**AJES – FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E CIÊNCIAS CONTÁBEIS DO VALE
DO JURUENA
CURSO BACHARELADO EM DIREITO**

A ELITIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO

Autor: Luiz Paulo Rodrigues Tiepo

Orientador: Me. Luis Fernando Moraes de Mello

JUINA/2016

**AJES – FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E CIÊNCIAS CONTÁBEIS DO VALE
DO JURUENA
CURSO BACHARELADO EM DIREITO**

A ELITIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO

Autor: Luiz Paulo Rodrigues Tiepo

Orientador: Me. Luis Fernando Moraes de Mello

Trabalho apresentado como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, da AJES - Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena.

JUINA/2016

**AJES – FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E CIÊNCIAS CONTÁBEIS DO VALE
DO JURUENA**

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre José Natanael Ferreira
Componente da Banca Examinadora

Professor Mestre Francisco Leite Cabral
Componente da Banca Examinadora

Professor Mestre Luis Fernando Moraes de Mello
Orientador

AGRADECIMENTOS

Não se pode iniciar sem agradecer, primeiramente, a Deus, pela sabedoria, força, coragem, e por ser a fonte principal de esperança em todas conquistas e vitórias obtidas até a presente data, juntamente pelas bênçãos e proteção diária.

Posteriormente, aos meus pais, irmã, que não mediram esforços nem apoio para que pudesse ser concretizado tal sonho, pelos incentivos e orientações e orações em meu favor, e, principalmente, pelas as palavras de incentivo, para que eu nunca esmorecesse e desanimasse, por mais que a batalha fosse dura e desmotivadora. Obrigado por sempre estarem ao meu lado, nos momentos felizes e tristes; não existem palavras para descrever o profundo amor e admiração que tenho por todos.

A esta Instituição de Ensino, à direção e a todos que fazem parte da família Ajes, desde o Diretor Geral e professores, chegando às auxiliares de limpeza, que sempre fazem um enorme trabalho para que todos possamos apreender em ambientes limpos e dignos, que puderam me oportunizar um horizonte superior, pela confiança na ética e no mérito, aqui presentes.

Os agradecimentos não estariam completos se não estivesse presente a gratidão ao meu nobre Orientador Prof. Me. Luis Fernando Moraes de Mello, por sua sabedoria e dedicação pelo que faz, conhecimento, paciência e confiança que depositou em mim e neste trabalho. Agradeço-lhe também, pelo incentivo que tornou possível a conclusão desta monografia. Foi uma honra tê-lo como orientador. Obrigado!

Estendo meus agradecimentos aos professores que tive no decorrer desta graduação, minha sincera admiração por toda gama de sabedoria, conhecimento e dedicação, quem me transmitiram.

Não posso esquecer dos meus amigos de quatro patas, PC e Tuco, pelos 12 anos de alegria, fidelidade e companheirismo. Eternas Saudades!

Por fim, estendo aos meus colegas de turma e aos demais colegas que fiz pela faculdade durante este período. A todos aqui mencionados, Minha Gratidão.

*“Se fracassar, ao menos que fracasse ousando grandes feitos,
de modo que a sua postura não seja nunca a
dessas almas frias e tímidas que não conhecem
nem a vitória nem a derrota”.*
Theodore Roosevelt

RESUMO

Em seu artigo 6º, a Constituição Federal de 1988 garante a todos os cidadãos brasileiros uma série de Direitos Sociais, dentre os quais estão à educação, à saúde, o trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Tratam-se, primeiramente, de deveres relacionados ao Poder Legislativo, ao detalhar, através da legislação, a vontade constitucional; e ao Poder Executivo, que deve dar cumprimento à referida legislação por meio de políticas públicas. Entretanto, também são de responsabilidade do Poder Judiciário, como guardião maior da integridade do direito posto. Apesar de estarem inseridos na Constituição Federal Brasileira, os Direitos Sociais ainda encontram dificuldade para a sua efetivação. O estudo tem como tema a elitização do direito à saúde por meio da judicialização. Tem-se como objetivo analisar o processo de judicialização como instrumento de concretização do direito à saúde. