



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTONIO LINCOLN CARNEIRO DE OLIVEIRA

**A JUDICALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE OS ENTES FEDERADOS
E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

JUAZEIRO DO NORTE
2019

ANTONIO LINCOLN CARNEIRO DE OLIVEIRA

**A JUDICALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE OS ENTES FEDERADOS
E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Ítalo Roberto Tavares do Nascimento

JUAZEIRO DO NORTE
2019

ANTONIO LINCOLN CARNEIRO DE OLIVEIRA

**A JUDICALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE OS ENTES
FEDERADOS E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito do Centro
Universitário Dr. Leão Sampaio, como
requisito para a obtenção do grau de
bacharelado em Direito.

Orientador: Ítalo Roberto Tavares do
Nascimento

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Me. ÍTALO ROBERTO TAVARES DO NASCIMENTO
Orientador

Prof. Esp. RAWLYSON MACIEL MENDES
Examinador 1

Prof. Esp. RAIMUNDO CARLOS ALVES PEREIRA
Examinador 2

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido o dom da vida e que me abençoa a cada dia.

A minha família que sempre deu o suporte necessário para essa trajetória e que não mediram esforços para que esse sonho se torne realidade.

Aos meus amigos dentro e fora da Faculdade que sempre me incentivaram mesmo nas horas mais difíceis para a conclusão desse trabalho.

Aos funcionários e professores da Unileão – Centro Universitário que contribuíram para a minha formação acadêmica, em especial ao professor Ítalo Tavares, por aceitar a tarefa de orientação, pelo apoio e dedicação na realização desse trabalho.

RESUMO

Este estudo visa demonstrar a efetivação do direito à saúde através do fenômeno de sua judicialização. Inicialmente, imperioso abordar os direitos sociais, dentre os quais aqueles elencados no art. 6º da Constituição Federal da República, demonstrando a evolução em relação à saúde. Posteriormente, demonstrar que, no momento em que o Judiciário protege o direito à saúde através da sua função jurisdicional, invade a esfera administrativa, que, a rigor, é de competência dos Poderes Executivo ou Legislativo. Assim, necessária a análise dos princípios da separação de poderes, da previsão orçamentária e da reserva do possível. Por fim, o direito à saúde não tem sido materializado pelo Estado de modo pleno, razão pela qual a obtenção de tal desiderato depende da intervenção do Poder Judiciário, especialmente nas demandas relativas a medicamentos, ocasionando a denominada judicialização da saúde.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Judicialização. Saúde. Reserva do possível. Sistema único de saúde.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the effectiveness of the right to health through the phenomenon of its judicialization. Initially, it is imperative to address social rights, among which those listed in art. 6 of the Federal Constitution, showing the evolution in relation to health. Subsequently, to demonstrate that, at the moment when the judiciary protects the right to health through its jurisdictional function, it invades the administrative sphere, which, strictly speaking, falls within the competence of the Executive or Legislative Branch. Thus, it is necessary to analyze the principles of separation of powers, budget forecasting and reserve of the possible. Finally, the right to health has not been fully materialized by the State, which is why the achievement of such a goal depends on the intervention of the Judiciary, especially in the demands related to medicines, leading to the so-called judicialization of health.

Keywords: Fundamental rights. Judicialization. Health. Reservation of the possible. Health Unic System.

SUMÁRIO

| | página |
|----------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 08 |
| 2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 10 |
| 2. 1 Histórico dos direitos fundamentais..... | 11 |
| 2. 2 Direitos humanos e direitos fundamentais..... | 15 |
| 2. 3 Constituição, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana..... | 19 |
| 3 A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE | 22 |
| 3.1 Das competências constitucionais do direito à saúde..... | 24 |
| 3.2 Do sistema único de saúde..... | 25 |
| 3.3 As ferramentas de efetivação do direito à saúde..... | 29 |
| 4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE | 34 |
| 4.1 A atuação do judiciário na garantia do direito à saúde..... | 35 |
| 4.2 Consideração a respeito da aplicabilidade do princípio da reserva do possível..... | 39 |
| 4.3 A eficácia das decisões judiciais..... | 44 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 47 |
| REFERÊNCIAS | 48 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa expor as nuances da situação atual no que se refere à judicialização da saúde, tema de grandes debates e discussões atrelados as últimas décadas. Ressalta-se que a saúde é um direito, este garantido em lei, disposto na Constituição Federal de 1988, inserido assim dentro dos direitos sociais, como também considerados normas pragmáticas.

Assim, o objetivo principal está atrelado as questões de judicialização, uma vez que, esta temática é motivo de discussão não só na saúde em nível regional, mas de certa forma, em nível nacional. A inquietação sobre o tema estudado reforça a ideia de que se verificou um crescente movimento no que se refere o direito à saúde, embora, se tenha conhecimento de um número considerável, talvez preocupante, de ações desse nível.

Nessa visão, destaca-se o movimento massivo da busca pela efetivação desses direitos, os quais presentes da Constituição Federal e garantidos ao ser humano, no mais, a palavra “judicialização”, atina à procura pela população ao Judiciário, afim de que seja compelido através de ação judicial, seus direitos quando não atendidos conforme disposto na constituição. Diante do exposto, o presente trabalho destaca o papel do Judiciário como alternativa para àqueles que a única opção seja a judicialização para obtenção do tratamento ou medicamento negado pelo SUS, este sendo reflexo deficitário de um sistema ineficaz.

Desta forma observa-se que apesar de ser um direito garantido constitucionalmente ao cidadão, sendo intrinsecamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, para ter acesso efetivo ao direito à saúde, cada vez mais a população tem que buscar a prestação jurisdicional.

O presente estudo tem como modalidade a pesquisa bibliográfica, teórica e concentra-se suas afirmações através do método dedutivo, cuja abordagem centra-se no objeto de estudo no que se refere ao papel do judiciário na busca pelo direito constitucional à saúde. Assim, o objetivo principal está atrelado as questões de judicialização, uma vez que, esta temática é motivo de discussão não só na saúde em nível regional, mas de certa forma, em nível nacional.

Desse modo, o método dedutivo representa de certa forma um problema situacional e necessita de um posicionamento mais detalhado do estudo em questão, o que ressalta a importância da pesquisa realizada estabelecendo em si relações com o objeto em estudo.

Esse estudo faz um histórico dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras e como se deu a construção dos próprios direitos fundamentais no mundo, em um apanhado geral,

trata também da relação intrínseca entre direitos fundamentais e direitos humanos, tendo íntima relação também com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em pós passa-se ao estudo da competência constitucional de cada ente federado com fundamento na Constituição Federal de 1988. Logo discorre-se a respeito do Sistema Único de Saúde que preceitua o acesso universal à saúde. Apresenta-se também as ferramentas existentes para que o acesso à saúde seja efetivado, assim como também os desafios para essa efetivação.

Trata-se ainda a respeito das decisões judiciais que buscam a garantia do acesso, pela população, à saúde e a eficácia dessas decisões assim como também quais medidas o Judiciário adota em casos de descumprimento de decisões. Faz-se um estudo a respeito da recente tese emitida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da solidariedade dos entes federados no que concerne a obrigação em ações de saúde.

2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de abordar outras questões, cumpre ressaltar o desenvolvimento histórico do constitucionalismo no Brasil, que atravessou diversas fases, mas verifica-se que o direito à saúde sempre foi uma preocupação tendo em vista o atendimento mínimo a esse direito, conforme Albuquerque:

A primeira Constituição outorgada em 1824 que estabeleceu a saúde entre seus direitos sociais, porém, numa sociedade extremamente autoritária. Embora o direito à vida não tenha sido expresso, esta constituição aboliu as penas cruéis como a tortura. A Constituição Republicana de 1889 manteve o texto da constituição anterior sobre a saúde, ainda sem fazer referência ao direito a vida, porém, proibiu a pena de morte, de banimento judicial e de galés. A Constituição de 1932, fruto do movimento constitucionalista de 1932 avançou no que diz respeito ao direito a saúde e pela primeira vez fez menção ao direito a vida, estabelecendo um título inteiro e seu texto, condicionando os direitos a liberdade, igualdade, segurança, propriedade e subsistência. A Constituição de 1937 possui características fascistas, e o direito à vida foi comprometido com o estabelecimento da pena de morte para os crimes contra o Estado e homicídio praticado por motivo fútil ou de forma perversa. Na Constituição de 1946, o direito à vida foi expressamente mencionado entre os direitos individuais, e foi abolida a pena de morte na justiça comum. A Constituição de 1967 foi afetada pelo golpe militar de 1964, comprometendo os direitos individuais no geral, apesar de expressar o direito à vida e de serem acrescentados vários direitos sociais [...]. (ALBUQUERQUE, 1981, p. 212).

Apesar de todas as Constituições brasileiras mencionarem o termo saúde em seus textos, um grau de maior efetividade lhe foi atribuído na Constituição de 1988, conhecida como “constituição cidadã”, e posteriormente com a criação do Sistema Único de Saúde – SUS pela lei nº 8.080/1990, onde se percebe a preocupação com o acesso a saúde com equidade e universalidade.

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais (ORDACGY, 2007, texto digital).

Nota-se que tanto a Constituição Federal quanto a lei 8.080/90 denotam o direito do cidadão à saúde, sendo esse um direito fundamental e dever de prestação por parte do Estado. Essa garantia se deu não por acaso, mas através de lutas da sociedade civil, que hoje busca a efetivação desse direito.

