo clínico randomizado coordenado por instituição acadêmica devidamente registrada, mas sim fornecendo terapêutica incerta para pacientes desesperados em busca de uma chance, improvável por vezes, de cura.

No que tange aos novos tratamentos reconhecidos, mas que ainda não foram postos em prática no Brasil, alguns recomendam cuidado redobrado na análise da matéria. (MENDES, 2013, p. 642). É notória a velocidade com que o conhecimento na área médica evolui, sendo em muitas ocasiões, acompanhado com maior agilidade pelos serviços sanitários privados. Em tais casos, a elaboração de protocolos e diretrizes terapêuticas pelo

SUS consome demasiado tempo, não sendo compatível com a existência de um Estado Democrático de Direito a violação ao princípio de integralidade do sistema ao diferenciar o acesso a tratamentos mais avançados e modernos pela condição social e econômica. Ou seja, pacientes que possuem condição financeira mais robusta podem ter acesso aos tratamentos mais modernos e eficazes disponíveis na rede privada de assistência sanitária, enquanto aqueles que não dispõem de recursos suficientes ter acesso às terapêuticas defasadas disponibilizadas pelo SUS, pois o mesmo ainda não incorporou a evolução científica ao seu arsenal terapêutico. Em tais situações, defende Mendes (2013), a impugnação judicial (individual ou coletiva) seria a medida mais equânime a ser tomada para mitigar a omissão administrativa.

Independentemente do caso, imperioso é que haja completa e rigorosa instrução processual, com ampla produção de provas, para melhor instrução. Tal, em tese, obstaria a concessão de medidas cautelares desarrazoadas, e inibiria a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças que frequentemente não exploram e expõem as especificidades do caso concreto. O julgador inserido em tal cenário (corriqueiro, diga-se) fica impedido de conciliar apropriadamente as dimensões subjetiva (individual e coletiva) e objetiva do direito à saúde.

4.2 DIREITO À SAÚDE E MEIOS PROCESSUAIS PARA SUA EFETIVIDADE

Os meios processuais legalmente previstos para assegurar a efetividade do direito à saúde a serem manejados pelos recorrentes da justiça são diversos. Frequentemente são utilizados a ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7. 347/85; as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar e o mandado de segurança.

A ação civil pública, tem se mostrado instrumento relevante de defesa do interesse geral, sendo prevista no artigo 129, III, da CRFB/88. É destinada à tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos relativos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, da ordem econômica e da economia popular, dentre outros. (MENDES, 2013, p.435). Trata-se de instrumento de tutela coletiva de direitos pressupondo, portanto, a representação de um grupo de pessoas que pode ser indeterminado, determinado ou determinável. Tem legitimidade para a propositura dessa ação o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas e sociedades de economia mista, a associação constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, que inclua entre as suas

finalidades institucionais a proteção de interesses difusos ou coletivos, conforme o artigo 5º da Lei 7.347/85.

Via de regra as ações civis públicas propostas pelo *parquet* veiculam interesse de um único paciente, ou de um grupo determinado e restrito. Isto porque a ação civil tem se constituído em significativo instrumento de defesa de interesses difusos e coletivos, embora por definição, não voltados originalmente para a defesa de posições individuais ou singulares, tem se constituído também em importante instrumento de defesa dos direitos em geral, especialmente os do consumidor. Não se questiona da legitimidade do Ministério Público para representar em juízo um único paciente uma vez que o caput do art. 127 da Constituição Federal lhe atribuiu legitimidade para defender direitos individuais indisponíveis:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