2.1 Histórico dos direitos fundamentais

Partindo-se da concepção filosófica de Norberto Bobbio de que os direitos humanos são direitos históricos, que nascem e se justificam conforme as peculiaridades espaço-temporais em que são gestados, adota-se como premissa das considerações doravante desenvolvidas a tese das gerações, ou melhor, das dimensões dos direitos fundamentais a fim de fundamentar, além do entrelaçamento de sua positivação com as demandas de cada época, a noção de que tais direitos não são sucessivos, ao menos no sentido de superação, mas sim necessariamente complementares na medida em que podem e devem coexistir.

Seguindo essa classificação por objetivos didáticos, pode-se dizer que à primeira dimensão de direitos corresponde a afirmação da liberdade não apenas contra o Estado, mas também no Estado, ao tempo em que o homem livre (burguês) como sujeito de direito buscou conquistar prerrogativas civis e políticas mediante a atuação de um Estado marcadamente liberal.

Pela experiência do anterior Estado monárquico, absolutista e despótico, no Estado liberal burguês, surgido após a Revolução Francesa de 1789, concebia-se o Estado como inimigo, e, nessa extensão, as demandas de primeira dimensão buscavam a sua limitação por meio de intervenção mínima na sociedade e na economia. Pode-se inferir, então, que o ditame da igualdade, componente da tríade revolucionária (liberdade, igualdade e fraternidade), referia-se a uma igualdade meramente formal que, no Estado de Direito liberal, passou a ser expressa na formulação “todos são iguais perante a lei”.

Ora, como bem pontua Eros Roberto Grau, sendo a lei em si mesma uma abstração, enquanto a realidade acontece no mundo concreto, torna-se evidente a inconsistência do enunciado princípio da igualdade perante a lei.

Logo, em um Estado cujo paradigma era a não intervenção, notadamente na economia, e a igualdade, um enunciado meramente formal, a própria liberdade passa a ser restrita a certo segmento social em detrimento de uma esmagadora maioria desprovida de recursos financeiros suficientes para exercê-la plenamente.

Sob essa perspectiva, as reivindicações dos direitos de segunda dimensão – direitos de igualdade material – acabam por surgir precipuamente no período pós-revolução industrial, em grande parte resultante das demandas proletárias, nascidas como reação à crescente desigualdade social e econômica que ameaçavam, inclusive, a própria noção de liberdade em seu sentido mais amplo (liberdade substancial).

Na passagem dos direitos de liberdade, em que a atuação do Estado é preponderantemente negativa, de omissão, para os de igualdade material, exigindo não apenas condutas de abstenção, mas prestações efetivas, observa-se a mudança de paradigma pertinente aos limites éticos, jurídicos e políticos que legitimam o poder estatal diante das demandas da sociedade.

Contrapondo-se ao Estado liberal burguês, cuja maior formulação fora o reconhecimento do homem livre como sujeito abstrato de direitos, as demandas de segunda dimensão de direitos – direitos de igualdade material – somente se realizam com a atuação de um Estado Social.

Nesse sentido, tem-se como exemplo as constituições sociais do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, pioneiras na positivação dessas demandas.

Contudo, na conformação do Estado Social, ainda assentada na noção clássica de Montesquieu sobre a separação dos Poderes, relegava-se exclusivamente ao Poder Executivo a concretização dos direitos sociais por meio de escolhas marcadamente políticas (políticas públicas).

Tal circunstância, somada à realidade do capitalismo global e com ele uma onda neoliberal trazida pela “pós-modernidade”, em que as leis do mercado passam a demandar posturas abstencionistas por parte dos Estados, acaba por evidenciar uma terceira dimensão dos direitos fundamentais – os direitos de fraternidade – dentre os quais se destaca o direito à qualidade de vida, em um meio ambiente equilibrado e saudável, cada vez mais ameaçado pelo capitalismo mundial, legando, por consequência, ao Poder Judiciário e à jurisdição constitucional a missão de realização desses postulados, notadamente nos chamados países periféricos como o Brasil.

Poder-se-ia afirmar que, para a concretização dos direitos de primeira dimensão, o papel do legislativo no Estado liberal fora tão essencial quanto o do Executivo no Estado Social para os de segunda geração, passando-se agora para o momento seguinte, em que se afirmam os direitos de fraternidade no Estado Democrático em consonância com a atuação do Poder Judiciário.

Nas reflexões de Lenio Streck sobre o papel do Direito no Estado Democrático:

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das

principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.

Ressalte-se que, para o autor, o paradigma assumido pelo Estado Democrático de Direito importa em nova forma de atuação do Poder Judiciário na afirmação dos direitos fundamentais e na edificação da dignidade da pessoa humana, sobretudo em países como o Brasil, no qual o projeto de modernidade não chegou a se efetivar e o Estado Social não passou de simulacro. Com base nisso, Streck afirma que:

[...] a noção de Constituição que se pretende preservar nesta quadra da história é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se nos fins do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Quando, portanto – para estranheza e até surpresa de muitos constitucionalistas – continuo apostando em um “dirigismo” constitucional, não estou a falar de um conceito desvinculado da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional e tampouco pretendo um isolacionismo de cunho monádico-autárquico (ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico).

Na verdade, o que propugno é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição (hermeneuticamente, essa “disposição” nada mais é do que uma forma de “objetificação”). A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante

– o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois! Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo contencioso que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo.

Vale, portanto, a premissa inaugural de que os direitos fundamentais, sob a perspectiva do constitucionalismo fraternal, devem, necessariamente, voltar-se à afirmação do núcleo, da essência do Estado Democrático proposto constitucionalmente, cujas bases são definidas tanto no preâmbulo (“instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”), como no art. 3º da CRFB de 1988, a saber:

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

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁸

Nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito, o constitucionalismo fraternal pode ser assim resumido:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos *em um mesmo barco*, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que *ninguém é cópia fiel de ninguém*, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa.

Reconhecer na contemporaneidade um novo paradigma de Estado (Democrático de Direito), de Constituição (Dirigente) e de Sociedade (Fraterna) corresponde, pois, a um reposicionamento do papel do Judiciário na conquista e concretização dessa dimensão emergente de direitos fundamentais que ultrapassam os limites do individualismo (típicos nos de primeira dimensão) ou de certos grupos sociais (a exemplo dos de segunda dimensão) para abranger demandas dos seres humanos em geral, inclusive de forma prospectiva,

voltando-se às gerações vindouras.

Assim, partindo-se da concepção de fraternidade, passa-se à análise do direito fundamental à saúde, sem se olvidar, todavia, dos problemas decorrentes de sua efetividade à luz das dimensões anteriores, embora pretendendo encontrar sua amplitude fraternal e, com isso, seu equacionamento como um direito coletivo por excelência.

2.2 Direitos humanos e direitos fundamentais.

Partindo da concepção que se tem sobre direitos humanos, acredita-se que os mesmos são de natureza histórica, uma vez que, se justificam de acordo com suas peculiaridades, embora, obedeça ao espaço, como também ao tempo, além de se apresentar como premissas desenvolvidas a partir de várias gerações, estas, com a finalidade de fundamentar o entrelaçamento positivo com as demandas de cada época, no mais, acredita-se que, a noção de direitos fundamentais ou direitos humanos, não se apresentam como fatores sucessivos, mas, como algo que se completa, necessariamente entendido pela concepção filosófica apresentada por NORBERTO BOBBIO (1992, p. 77).

Partindo desse contexto, entende-se que a dimensão dos direitos humanos poderá corresponder a afirmação de liberdade, mas não contra o Estado. Desse modo, observa-se que a luta do homem trouxe para a sociedade a conquista prerrogativa civis e políticas, estas, que se apresentam a partir da atuação estatal, que de certa forma se apresenta de maneira mais liberal.

Entende-se que os direitos fundamentais perpassam toda uma dimensão, o que exige muito o reconhecimento do estado, cuja maior reformulação do reconhecimento do homem livre como sujeito abstrato, deve obedecer às demandas de segunda dimensão no que diz respeito aos seus direitos, no mais, não há outro entendimento, senão, o de que além de versar sobre o futuro da cidadania e o porvir da liberdade dos povos. Diante do que foi apresentado, pode-se ressaltar a finalidade dos direitos de primeira dimensão, onde o papel do legislativo tem por finalidade afirmar os direitos de fraternidade no Estado Democrático em consonância com a atuação do Poder Judiciário.

Já no início do século XX, com o avanço do liberalismo o mundo pode assistir um quadro bem desagradável, a deterioração do quadro social, este, colocando o próprio homem como escudo do novo estado, o estado social de direito, desse modo, este século vem marcado por uma série de acontecimentos, em especial, pode-se ressaltar a crise econômica, fato este

que ocorreu através de mudanças bruscas envolvendo de certo modo ações sociais e culturais.

Assim, o século XX, é o século no qual o direito público sofre fortes embates, onde se observa que a fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social, de modo que, a segunda dimensão dos direitos fundamentais faz relação ao estado, para que assim possa proporcionar condições mínimas de qualidade, onde se possa oferecer uma vida com mais dignidade.

Assim como assevera STRECK:

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o polo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais. (STRECK 2003, p. 266-267).

Destaca-se que para o Autor o paradigma do Estado Democrático de Direito impõe um novo comportamento do judiciário para afirmação de direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. Principalmente em países como o Brasil onde os direitos básicos ainda não são efetivados.

[...] a noção de Constituição que se pretende preservar nesta quadra da história é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se nos fins do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Quando, portanto – para estranheza e até surpresa de muitos constitucionalistas – continuo apostando em um “dirigismo” constitucional, não estou a falar de um conceito desvinculado da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional e tampouco pretendo um isolacionismo de cunho monódico-autárquico (ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico).

Na verdade, o que propugno é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição (hermeneuticamente, essa “disposição” nada mais é do que uma forma de “objetificação”). A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de

dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois! Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo contudístico que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo. (STRECK, 2003, p. 279).

Desse modo, e com base nas informações apresentadas, acredita-se que as bases definidas para o estado democrático e de direito tem como objetivo principal assegurar o exercício dos direitos individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, estes, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, assim apresentados no art. 3º da Constituição Federal de 1988 que versa sobre o seguinte:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - Garantir o desenvolvimento nacional;
 III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, se considerar válido todos os itens acima, com certeza a evolução história brasileira apresentaria melhor padrão em nível nacional, o que de certo modo, atenderia às demandas que exigem principalmente as reivindicações que contemplam o direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo.

Ademais, é essencial reconhecer o estado na sua contemporaneidade, e entender o seu paradigma como objeto democrático de direito, perante a Constituição diante de uma sociedade que não corresponde as questões que tratam de posição igualitária, pois, de modo geral os direitos fundamentais são classificados segundo critérios teológico, material e formal. Desse modo, pode-se definir os critérios acima citados da seguinte forma: o teológico se apresenta de maneira alicerçada, perseguido pelos direitos fundamentais atrelado ao sistema de positivo, já o critério material, tem como função, se fundamentar como objeto, conteúdo ou modalidades de exercícios e direitos fundamentais, em certo modo, ordenamento jurídico, o critério formal,

se caracteriza a partir dos direitos fundamentais, em especial, do titular atrelado a tutela, principalmente nas hipóteses de lesão ou ameaça de lesão.

No mais, o que trata a Constituição Federal de 1988 define-se o seguinte, conforme BARROSO:

Das origens até os dias de hoje, a ideia de Constituição – e do papel que deve desempenhar – percorreu um longo caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para um constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social. Em alguns países essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a consequente redução do campo reservado à deliberação política majoritária. (BARROSO 2012, p. 107/108).

De acordo com o autor, alguns países se apresentam como democráticos, mas com esse processo acontecido tardiamente, tais como, Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, apesar do acontecido há algum tempo ainda é possível sentir seu efeito profundamente.

Deste modo entende-se que a Constituição brasileira de 1988 consagra direitos sociais como fundamentais tal como está descrito em seu art. 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

A doutrina traz a interpretação do direito a saúde como direito fundamental da seguinte forma.

[...] deve ser interpretado considerando que a legalidade obriga a organização das ações e serviços públicos destinados a garantir o direito à saúde – em condições de igualdade para todo o povo – ao respeito das seguintes exigências: ‘descentralização atendimento integral e participação da comunidade (C.F., art. 198, I, II, III). As atividades de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para saúde, de participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos sanitários; de execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador; de ordenação da formação de política e da execução das ações de saneamento básico; de incremento do desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde; de fiscalização e inspeção de alimentos, bebidas e água para o consumo humano e de controle do teor nutricional dos alimentos; de participação no controle e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e de colaboração na proteção do meio ambiente – nele compreendido o do trabalho – ainda que não

exclusivamente - definem o conteúdo do conceito jurídico de saúde na Constituição (C.F. art. 200) (DALLARI, 1995, p. 31-32).

Deste modo a saúde deve ser um direito garantido ao cidadão e obrigação do Estado, que em acordo com CASTRO, LINO e VIEIRA (2008, p. 104) enfatizam que o legislador utilizou “a palavra ESTADO no intuito de englobar tanto os Estados membros, quanto à União e o Município, vez que ambos têm o dever promover o bem-estar social, garantindo educação, saúde e segurança a todos os cidadãos”. Assim destacamos o entendimento que a obrigação é solidária entre os entes federados na promoção da saúde ao cidadão. O que é inclusive precedente do Supremo Tribunal Federal – STF, nas palavras do Ministro Luiz Fux que tratou do tema em Agravo Regimental de Recurso extraordinário.

O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381/SC, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011, p. 116).

Assim compreende-se que a garantia do acesso ao direito social que também é fundamental a saúde é obrigação de todos os entes e estes podem ser instados judicialmente para promoverem tal garantia.

2.3 Constituição, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana

A constituição tem como papel principal centrar-se na separação dos poderes, tendo garantia os direitos fundamentais, em especial, os de defesa, estes conhecidos como civis e políticos, os quais se posicionam a favor das obrigações negativas por parte do estado. No mais,

o constitucionalismo brasileiro atrela-se a grande parte do continente europeu, sendo estes, formado por uma trajetória crescente e positiva, a qual, tem como exemplo os seguintes: Alemanha, Espanha, Portugal e a Itália, embora, possuem poder significativo na atuação do estado, um cenário que se insere no contexto de obrigações positivas, estas, devendo se apresentar diante da implementação das políticas públicas.

Desse modo, a positivação dos direitos humanos, também conhecidos como direitos fundamentais, desempenham papel de ordem social e democrática, este, apresentado segundo o pós-guerra e assim representando uma das melhores conquistas do constitucionalismo contemporâneo.

Assim BARROSO destaca:

Das origens até os dias de hoje, a ideia de Constituição e do papel que deve desempenhar percorreu um longo caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para um constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social. Em alguns países essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a conseqüente redução do campo reservado à deliberação política majoritária. (BARROSO 2012, p. 107-108).

De acordo com o autor, os países que possuem sua democracia tardia, em especial Portugal, Espanha, como também o Brasil o constitucionalismo liberal apresenta aspectos de organização, este, em favor do estado, de certo modo, protegendo um elenco limitado de direitos de liberdade. Assim, acredita-se que esses direitos estão totalmente ligados à promoção de igualdade, sendo possível acreditar que, constitucionalmente falando tudo isso deve ocorrer a partir de uma notável tarefa desempenhada pelo estado social e democrático.

Por esta razão, a Constituição Brasileira de 1988, pode ser definida como de fato ela é, escrita, democrática, rígida e analítica, no mais, pode-se destacar que, os elementos que os compõem, principalmente a rigidez constitucional tem prevalência de poder e constituinte, estes, atrelados ao constituído. Diante disso, entende-se que o constitucionalismo atual tende a superar a versão positivista presente na constituição brasileira, em especial, os de caráter marcadamente formalista diante de uma feição positivista.

Nesse contexto, tem-se em mente que, o constitucionalismo atual supera de certo modo a versão positivista da constituição brasileira de 1988, em especial, diferentemente da versão formalista e assumindo a substancialista, no mais, as mesmas não se limitam aos seus aspectos

formais, procedimentais de ordenação e limitação do Poder Estatal, a mesma requer que determinados fins expressem consensos mínimos, e assim, assegurar a todos a dignidade dentro de um regime democrático para a sociedade de modo geral.

Nesta visão, a Constituição brasileira ocupa hoje, sob o ponto de vista material o vértice do ordenamento jurídico, este não apenas como aspecto formal, mas sobre os efeitos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, uma vez pautado através das relações intersubjetivas na sociedade.

Assim, “Pode-se afirmar que, na contemporaneidade, assiste-se à constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, como expressão de uma proposta/promessa de sociedade democrática, justa e solidária” BOBBIO, 1992. Diante do exposto, percebe-se que o constitucionalismo foi positivado na Constituição Brasileira de 1988, assim como, alguns direitos sociais, principalmente os relativos a saúde e moradia, como também a educação e a saúde de qualidade para todos. Já que para o nobre autor os direitos fundamentais são também históricos.

Desta forma o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como princípio balizar do estado democrático de direito, objetivando nortear normas e demais princípios, acerca dessa discussão BARROSO 2009, p.19, assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana é ”centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificado como núcleo essencial de tais direitos”. Assim o princípio da dignidade da pessoa humana está colocado como primaz sobre os demais, como o da separação dos poderes, conforme DANIELLI:

Desse modo, conclui-se que a atuação do Judiciário voltada à afirmação da dignidade da pessoa humana jamais será exagerada ou descabida, muito menos vulneradora da separação dos Poderes. Igualmente, havendo o descumprimento de uma política pública estabelecida, como se percebe na hipótese de ações que reclamam medicamentos constantes nas listagens do SUS, sua intervenção mais que salutar é certamente devida. (DANIELLI 2016, p. 74).

Considera-se então o princípio da dignidade da pessoa humana como primaz e irradiador dos demais princípios fundamentais, desta forma está em um patamar acima dos demais direitos, como o da separação dos poderes e da reserva do possível.

3 A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

De acordo com a teoria de Alexy, a maioria dos direitos fundamentais sociais se expressa na forma de princípio e, por isso, demanda concretização na maior extensão possível, recebendo, segundo a concepção de Atienza e Manero, a denominação de princípio diretriz, porquanto trata de atingir determinado fim, por meio da adoção de certas medidas (prestações).

Aliás, a propósito da distinção entre princípios e regras, Atienza e Manero, criticando a proposição de Alexy, ressaltam:

Robert Alexy, desenvolvendo, pelos demais, algo que já estava presente em Dworkin, escreveu que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e de regras que operam em sentido contrário. De outro lado, as *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nesta medida, podem sempre ser somente cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então, é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos” (ALEXY, 1988, p. 143-144). A nosso juízo, é verdadeiro que os princípios possam ser cumpridos em diversos graus quando se referem às diretrizes ou às normas programáticas, mas não o é no caso dos princípios em sentido estrito.