No entanto, é questionável o adequado manejo da ação coletiva nesses casos. A ação civil pública, sendo instrumento de tutela coletiva, regula-se pelo microsistema normativo de processo coletivo brasileiro, composto, em especial, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7. 347/85) e pelo CDC- Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.090/90). Por possuir peculiaridades procedimentais alguns pensam ser a ação civil incompatível com a tutela individual, no entanto, o que ocorre é a impropriedade de sua aplicação de modo indistinto, sem critérios. Por outro lado, quando manejada com observância da proporcionalidade, observando o correto equilíbrio entre as regras e princípios do nosso ordenamento, a ação civil pública afigura-se como eficiente mecanismo de combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas, beneficiando segmentos sociais hipossuficientes e estimulando a atuação estatal. Diversos são os exemplos nesse sentido, como demonstra a ementa abaixo transcrita, extraída de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – Obrigação de fazer – Implantação por parte do Município e do Estado de programa de atendimento à criança e ao adolescente portador de “diabetes mellitus” e ao fornecimento de medicamentos e materiais necessários ao controle da doença – Carência da ação – Ilegitimidade passiva “ad causam” – Inocorrência – Competência administrativa concorrente da União, do Estado e do Município para cuidar da saúde pública – Inteligência dos artigos 23, II, e 198, I, da Constituição Federal e 4º e 9º da Lei n. 8.080/90 – Preliminar rejeitada. (Apelação n. 513.556-5/0 – Bauru – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Renato Nalini – 19.12.06 – V.U. – Voto n. 12.482). (SÃO PAULO, 2006).

Neste mesmo sentido, é a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Apelação Cível n. 2005.011067706-7APC, da qual foi relator o eminente Desembargador Flavio Rostirola, conforme pode se ver da ementa a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA POSTULAR PEDIDO DE VAGA EM UTI EM HOSPITAL PARTICULAR. DEFESA DO DIREITO À VIDA, À DIGNIDADE HUMANA E À SAÚDE.

1. O interesse público respalda o ajuizamento do presente feito de obrigação de fazer pelo Ministério Público, haja vista este defender o direito à saúde, decorrente do direito à vida. Cuidasse de interesse individual homogêneo. Em outras palavras, o Órgão Ministerial, com assento no artigo 127 da Constituição Federal de 1988, busca o reconhecimento do direito de o cidadão ter sua saúde protegida e, em consequência, de preservar a sua vida. Essa a razão por que legítimo o Ministério Público no caso em tela. 2. Consoante os ditames da Carta Política de 1988, bem como dos preceitos da Lei Orgânica do Distrito Federal, compete ao DF garantir vaga em UTI – Unidade de Terapia Intensiva em hospital particular, caso essa inexistente na rede pública de saúde. Precedentes do STF, STJ e deste Tribunal. 3. Apelo provido, a fim de que EVANUCE PEREIRA DA SILVA FERNANDES seja internada em Unidade de Terapia Intensiva – UTI, em leito da rede privada hospitalar, indicando-se, para tanto, o Hospital UNIMED, nosocômio onde se encontra atualmente a paciente –, até que se prove o contrário (fls. 11/13) –, desde que não haja sido abertas vagas em Unidade de Terapia Intensiva – UTI, na rede pública hospitalar. (DISTRITO FEDERAL, 2005).

O mandado de segurança, por sua vez, está previsto no inc. LXIX do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe que:

[...] conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *'habeas-corpus'* ou *'habeas-data'*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (BRASIL, 1988).

As Leis n. 1.533/51 e 4.348/64 disciplinavam o processo de mandado de segurança. Entretanto, a Lei nº 12.016/2009 foi promulgada em 7 de agosto de 2009, disciplinando e conformando por completo o instituto. Segundo o Prof. Hely Lopes Meirelles o mandado de segurança pode ser definido como:

O meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (Meirelles, 2005, *apud* MENDES, 2013, p.424).

O mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil, cujo objetivo é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Para impetração do mandado de segurança é necessário que tenha havido violação ou grave ameaça a direito líquido e certo, como decorrência de ato ilegal ou abusivo

de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Acerca do direito líquido e certo ensina Mendes:

“Apesar de intensa discussão que se levantou em torno desse conceito, atualmente doutrina e jurisprudência já possuem posicionamento pacificado segundo o qual o direito líquido e certo deve ser entendido como o direito cuja existência pode ser demonstrada de forma documental”. (MENDES, 2013, p.424).