Tal constatação parte do pressuposto de que, em se tratando de um princípio em sentido estrito, ou seja, aquele entendido como norma que expressa os valores superiores de um ordenamento, como, por exemplo, o princípio da igualdade quando eleito como precedente a outro colidente no caso concreto, cumpre-se integralmente não havendo possibilidade de cumprimento gradual.

A partir dessa realidade, vislumbra-se, segundo Atienza e Manero, a distinção entre os princípios em sentido estrito das diretrizes (ou princípios diretrizes), entendendo os direitos sociais, em sua grande maioria como sendo do último tipo, podendo, por óbvio, ser

cumprido na medida do possível (ou, na visão de Alexy, como mandamento de otimização).

Evidentemente que essa percepção pode estar intimamente ligada ao fato de que tais diretrizes encontram-se normatizados no Capítulo Terceiro da Constituição Espanhola de 1978, sob a denominação de “princípios reitores da política social e econômica”, motivo por que sua classificação como normas programáticas parece ser mais facilmente assimilável do que no Brasil, contexto em que os direitos sociais são definidos expressamente como fundamentais (e de eficácia imediata) na sequência dos direitos civis e políticos, mesmo que realizáveis por prestações positivas do Estado.

Segundo Clara Marquet Sardà, a positivação de direitos fundamentais na Constituição espanhola distribui-se em diferentes grupos, conforme sua localização sistemática (Título I – Direitos e deveres fundamentais; Cap. II – Direitos e liberdades; Cap. III – Princípios reitores da política social e econômica), sendo que há previsão de direitos sociais em todos os agrupamentos, variando, tão somente, as garantias que lhes são correlatas:

Finalmente, o Capítulo III do Título I CE contém a maior parte de conteúdos prestacionais. Apesar da rubrica do Capítulo, “Princípios reitores da política social e econômica”, alguns destes conteúdos se reconhecem expressamente como direitos, enquanto outros se estabelecem como mandatos aos poderes públicos. Entre os primeiros, acham-se o direito à proteção da saúde (artigo 43.1 CE), o direito de acesso à cultura (artigo 44.1 CE), o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado (artigo 45.1 CE), e o direito a desfrutar de uma moradia digna (artigo 47 CE). Entre os segundos, um amplo espectro de mandatos que vão desde a proteção a determinados grupos sociais, ao estabelecimento de diretrizes de política econômica e à garantia de determinadas instituições do Estado social. As garantias destes direitos diante do legislador deduzem-se, ao contrário, do artigo 53.1 CE, que não os inclui na obrigação de respeito ao conteúdo essencial nem na reserva de lei. Ademais, o artigo 53.3 CE estabelece expressamente que “o reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no Capítulo III informará a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos. Só poderão ser alegados ante a jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam.” Isso implica que, apesar de que vinculam aos poderes públicos em suas atividades, a eficácia subjetiva direta destes preceitos se acha condicionada a seu desenvolvimento legislativo, o que lhes atribui, com os matizes que se verão posteriormente, uma menor possibilidade de exigência judicial. Toda a análise dos direitos sociais na Constituição espanhola se acha impregnada por esta divisão entre os direitos do Capítulo II e os princípios reitores do Capítulo III.

Retomando, pois, a perspectiva defendida por Atienza e Manero, o direito à saúde, no caso brasileiro, poderia ser entendido como um “princípio diretriz” e, por esse motivo, diferentemente de um princípio em sentido estrito ou de uma regra, admitiria ser realizado

na maior extensão possível (sopesadas razões de ordem fática e jurídicas) por políticas públicas orientadas à sua concretização social.

Tal assertiva se ampara na “abertura” normativa dos dispositivos correlatos ao direito à saúde, destacadamente os arts. 6º e 196 da CRFB de 1988 que, na explicação de Atienza e Manero, caracterizam-se pela abstração no que pertine à conduta prescrita pela norma, uma vez que, como já asseverado, esta se traduz em assegurar meios idôneos para atingir o fim colimado, sem deixar claro, todavia, qual é a medida de satisfação da obrigação por ela imposta.

Por fim, entendendo-se o direito à saúde, na forma com que positivado na CRFB de 1988, como um princípio diretriz, pode-se afirmar que tal norma, assim como outras de mesma estrutura (como, por exemplo, o direito à educação ou à moradia), gera razões para ação de tipo instrumental ou estratégico, traduzindo-se por justificar toda a ação voltada à consecução de tal finalidade. Porém, tal razão não é excludente, porquanto podem existir razões em sentido contrário de maior força ou peso, incompatibilizando sua concreção.

De outro vértice, caso fosse atribuído ao direito à saúde o caráter de regra, uma vez observado o suporte fático, deveria invariavelmente incidir a consequência prevista. No entanto, como se disse, a textura aberta do princípio e sua natureza claramente diretiva impede que se visualize o que configura exatamente o seu malferimento e o que se delimita como consequência correlata.

Assim, diante das considerações tecidas, define-se o direito à saúde como princípio diretriz, nos termos trabalhados por Atienza e Manero, cujas posteriores imbricações serão oportunamente tratadas notadamente no capítulo seguinte, em que serão analisados os direitos subjetivos positivados na forma de direitos sociais e, mais especificamente, na forma de princípio diretriz.

Essa não é, todavia, a única dificuldade encontrada à concretização dos direitos fundamentais sociais ou, dito de outra forma, à sua efetivação no meio social. Para além de compreender a estrutura normativa do direito fundamental à saúde e suas implicações hermenêuticas, cumpre também o enfrentamento da polêmica em torno de sua justiciabilidade, ou seja, necessário se mostra a discussão em torno de ser ou não considerado um direito subjetivo e quais as implicações concretas dessa asserção.

Para tanto, o terceiro capítulo deste trabalho ocupa-se do direito à saúde quanto às dimensões objetiva e subjetiva, além de realizar uma retrospectiva da jurisprudência na matéria, a fim de demonstrar sob quais fundamentos estes foram justificados pelo Poder Judiciário em seu mister concretizador.

3.1 Das competências constitucionais do direito à saúde

O problema começa a partir do momento em que as demandas sociais foram positivadas nas constituições sociais e, com isso, alijadas de sua natural perspectiva política, substituída, no constitucionalismo atual, pela linguagem jurídica como meio de possibilitar sua contraposição aos direitos civis e políticos com igual força normativa.

Todavia, sustenta a importância dessa dimensão perdida dos direitos sociais, sem a qual se pode chegar ao absurdo de afirmar que direitos não judiciáveis não são direitos. Aponta o fenômeno da judicialização da vida nos países latino-americanos como a transmutação da luta política em luta jurídica (e individual!).

Por fim, ao registrar que a jurisprudência constitucional espanhola demonstra o caráter diretriz da maioria dos direitos sociais, compreendidos no Cap. III da CE de 1978, negando-os como direitos subjetivos no sentido tradicional do termo, ressalta que, quando assim os reconhece, é porque se travestem de direito subjetivo individual, perdendo seu aspecto social, mormente reclamados como direitos fundamentais de primeira dimensão, como liberdade ou igualdade em seu sentido formal.

A questão resgata a importante distinção entre a dimensão individual e a dimensão coletiva do direito à saúde.

Retomar-se-á tal linha de raciocínio após a análise do mínimo existencial, entendido como perseguição de caráter individual e natureza personalíssima, enquanto, de outro lado, a saúde como o máximo possível, de caráter marcadamente prospectivo e necessariamente coletivo.

As decisões judiciais acerca do direito à saúde no Brasil infelizmente não trazem a perspectiva de tal diferenciação, fato que acarreta até hoje repercussões negativas ao esclarecimento da matéria e correta concretização do conteúdo assegurado constitucionalmente.

3.2 Do Sistema Único de Saúde

A Constituição da República demonstra que o Sistema Único de Saúde (SUS) está voltado para sanar necessidades e proporcionar bem-estar social à população. O SUS é definido no art. 198 do seguinte modo:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes. I-Descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II-Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - Participação da comunidade. Parágrafo único – O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Conforme José Mauro Carrilho Guimarães (2014, texto digital), o “sistema de saúde vigente no Brasil foi modelado há relativamente pouco tempo, culminando um processo de mudanças que remonta a década de 70, acelera-se ao longo dos anos 80 e adquire estatuto institucional no fim dessa década”. Guimarães (2014) ainda acrescenta:

A nova institucionalidade do setor Saúde começou a ser desenhada em 1986, por ocasião da VII Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília. A Conferência contribuiu decisivamente para formar consensos quanto ao diagnóstico crítico sobre o sistema de saúde vigente e quanto a uma agenda de mudanças, que ficou conhecida como a Agenda da Reforma Sanitária. Consagrou a saúde como direito universal e como dever do Estado, sob o lema Saúde: direito de todos, dever do Estado. A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 apresenta, na sua Seção II, os preceitos que governarão a política setorial nos anos seguintes, sendo que os princípios podem ser resumidos em alguns pontos básicos: as necessidades individuais e coletivas.

A Lei nº 8.080/90, também conhecida como Lei do SUS ou Lei Orgânica da Saúde, complementada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulamenta os arts. 196 e seguintes da Constituição Federal, e, em seu enunciado, refere que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

A Lei do SUS prevê, no *caput* do art. 4º, esse sistema como sendo o “conjunto de ações e serviços de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas, federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público” (BRASIL, 1990).

Assim, conforme Ohland:

O SUS consiste em um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. É um sistema que, ao menos no plano teórico de sua concepção, tem como princípios garantir acesso universal, integral e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos complexos transplantes de órgãos (OHLAND, 2010, texto digital).

Cabe salientar que o art. 5º, da Lei nº 8080/90, traz os objetivos do Sistema Único de

Saúde:

São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Ainda, especificamente sobre o SUS, estabelecem os arts. 6º, I, d, e 7º, I e II, da Lei nº 8.080/90, o campo de atuação do Sistema.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Em relação à integralidade do SUS, Ohland (2010) interpreta como sendo um conjunto de ações que visam controlar e eliminar as causas das doenças.

A integralidade pressupõe garantia de acesso às ações de promoção, buscando eliminar ou controlar as causas das doenças, envolvendo, assim, outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação, etc.; de proteção, visando à prevenção de riscos e exposições a doenças, inclusive ações de saneamento básico, vacinações, ações coletivas e preventivas; e de recuperação, como atendimento médico, tratamento e reabilitação dos doentes (OHLAND, 2010, texto digital).

Nesta perspectiva, Heckler e Oliveira (2008, p. 97) ressaltam que:

[...] a integralidade pressupõe um olhar diferente às diversas perspectivas que formam o processo de produção de saúde. É, portanto, uma visão ampliada das necessidades de cada indivíduo, considerando-se o contexto e o momento de vida de cada sujeito, na qual os projetos terapêuticos surgirão de uma interação entre a equipe de saúde e os usuários. Assim, a integralidade como prática de saúde pode ser compreendida, entre outros aspectos, como uma visão do sujeito na sua totalidade, na qual a compreensão do sofrimento acontece através da ampliação do processo saúde-doença para suas dimensões psicossociais, considerando a singularidade do sujeito e seu modo de perceber os eventos da vida.

Continuando a análise da Lei Orgânica da Saúde, destacam-se os Princípios e Diretrizes do SUS, especificamente citados no art. 7º, da Lei 8080/90.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; [...] (BRASIL, 1990).

Percebe-se a necessidade da implantação de políticas públicas para proporcionar condições dignas de vida. Höfling (2001, p. 31) entende que políticas públicas podem ser interpretadas como sendo “Estado em ação”, em que “o Estado implantando um projeto de Governo, a partir de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade”.

De acordo com Ohland:

[...] Não há hierarquia entre União, Estados e Municípios, e sim competências para cada um dos três gestores do SUS, com distribuições de responsabilidades pelas ações e serviços em saúde, partindo-se sempre da ideia de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, maior será o nível de acerto. Tal premissa tem atribuído maior responsabilidade aos Municípios na implementação das ações em saúde, a chamada “municipalização da saúde” (OHLAND, 2010, texto digital).

Ainda, Ohland destaca que os Municípios devem tutelar a saúde através da dispensação de medicamentos à população, do seguinte modo:

[...] aos Municípios, competem os medicamentos da farmácia básica (de uso comum da população); aos Estados, os medicamentos especiais (considerados de alto custo ou para tratamentos contínuos), e à União os medicamentos e tratamento estratégicos (como o Saúde da Mulher e o de Tabagismo). Juntos, compõe a chamada lista de medicamentos essenciais do SUS, integrantes de uma política fundamental para garantia de acesso a medicamentos seguros, eficazes e custos-efetivos, voltados ao atendimento das doenças mais prevalentes e que estejam disponíveis em quantidade adequada (OHLAND, 2010, texto digital).

Conforme dispõe o art. 198, § 1º, da Constituição da República, o financiamento do Sistema Único de Saúde será realizado nos termos do art. 195, o qual refere que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei,

mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Desse modo, o ente municipal deve atender integralmente aos anseios da população relativos à saúde através de ações e serviços públicos.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Por certo, conforme destaca Ohland (2010, texto digital), “o gestor municipal, a partir do Pacto pela Saúde, assinado em 2006, passou a assumir imediata ou paulatinamente a plenitude da gestão das ações e serviços de saúde oferecidos em seu território, sendo considerado atualmente o principal responsável pela saúde pública da população”.

Por derradeiro, vê-se que o Sistema Único de Saúde representa um direito social assegurado pela Carta Magna, a fim de garantir à população o acesso à saúde, contribuindo para sua qualidade de vida. Dessa forma, as Secretarias de Saúde Municipais, pela maior proximidade com a população, recebem recursos Estaduais e Federais para atender a demanda na área da saúde, atuando mais ativamente na dispensação de medicamentos. Nesse contexto, faz-se necessário ressaltar que a União, os Estados e Municípios tem competência solidária no fornecimento de medicamentos à população.

3.3 As ferramentas de efetivação do direito à saúde

A princípio deve-se ter em mente que a saúde é um direito fundamental ao cidadão, este, sendo dever do estado e garantido a todos sem distinção de cor, etnia, raça ou qualquer natureza. Assim, a mesma deve ser garantida, em especial, através de políticas públicas, onde possibilitem principalmente a qualidade nessa promoção, devendo atender demandas de proteção e recuperação e de maneira igualitária. No mais, PARANHOS destaca; a efetivação da saúde do direito social deve:

Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim. (PARANHAOS 2007, p. 171).

Desse contexto entende-se que, mesmo com a devida deficiência apresentada pelo Estado, o interessado não deverá deixar de buscar os seus direitos, estes, estando garantido constitucionalmente e que podem ser adquiridos através de processos judiciais. Dessa forma, as políticas públicas para a saúde precisam sempre está de acordo com a legislação vigente, ou seja, devem obedecer a critérios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto é importante ressaltar que, alguns termos atrelados à judicialização torna-se uma constante no âmbito jurídico.

Segundo BARROSO (texto digital): “A Judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política”. Assim, se faz necessário desenvolver políticas públicas em todo o território nacional, esta, não devendo atender a todos os critérios estabelecidos judicialmente, em especial, o cumprimento por parte dos estados e municípios. No mais, conclui-se que o direito à saúde deve configurar sem nenhuma ponderação, este, sendo entendido como um direito exigível do Estado o tratamento necessário a toda e qualquer enfermidade. Em virtude disso, as políticas públicas já existentes, erroneamente propõe-se uma colisão entre o direito fundamental à saúde e as questões orçamentárias, uma vez, burocráticas e com menos importância quando se trata da vida e dignidade humana. PEDRO DA SILVA MOREIRA, em seu trabalho monográfico destaca o seguinte:

A dificuldade, nesse sentido, habita no preenchimento do princípio que limita a caracterização do direito à saúde como um direito definitivo. A compreensão do desprezioso princípio da “competência orçamentária do legislador” deve ser trabalhada não apenas do ponto de vista formal, mas também sob o ângulo material, sob a análise das consequências, sob o que – de fato – representa essa competência. A colisão entre um direito fundamental atrelado ao direito à vida e um princípio que protege uma formalidade é, não no caso concreto, mas já em abstrato, desigual, e, por isso, não está sequer informada pela teoria dos princípios, em nenhuma daquelas ideias expostas no início deste trabalho. Essa colisão não necessita ser colocada diante de um caso concreto, no qual sejam avaliadas as possibilidades fáticas e jurídicas, tendo em vista que o princípio é um mandamento de otimização. Posta da maneira apresentada por Leivas, seguindo a interpretação de Alexy, e do modo tratado

pelo Ministro Celso de Mello, no voto exposto, o direito à saúde prevalece sempre diante desse conflito, deixando de ser, assim, um mandamento de otimização, dependente de aspectos fáticos, para ser, na verdade, um princípio absoluto, aplicado como regra jurídica. O que está, então, por trás da ponderação? Qual é a efetiva, real e inconveniente ponderação? (MOREIRA 2010, p. 47-48).

Assim, a verdadeira ponderação a ser feita na saúde e em caráter individual, requer acompanhamento e procedimentos favoráveis com base nas reclamações que envolvam medicamentos ou procedimentos oferecidos pelo SUS, em especial, atrelados às situações mais complexas. No entanto, ressalta-se da importância e entendimento por parte da doutrina que, expõe a judicialização da saúde como a violação ao princípio da separação dos poderes, da previsão orçamentária e do princípio da reserva do possível. E está aí a grande questão a ser discutida, por um lado se tem o direito do acesso à saúde, seja por acesso a medicamentos ou procedimentos, mas por outro lado se têm os orçamentos dos entes estatais limitados.

Não obstante a lei nº 8.080/90 garantir a promoção de políticas públicas para efetivação do acesso a saúde de maneira equitativa e universal, tais políticas não têm conseguido essa efetivação, e em muitos casos, quando o cidadão consegue ter acesso a essas políticas elas são, em grande maioria, descontinuadas e não garantem a universalização. Daí decorre a necessidade de como forma de efetivação a esse direito, o cidadão instar o judiciário para garanti-lo, levando os magistrados, na maioria das vezes, bloquear verbas públicas para garantir o tratamento requisitado pelo cidadão.

O SUS é conceituado no art. 198 da lei nº8.080/90 da seguinte forma:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes. I-Descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II-Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - Participação da comunidade. Parágrafo único – O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Segundo José Mário Carrilho Guimarães (2014, texto digital) o sistema de saúde do Brasil foi modelado relativamente há pouco tempo.