Assunto gerador de discussão foi a fixação de prazo de preclusão processual para a impetração de mandado de segurança pela Lei 12.016/09. Assim, a referida norma infraconstitucional estabelece que o direito de propor a ação extingue-se em cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Alguns doutrinadores entenderam que havia inconstitucionalidade flagrante por ausência de previsão constitucional expressa. Razão pela qual, o Supremo Tribunal Federal ter consolidado na Súmula 632 o entendimento sobre a constitucionalidade da limitação temporal questionada.

O direito à saúde como direito social, é entendido na ordem internacional como direito de 2ª geração, demandando uma atuação positiva e programática do Estado. Não obstante, está intimamente ligado ao direito à vida, que consubstancia norma de aplicabilidade imediata. Nesse contexto, vem se dispensando ao direito à assistência farmacêutica o caráter de direito líquido e certo ou de norma constitucional de aplicabilidade imediata. Ocorre que não é possível atribuir à prescrição médica o caráter absoluto que se vem dispensando ao direito a assistência medicamentosa. Isso porque a adequação e a lisura da prescrição, bem como sua observância às peculiaridades do caso concreto e à legislação pertinente, demandam vasta produção de prova. Além disso, a negativa de fornecimento de medicamento normalmente está amparada por atos infralegais ou pela legislação infraconstitucional. Exemplo disso é a negativa de fornecimento de medicamento a pacientes que não são atendidos pelo SUS, ou a recusa ao fornecimento de medicamentos que não possuem registro na ANVISA. Impende lembrar aqui o estabelecimento de parâmetros para a solução judicial de casos concretos que envolvem o direito à saúde, quando da decisão do Supremo Tribunal Federal na STA 175, já explorados anteriormente neste capítulo, no item 4.1. Não obstante, essa via é amplamente utilizada, sobretudo em virtude da celeridade do procedimento.

As ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar são ações comuns, disciplinadas pelo Código de Processo Civil, normalmente de rito ordinário. Considerando que na maioria dos casos o medicamento pleiteado judicialmente possui alto custo, raro que se veja uma ação tramitando pelo rito sumário. Não é difícil imaginar, entretanto, a tramitação de ação da espécie pelo rito sumário quando a pretensão deduzida diz

respeito aos denominados “insumos terapêuticos”. Como visto alhures, a legislação que prevê o fornecimento desses “insumos terapêuticos” contém cláusulas abertas, atribuindo ao intérprete o dever de identificar e estabelecer o conteúdo da prestação. Dentro desse contexto, são comuns as ações em que se pleiteia, por exemplo, fraldas. Considerando a natureza do objeto, não é de se estranhar que o valor da causa determine a tramitação pelo rito sumário.

A competência, seja qual for o mecanismo processual adotado, será da Justiça Estadual quando a ação for promovida em face da Fazenda Estadual e/ou da Fazenda Municipal, ou em face de ato de autoridade estadual e/ou municipal. Quando a União figurar no polo passivo, quer isoladamente, quer solidariamente aos demais entes, a competência para apreciar o feito será da Justiça Federal.

Quando se tratar de mandado de segurança, não se pode olvidar das regras de foro por prerrogativa de função. Nas comarcas onde há vara da fazenda pública a ação deve ser a ela dirigida; nas demais, a ação tramita perante vara cível comum.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico trouxe um referencial histórico com relação aos direitos fundamentais, com seus significados e implicações nos direitos sociais, como conceituação necessária para o desenvolvimento da compreensão do direito à saúde dentro de um contexto evolutivo e histórico. Colacionou a conceituação e garantia do direito à saúde desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, passando pelo que se deu em nosso país, com relação ao tema, durante os diversos momentos históricos nos quais nossas Constituições foram criadas. Analisou ainda a legislação infraconstitucional, assim como a doutrina e jurisprudência, o que garantem o direito à saúde como sendo direito fundamental a ser exercido pela população em todo o território nacional.