A nova institucionalidade do setor Saúde começou a ser desenhada em 1986, por ocasião da VII Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília. A Conferência contribuiu decisivamente para formar consensos quanto ao diagnóstico crítico sobre o sistema de saúde vigente e quanto a uma agenda

de mudanças, que ficou conhecida como a Agenda da Reforma Sanitária. Consagrou a saúde como direito universal e como dever do Estado, sob o lema Saúde: direito de todos, dever do Estado. A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 apresenta, na sua Seção II, os preceitos que governarão a política setorial nos anos seguintes, sendo que os princípios podem ser resumidos em alguns pontos básicos: as necessidades individuais e coletivas.

Nota-se que o direito à saúde não é precário do ponto de vista de sua positivação, pois tanto a Constituição Federal como a lei n° 8.080/90, definindo ao menos no plano legal, a responsabilidade de todos os entes federados em sua prestação. Segundo OHLAND 2010:

O SUS consiste em um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. É um sistema que, ao menos no plano teórico de sua concepção, tem como princípios garantir acesso universal, integral e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos complexos transplantes de órgãos (OHLAND, 2010, texto digital).

Não obstante o direito à saúde está garantido, percebe-se a falta de políticas públicas direcionadas a sua efetivação, que é dever de todos os entes federados. Segundo OHLAND 2010:

[...] Não há hierarquia entre União, Estados e Municípios, e sim competências para cada um dos três gestores do SUS, com distribuições de responsabilidades pelas ações e serviços em saúde, partindo-se sempre da ideia de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, maior será o nível de acerto. Tal premissa tem atribuído maior responsabilidade aos Municípios na implementação das ações em saúde, a chamada “municipalização da saúde” (OHLAND, 2010, texto digital).

O Município é o ente federado que está mais próximo do usuário do SUS, ele que primeiro recebe a demanda e a regula, mas o dever prestacional não é só seu, devendo Estado e União também serem acionados em processos que visam acesso a algum tratamento, pois em questão de recursos públicos o ente mais vulnerável é em grande maioria o Município, principalmente nos de menor porte onde a capacidade de arrecadação é extremamente limitada. Até há uma divisão de atribuições, mas nas ocasiões em que se judicializa algum tratamento, muitas vezes essa não é observada, segundo HOLAND 2010:

[...] aos Municípios, competem os medicamentos da farmácia básica (de uso comum da população); aos Estados, os medicamentos especiais (considerados de alto custo ou para tratamentos contínuos), e à União os medicamentos e tratamento estratégicos (como o Saúde da Mulher e o de Tabagismo). Juntos, compõe a chamada lista de medicamentos essenciais do SUS, integrantes de uma política fundamental para garantia de acesso a medicamentos seguros, eficazes e custos-efetivos, voltados ao atendimento

das doenças mais prevalentes e que estejam disponíveis em quantidade adequada (OHLAND, 2010, texto digital).

O autor assevera ainda que os gestores municipais passaram a ter uma maior responsabilização pelas políticas de promoção à saúde a partir do Pacto Pela Saúde DE 2006, que foi produzido a partir de um encontro promovido pelo Conselho Nacional de Saúde no ano de 2006.

Vê-se que há estratégias que tentam subsidiar o acesso à saúde nos moldes determinados pela Constituição Federal e também pela lei nº 8.080/90, mas estas não estão sendo eficazes, ao menos em grande escala, para efetivação desta garantia, daí o porquê da população acionar o judiciário como última alternativa de acesso à saúde.

O judiciário por sua vez possui iniciativas para subsidiar os magistrados de todo o país em suas decisões. Rotineiramente a judicialização da saúde é tema de enunciados do Superior Tribunal de Justiça, e mais recentemente o Conselho Nacional de Justiça criou uma plataforma chamada e-natjus, que dispõe de conteúdo da área médica em uma linguagem direcionada aos magistrados, para que estes tenham maior informações dos tratamentos oferecidos pelo SUS e possam melhor fundamentar suas decisões.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

É importante apreciar alguns significados do termo judicialização, que se torna constante no âmbito jurídico. Segundo Barroso (texto digital, p. 6): “A Judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política”. O autor ainda destaca que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, texto digital, p. 3).

O Poder Judiciário passa a exercer com maior frequência as suas funções atípicas, conforme Barroso (texto digital, p. 3) complementa:

[...] Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Segundo Ordacgy (2007), a precariedade do fornecimento de medicamentos gratuitos pelo Poder Público deu origem ao fenômeno da judicialização da saúde. Neste sentido, ele refere que:

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde (ORDACGY, 2007, texto digital).

Assim, Franco (2012) mostra a importância conferida ao direito à saúde, em que se constata que os Poderes Executivo e Legislativo tem se mostrado omissos quanto aos seus deveres.

Por esse motivo, dada a essencialidade do direito à saúde, que não tolera sonegação impunemente, e tendo em vista o fortalecimento do Poder Judiciário jungido à sedimentação dos atributos inerentes à cidadania, tem sido crescente o número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamentos médicos, o que se denomina de Judicialização do direito à saúde (FRANCO, 2012, texto digital).

Curiosamente, para parte da doutrina, o fenômeno da judicialização da saúde vem sendo entendido como violação ao princípio da separação dos poderes, da previsão orçamentária e do princípio da reserva do possível. Em contraponto a esse entendimento, necessário transcrever excerto

do relatório proferido pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, na Suspensão da Tutela Antecipada – STA 175-CE, em 17 de março de 2010, p. 8.:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Por oportuno, pertinente trazer entendimento da ilustre Juíza de Direito Rudimch (texto digital), no sentido de que a judicialização da saúde causaria um colapso no sistema público de saúde, em virtude da violação do orçamento público, que não é levado em consideração nas decisões judiciais.

Não resta dúvida de que o fenômeno da judicialização da saúde pública existe e, se não tratado da maneira adequada, poderá gerar prejuízos, não só aos cidadãos, como também ao Estado, em razão da desestruturação do orçamento público e, até mesmo, diante da possibilidade de um colapso do sistema público de saúde (RUDIMCH, texto digital).

Ora, de acordo com Barroso (texto digital), “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes”.

4.1 A atuação do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde

Faz-se necessário observar que as prestações concernentes à saúde exigem a ação do Poder Público para sua efetivação. Segundo Sarlet:

Com efeito, na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam providas de atores privados. Já no direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito. Em sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o

exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém) (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, texto digital).

Desse modo, por se tratar de direito social, compete ao Poder Judiciário absorver tal contenda quando não efetivada pelo Estado. Nesse sentido, eis as palavras de Martins, referente ao acesso à justiça:

O acesso à justiça, inscrito no rol dos direitos fundamentais, ainda clama por efetividade, que só será alcançada quando os cidadãos tiverem consciência de seus direitos e puderem contar com um Poder Judiciário aberto a demandas populares emergentes, cada vez mais complexas, reflexo das contradições que permeiam a sociedade. Para isto, é necessário que o operador jurídico, consciente de seu papel como agente de transformação social, abandone a feição retórico-legalista e o excessivo formalismo, que caracterizam a visão tradicional do direito, para, mediante uma hermenêutica flexível e criativa, construir uma ‘práxis emancipatória’, comprometida com a satisfação dos anseios da sociedade e com a concretização dos direitos fundamentais, sustentáculo da fórmula política do Estado Democrático de Direito (MARTINS, 2000, p. 163-169).

Conforme Lima (texto digital), as ações judiciais destinadas a concretizar o direito constitucional à saúde, são acolhidas pelo Poder Judiciário:

Em matéria de direito à saúde, é possível perceber, felizmente, que o Judiciário está cada vez mais receptivo a chamar para si a responsabilidade, ainda que subsidiária, de concretizar a vontade constitucional. Os avanços são nítidos, apesar de ainda existirem alguns posicionamentos judiciais que preferem “varrer para debaixo do tapete” os problemas para os quais a sociedade clama por uma resposta jurisdicional (LIMA, texto digital).

Conforme Magalhães (texto digital), há deficiência do sistema de saúde oferecido pelo Estado, uma vez que, na prática, o direito à saúde não se efetiva pelo Poder Público. Destarte, transfere-se ao Poder Judiciário o encargo de satisfazer os casos submetidos à sua apreciação, como se vê:

Considera-se, então que a Judicialização e o Ativismo Judicial fenômenos inerentes do poder Judiciário deverão atender as fronteiras estabelecidas entre os poderes do Estado. Evitando, assim, a desestruturação da conquista democrática social; e assim cabendo ao poder Judiciário a proteção da Carta

Constitucional, inclusive do uso inadequado pelos outros Poderes. Como também, deve-se arrazoar que estes fenômenos não surgiram por mera vaidade dos protagonistas do Poder Judiciário, e sim da necessidade de resolver algumas questões que se viram adormecida pelos poderes legislativo e executivo, tendo diversas possibilidades para esta situação, e que este artigo se permitirá o desenvolvimento de uma possível hipótese (MAGALHÃES, texto digital).

Logo, a população tem legitimidade para pleitear judicialmente o amparo ao direito constitucional à saúde e, por sua vez, o Estado tem legitimidade passiva, pois deve fornecer medicamentos. Nesse sentido Lima acrescenta:

A única crítica que pode ser feita refere-se ao déficit de consistência de algumas decisões, explicada em parte pela falta de estrutura da máquina judiciária e mentalidade privatista de alguns juízes. O postulado da reserva de consistência merece ser melhor desenvolvido na prática, inclusive quanto ao seu aspecto de democratização do processo (maior participação da sociedade na jurisdição constitucional), a fim de que o Judiciário possa avançar ao máximo na proteção da supremacia constitucional sem ultrapassar as barreiras que a própria Constituição lhe impõe (LIMA, texto digital).

Entende Moro (2001, p. 90) que “não podem ser desenvolvidas e efetivadas normas constitucionais sem que o Judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar”.

Veja-se que o direito à saúde é inerente a uma vida digna. Quando não alcançado pelo Estado, a tutela judicial é extremamente imperiosa para efetivar este direito, conforme Moraes:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia. A proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral (MORAIS, 2000, p. 3).

É importante destacar a manifestação de Ingo Wolfgang Sarlet:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos [...] em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte,

a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento (SARLET, 2002, p. 13).

Ainda, nesse sentido, Ricardo Lobo Torres trás o entendimento de que prevalece o amparo dos direitos fundamentais, em relação reserva do possível e da separação dos poderes:

A teoria dos direitos fundamentais desponta nos dias de hoje como conceito-chave de nodal importância para a sindicância das prestações materiais do Estado. Além de eventualmente suprir omissões no rol traçado legal e constitucionalmente e de densificar posições jurídicas positivadas de modo incompleto ou vago, ela determina a prioridade das prestações abrangidas no âmbito do mínimo existencial sobre outros encargos do poder público. Este critério jurídico de prioridade é o que permite ao magistrado superar os obstáculos doutrinários da reserva do possível e da separação dos poderes (TORRES, 2008, p. 77).

As omissões administrativas relativas ao fornecimento de medicamentos têm recebido destaque nos tribunais. Em relação aos preceitos constitucionais, legais e regulamentares relativos ao direito à ampla assistência farmacêutica, tem-se notado as repetidas escusas da União, dos Estados e dos Municípios a cumpri-los, o que leva a um aprofundamento da concentração de posições jurídicas (GOUVÊA, texto digital).

No caso dos remédios, é imperioso reafirmar que, além de qualquer decisão política, cumpre ao administrador público proporcionar o acesso irrestrito aos medicamentos de caráter essencial, vinculados à noção de mínimo existencial, indispensáveis à manutenção das condições de vida condigna do indivíduo. Nos limites deste patamar mínimo, a disponibilização ou não do medicamento deixa de ser matéria discricionária, tornando-se plenamente judiciável (GOUVÊA, texto digital).

Ainda, segundo Leal (2006, p. 169), compete ao Poder Judiciário a efetivação do direito à saúde em decorrência da omissão do Poder Público, sendo:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras

inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

As decisões que reconhecem o direito a medicamentos tem teor mandamental, admitindo, assim, a utilização pelo magistrado de mecanismos de coerção indireta para sua imposição, como a aplicação de multa (GOUVÊA, texto digital).

Contudo, insta ressaltar que, conforme Ordacgy:

[...] a atuação jurídica sempre se fará necessária quando existir risco à vida ou à higidez física ou psíquica do paciente, em virtude da não obtenção gratuita dos medicamentos ou da não realização do tratamento médico necessário. Neste caso, em se tratando de paciente hipossuficiente, poderá contar com assistência jurídica integral e gratuita, a ser prestada pela Defensoria Pública, para a satisfação plena do seu direito à saúde (ORDACGY, 2007, texto digital).

O Conselho Nacional de Justiça criou uma plataforma chamada e-NatJus, com o intuito de ajudar os magistrados na formulação de suas decisões. Nela há pareceres, notas e informações técnicas acerca de saúde. Sua finalidade é dar ao magistrado fundamentos científicos para embasar sua decisão na concessão de medicamentos ou tratamento médico a quem aciona a Justiça. Essa plataforma também ajuda em um outro quesito, a falta de conhecimento técnico em saúde dos magistrados.

4.2. Considerações a respeito a aplicabilidade da reserva do possível

Diante da limitação dos recursos orçamentários para efetivar o direito constitucional à saúde, o Estado passou a adotar como subterfúgio a teoria da reserva do possível.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VALORES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA.

1. A responsabilidade solidária entre a União, os Estados-Membros e os Municípios pelo fornecimento gratuito de tratamento a doentes necessitados decorre de texto constitucional (CF, art. 23, inc. II e art. 196). 2. O diploma de direito processual, em seu artigo 461, § 5º, autoriza o julgador a adotar as medidas necessárias a fim de dar efetividade à tutela antecipada, dentre elas o bloqueio de valores. 3. O bloqueio de valores não é uma imposição ao Estado, mas uma alternativa, que somente será imposta se não cumprir

com a obrigação de fornecer os medicamentos ao agravado, sendo inclusive menos onerosa à Fazenda Pública do que a imposição de multa diária. 4. Inexistência de afronta ao princípio da reserva do possível, que na casuística não pode servir de condicionante ao direito constitucional à saúde, uma vez que não há prova da ausência de disponibilidade financeira do ente público, bem como razoável a pretensão deduzida, considerando a necessidade de a parte autora ter acesso à medicação. 5. Descabe ao Município alegar falta de previsão orçamentária, dado que a própria Carta Constitucional lhe determina reserva de verba pública para atendimento às demandas referentes à saúde pública. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70054553847, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 05/09/2013).

A teoria da reserva do possível teve origem na Alemanha, no início dos anos de 1970, a fim de amparar a “limitação dos direitos sociais a prestações materiais de acordo com as capacidades financeiras do Estado, vez que seriam financiados pelos cofres públicos” (OHLAND, 2010, p. 30).

Para entendê-la, é indispensável buscar sua conceituação na doutrina. Assim, Barcellos (2008, p. 261) expõe que:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Também é importante trazer o entendimento do jurista alemão Alexy (2011, p. 69):

[...] em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo Razoável da sociedade”.

Sarlet e Figueiredo (2008) se manifestam no mesmo sentido do predito autor:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a ‘reserva do possível’ (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na

Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerusclausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social e alguém que efetivamente não faça jus o benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã - da ponderação por parte do legislador (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29-30).

Marcos Masseli Gouvêa explica que há diferença entre a reserva do possível fática e reserva do possível jurídica:

Diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos. Ao passo em que estes recursos são finitos, o espectro de interesses que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos estes interesses poderão ser erigidos à condição de direitos exigíveis. A doutrina denomina reserva do possível fática a este contingenciamento finance do possível fática iro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina reserva do possível jurídica. (GOUVÊA, texto digital).

O doutrinador Treisch (apud LEIVAS, 2006, p. 135) conceitua o mínimo existencial como:

[...] a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.

Em suma, os direitos sociais são a garantia do mínimo existencial, pois:

[...] argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada 'reserva do possível' e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo [...] (SARLET; FIGUEIREDO, 2008,

p. 27).

Contudo, para a efetivação dos direitos sociais, como o direito à saúde, por exemplo, são necessários recursos financeiros. Assim, com supedâneo na reserva do possível, o Estado deixaria de tomar certas decisões que objetivam diminuir as desigualdades sociais. Nesse sentido, Canotilho (1998) entende que a justificativa da reserva do possível não se mostra bastante para deixar de efetivar os direitos sociais:

[...] Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. (CANOTILHO, 1998, p. 477).

Conforme Sarlet (2003), a reserva do possível não pode servir de barreira para a efetivação dos direitos sociais:

Como dá conta a problemática posta pelo “custo dos direitos”, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível” (que não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público (SARLET, 2003, p. 355).

De acordo com o entendimento de Barroso (2003, p. 38):

A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a

exigibilidade e efetivação dos direitos.

Por fim, Streck afirma que:

Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária – conforme o conceito que a doutrina constitucional contemporânea cunhou e que já faz parte da tradição – é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.) (STRECK, 2004, p. 15).

Nesse sentido, em relação a intervenção do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos, por exemplo, explica Kelbert (2011, p. 76).

Ao conceber os direitos sociais como direitos fundamentais, o Estado brasileiro assumiu um compromisso para com a sua efetivação, o que significa que deve pautar sua atividade com vistas à realização daqueles direitos.

O Ministro Luiz Fux entende que é necessário priorizar a efetivação dos direitos fundamentais da Constituição:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O MIN. CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: 'Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (Recurso Especial nº 811.608/RS, Superior Tribunal de Justiça, Relator:

Ministro Luiz Fux. Julgado em 15/05/2007, publicado em 04/06/2007).

De fato, os recursos orçamentários do Estado são escassos, porém, como demonstrado, a teoria da reserva do possível não pode ser usada como limitação à efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, ela não pode ser utilizada em decisões administrativas ou judiciais, as quais devem levar em consideração o mérito em questão, a saúde.

4.3 A eficácia das decisões judiciais

Os direitos sociais visam garantir uma existência digna ao indivíduo e à sociedade, tendo como princípio a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o Estado, detentor do poder de arrecadação de impostos e desenvolvedor de atividades que assegurem os direitos de toda a população, tem a obrigação de desenvolver ações e políticas públicas com o objetivo de garantir a toda a sociedade os direitos que o constituinte elegeu como o mínimo existencial. Vale salientar, porém, que nos dias atuais a atuação do Judiciário tem sido necessária para a efetivação do direito à saúde como um todo, uma vez que o Poder Público muitas vezes não consegue efetivar as suas obrigações para com o povo.