Buscou explorar a conceituação dos princípios jurídicos envolvidos com o direito à saúde, cotejando princípios como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, e princípios instrumentais como o da proporcionalidade e da reserva do possível, dentro de uma dialética que se desenvolve cotidianamente em nossos dias, com os argumentos e contra-argumentos utilizados na busca diária da solução dos vários problemas apresentados pela população brasileira na persecução de seu direito à saúde. Infere-se que no fulcro do debate está a falsa contraposição de uma lógica utilitarista e de princípios maiores como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. Falsa porque mesmo do ponto de vista meramente utilitarista a promoção e recuperação da saúde de vastas porções da população brasileira otimizaria a vida produtiva e econômica do país, o que traria impactos positivos à economia, derrubando a argumentação de que o Estado não deve dispendir vultosas quantias de recursos públicos na área pois isto colocaria em risco todo o sistema. Tal transforma o discurso de gastos em saúde para investimentos em saúde, pois os recursos investidos retornam na forma de geração de renda e empregos, com reflexos positivos para a coletividade.

O presente trabalho monográfico ainda esmiuçou a maneira como o Estado – figura genérica- resolve as principais demandas apresentadas pela população na busca de seu direito à saúde. Analisou como se dá a intervenção do Poder Judiciário nesta problemática social, e os meios processuais disponíveis aos jurisdicionados para efetivar suas demandas.

A questão da possibilidade da participação ativa do Poder Judiciário na solução das demandas a ele apresentadas foi tocada, sendo paradigmática a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF-MC 45/DF, o que pacificou a questão.

Neste momento do trabalho a pergunta inicialmente proposta foi satisfeita ao demonstrar que os principais meios processuais utilizados pela população brasileira na

persecução da efetividade de seu direito fundamental à saúde se traduzem nas Ações Cíveis Públicas e nos Mandados de Segurança (impetrados na maioria dos casos individualmente). As Ações Cíveis Públicas estão disciplinadas nos artigos 127 (direito individual indisponível) e 129 da CRFB/1988 e na Lei nº 7.347/1985. Normalmente desenvolvem-se no contexto da Lei nº 8.080/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Já o Mandado de Segurança está previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da CRFB/1988, e pela Lei nº 12.016/2009.

Com o desenvolvimento do trabalho monográfico restou perceptível que ambas as modalidades de ações se desenvolvem num contexto individual em detrimento das ações coletivas. As vantagens destas últimas residem no fato de poderem envolver um maior e mais representativo conjunto de atores sociais relevantes para as discussões sanitárias no âmbito judicial. Isto se traduz em decisões judiciais mais informadas, com efeitos *erga omnes* mais sólidos, permitindo a toda sociedade avançar com maior segurança no tema.

Vislumbra-se a necessidade de maior quantidade de estudos dos impactos econômicos das decisões judiciais nos Orçamentos Públicos dos entes federativos envolvidos na problemática da saúde no Brasil. E isto não se traduz somente em levantamento dos montantes dispendidos em medicamentos e ações terapêuticas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas igualmente no que os favorecidos pelas decisões judiciais puderam e podem contribuir economicamente à sociedade brasileira com seu retorno ao mercado de trabalho. Tal argumento passa ao largo nas discussões mais relevantes sobre a temática levantada no presente trabalho monográfico.

Entretanto, o que se coloca como de fundamental importância é o reconhecimento de que atualmente a saúde se traduz em direito fundamental indisponível, sendo amparada em princípios maiores do direito como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e o do direito à vida, que se incorporaram ao nosso patrimônio existencial, e que não podem ser atacados por argumentos de ordem utilitarista que reduzem o ser humano a cifras na letra fria de um orçamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. Doxa – Publicaciones periódicas, n. 5, 1988, 9. 145-146.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Cetro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Cetro de Estudios Constitucionales, 1997.

BATTOCCHIO, Renato. **A ineficácia do direito fundamental à saúde**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9624. Acesso em: 02, maio 2017.