Os direitos constitucionais fundamentais, especialmente o aludido direito à saúde, encontram atualmente sérias dificuldades em relação a sua efetividade, conforme explanado alhures, ante a não atuação necessária do Poder Público. Diante desta omissão por parte do poder elaborador e garantidor de políticas públicas, está ainda o óbice da discussão acerca da atuação do Poder Judiciário nestes casos de omissão, baseada em uma interpretação retrógrada da teoria da Separação dos Poderes.(OLIVEIRA, 2011, p.1).

A função estatal de garantia do direito à saúde para toda a sociedade é prioritária em relação às demais atividades, uma vez que a saúde é um bem necessário para o desenvolvimento humano e conseqüentemente o desenvolvimento social e econômico do país. Todavia, percebe-se corriqueiramente que o Poder Público, em especial o Poder Executivo, não cumpre totalmente duas funções determinadas no texto constitucional, deixando muito a desejar quanto à garantia e manutenção de direitos de todo indivíduo.

O Poder Executivo justifica a omissão acima descrita com o discurso que enfatiza a escassez de recursos orçamentários para a completa efetivação das atividades que garantam o acesso irrestrito à saúde para todos os indivíduos, denominada pela doutrina de “cláusula da reserva do possível”.

O direito à saúde é corolário mesmo do direito irrenunciável da dignidade da pessoa humana – daí seu aspecto humano - o que a depender da situação concreta, justifica a irremediável intervenção do Poder Judiciário para garantir sua efetividade. É justamente esse caráter de dever do Estado, que justifica a intervenção do Poder Judiciário para garantir efetividade aos direitos sociais, especialmente, ao direito à saúde. (AVILA, 2013, p.1).

Entende-se, assim, que é dever do Estado a garantia e o acesso à população à saúde de maneira satisfatória e que garanta a manutenção da dignidade humana do indivíduo, sem distinção. Quando o Estado não consegue efetivar ações que garantam tais direitos, o Judiciário entra em cena para a realização deste direito.

Em se tratando de regulamentação, tem-se que a Lei Nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990 tem como escopo a normatização das ações e mecanismos para a efetivação da saúde em todo o território brasileiro. no referido texto legal, verifica-se principalmente a busca pela manutenção da dignidade humana do indivíduo, levando em consideração a obrigação do Estado em garantir acesso à saúde para todos os cidadãos.

De acordo com o artigo 7º da referida lei, que possui suporte no texto constitucional, determina que fazem parte das diretrizes e princípios da Saúde no Brasil, em um trabalho realizado tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada, formando assim o Sistema Único de Saúde, os seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

- XI - 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;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
 - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Analisando os incisos da referida lei, entende-se que esta visa precipuamente a garantia dos direitos de cada cidadão em relação ao acesso à saúde gratuita, de qualidade e de forma integral. Menciona-se na referida lei o direito da autonomia do cidadão, princípio este constitucional que garante ao indivíduo poder escolher se quer ou não ser submetido a determinado tratamento, ou seja, ao indivíduo é dado o direito de escolher de dispor ou não, dentro dos limites expostos em lei, sobre realizar tratamentos de saúde, principalmente em relação ao potencial de assistência que a saúde tem a dar aos cidadãos.

A Lei nº 8.080 busca a isonomia, não permitindo que haja distinção entre as pessoas em hipótese alguma, nem a possibilidade de privilégios. Outro ponto importante que a supra citada lei determina é o direito e acesso à informação sobre todos os aspectos relacionados ao sistema de saúde que é oferecido ao cidadão.

Um ponto que merece destaque na referida lei é a utilização da epidemiologia¹ com vistas a estabelecer as diretrizes para a melhoria da qualidade da saúde em todo o país, levando em consideração a distribuição e alocação dos recursos para suprir as necessidades da população.

Neste sentido, a própria lei acima citada determina a descentralização político-administrativa, direcionada por cada ente federativo. Vale salientar que cada esfera de governo assume seu papel perante a saúde brasileira, contudo aos municípios é dado destaque tendo em vista a proximidade da realidade das populações. Assim, determina-se que o trabalho em grupo das três esferas governamentais devem estar voltados para a garantia da assistência total à saúde da população, tendo capacidade de resolução de todos os problemas e organização dos serviços, evitando-se assim a duplicidade de ações para os mesmos fins.

A normatização da saúde tem como fim precípuo a garantia de acesso à saúde de toda a população. A divisão de atribuições dos entes federados é necessária para que a distribuição do atendimento, dos tratamentos e dos medicamentos seja organizada e com vistas a não haver duplicidade de ação para o mesmo fim, justificando-se assim a predeterminação relacionada a serviços oferecidos somente pelos municípios e outros somente pelo Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que os direitos fundamentais é fruto de uma construção histórica, sendo o direito a saúde um desses direitos. Embora todas as constituições brasileiras mencionem a palavra “saúde”, é apenas na constituição de 1988 que ela ganha a dimensão como a observamos hoje, um direito universal amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez é um princípio que no ordenamento jurídico brasileiro como um princípio primaz, ou seja, está acima dos demais princípios.

Em sendo a saúde um direito fundamental, o Estado brasileiro adotou medidas que buscam a efetivação desse direito tal como garantido constitucionalmente, foi neste sentido que foi criada a lei 8080/90, também conhecida como lei do SUS. Inegavelmente boa lei, porém, há entraves principalmente de cunho orçamentário para a sua efetivação.

Diante desse cenário em que a saúde é um direito fundamental garantido constitucionalmente, mas não efetivado para acesso pela população, surgiu o fenômeno da judicialização da saúde. A cada ano o número de pessoas que buscam o judiciário para garantir recebimento de medicamentos, realização de consultas, cirurgias e exames crescem a níveis alarmantes.

Nas ações de obrigação de fazer, que é a mais comum no âmbito da judicialização da saúde, os Municípios e Estados são os mais acionados no polo passivo da demanda. Muito embora nota-se que esses entes federados arrecadam, de impostos, valores muito menores que aqueles arrecadados pela União. Quando se compara os repasses do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, ao orçamento da União é de uma disparidade estratosférica.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal emitiu uma tese em que considera os três entes federados, Municípios, Estados e União, como solidários na obrigação de garantir o acesso da população à saúde. Cabe agora observarmos qual o comportamento do judiciário frente a essa tese. Se a população continuará cobrando dos Municípios e Estados, ou colocarão a partir de agora a União no polo passivo da demanda. E observar também se haverá a possibilidade de Municípios e Estados cobrarem regressivamente da União, valores que por ventura foram bloqueados das suas contas para garantir o acesso à saúde.

Nota-se como positiva a recente tese do STF, pois não incorreu em uma interpretação que mitigasse o direito fundamental à saúde, mas sim em reafirmá-lo e reforçar que a União como grande arrecadadora da federação é ente solidário nas demandas que buscam a efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício. **Pequena História da Formação Social brasileira**. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Meteoro, 2 ed. Niterói, 2008.

BARROSO, Luis R. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, v. 34, abr. Jun. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 10 março 2019.

_____. **Judicialização**, ativismo social e legitimidade democrática. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 21 março. 2019.

_____ **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107/108.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1934). **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: 21 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição 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: 21 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 20 de outubro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Lei nº 8.080/1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Brasília, DF, 19 de setembro de 1990.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

CASTRO, José N. de; LINO, Graziela de C.; VIEIRA, Karina M. C. Fornecimento gratuito de medicamentos pelo Município – Obrigatoriedade – Município em solidariedade com o Estado – Observância da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90. **Revista Brasileira de Direito Municipal**: RBDM, Belo Horizonte. v. 9. n. 29. 2008.

CEBES. **Judicialização na saúde suplementar: mais uma ameaça ao sus? por reinaldo guimarães**. Disponível em: <<http://cebes.org.br/2014/05/judicializacao-na-saude-suplementar-mais-uma-ameaca-ao-sus/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Fpm**. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

DANIELLI, Ronei. A Judicialização da Saúde no Brasil: Do viés individualista ao patamar de bem coletivo. [Dissertação] UNIVALI: Itajaí – SC, 2016.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU. **Do contrato social**. Traduzido por RIDENDO CASTIGAT MORES. Jarh, São Paulo, 2002.

JUS BRASIL - CÉSAR GREGÓRIO JUNIOR. **Poder constituinte**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63100/poder-constituente>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, 8 ed. Brasília, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Atlas. São Paulo, 2005.

MOREIRA, Pedro da Silva. **Eficácia normativa dos princípios constitucionais: o caso do direito à saúde.** [Monografia]. URGs: Porto Alegre, 2010.

OHLAND, Luciana. Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. **Direito & Justiça**, v. 36. n. 1. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8857/6313>>. Acesso em: 05 de março 2019.

ORDACGY, André da S. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão.** 2007. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf> Acesso em: 04 03. 2019.

PARANHOS, Vinícius L. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde:** Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. Meritum, v.2. n.1. Belo Horizonte, 2007.

SALLES, Marcos. **Na Audiência Pública de Saúde**, em 12/05/2009, STF. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19240/a-judicializacao-da-saude-atuacao-do-poder-judiciario-para-efetivacao-de-garantia-constitucional/2#ixzz36gsCHTXC> Acesso em 03 mar. 2019.

STRECK, Lênio L. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário 607381-sc. Luiz Fux. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844868/agreg-no-recurso-extraordinario-re-607381-sc> Acesso em: 01 de mai. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verandamentoprocesso.asp?incidente=4678356>>. Acesso em: 25 mai. 2019.