BRASIL. **Constituição Política do Império de Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm >. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 17 de outubro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1533.htm >. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964.** Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4348.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966.** Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5021.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975.** Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Saúde e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6229.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Decreto nº 3.961, de 10 de outubro de 2001.** Delega competência ao Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para a prática do ato que menciona, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3966.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.** Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000.** Altera os artigos. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc31.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 107, de 04 de abril de 2010.** Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. **Portaria n. 399, de 22 de fevereiro de 2006.** Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Disponível em:<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424, Siegfried Ellwanger, Werner Cantalício João Becker, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 13 de setembro de 2003. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Advogado- Geral da União, Presidente da República, Partido da Social Democracia Brasileira- PSDB, Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho, Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de setembro de 2003. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 195.192-3/RS, Estado do Rio Grande do Sul, Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial em Agravo Regimental n° 255.627-1, Município de Fortaleza, Hamlet Alves Araújo, Eduardo Henrique Sergio Cordeiro, Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de março de 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091091&base=basePresidencia>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n° 175. TRF 5ª Região, Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CASTRO, Carem Barbosa de. **Teoria geral dos princípios**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12251>. Acesso em 13 de abr. 2017.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. – Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008, p.82.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de cumprimento da Resolução CNJ n. 107**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em 17 maio 2017.

CONTI, José Maurício. **Vinculações orçamentárias não são a panaceia dos problemas**. In: Consultor Jurídico, 08 de abril de 2014. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2014-abr-08/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-nao-sao-panaceia-problemas>>. Acesso em 14 jun. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n° 2008.064014-5. Relator: Des. Cesar Abreu. Chapecó, 12 de março de 2009. Disponível em:
<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAGxaAAIAAA07RAAB&qTodas=2008.0640145&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso em: 12 jun. 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 2005.011067706-7. Relator: Des. Flávio Rostirola. Brasília, 09 de junho de 2016. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/117739465/djdf-09-06-2016-pg-284> >. Acesso em: 29 maio. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça].

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo, Global Ed., 1986.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HIPPOCRATES. **The medical works of Hippocrates**; a new translation from the original greek made especially for English readers by the collaboration of John Chadwick and W. N. Mann. Springfield, III. Thomas, 1950. p. 90-111.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KREBS, Walter. In: VON MUNCH/KUNIG. **Grundgesetz-Kommentar**. München: C.H. Beck: [s.d.], v.1, art.19, II, n. 23 Verlag C.H. Beck München 2012. Disponível em: http://www.beck-shop.de/fachbuch/leseprobe/von-Muench-Grundgesetz-Kommentar-GG-9783406581625_Bd.2_0305201208360809_lp.pdf.

KOCH, R. **Die Aetiologie und die Bekämpfung der Tuberkulose**. Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1912.

LIBRARY OF CONGRESS. **Rough Draft of the Declaration of Independence**. Disponível em: < <https://www.loc.gov/exhibits/creating-the-united-states/interactives/declaration-of-independence/equal/index.html> >. Acesso em 28/04/2017.

_____. **Gettysburg address**. Disponível em: < <https://www.loc.gov/exhibits/gettysburg-address/> >. Acesso em 28/04/2017.

MACIEL, Álvaro dos Santos. **A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343 >. Acesso em abr. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 18ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da OMS**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

PARACELTUS. **On miner's sickness and other miner's diseases**. In: PARACELTUS. **Four teratists of Theophrastus von Hohenheim called PARACELTUS**. Baltimore, Johns Hopkins Press, 1941. p. 43-126.

PASTEUR, L. **Etudes sur la bière**. Paris, Gauthier-Villars, 1876.

PIERRO, Bruno de. **Demandas crescentes-** parcerias entre instituições de pesquisa e a esfera pública procuram entender a judicialização da saúde e propor estratégias para lidar com o fenômeno. In: Revista Pesquisa FAPESP, ed.252, fev. 2017. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2017/02/10/demandas-crescentes/>> Acesso em 17 de maio de 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 306

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; TIMM, Lucino Benetti. (Org). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 513.556-5/0. Relator: Renato Nalini, 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%A0Dvel+Mandado+de+Seguran%C3%A7a+Fornecimento+de+medicamento>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

SANTOS JÚNIOR, Paulo Iram Torão dos. **Direito à saúde: uma análise constitucional e a efetivação judicial diante da reserva do possível**. Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena como requisito parcial para obtenção do título Bacharel em Direito.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. cap.1, p.192.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Disponível em: Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em 13/04/2017.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América.** 2.a ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1977.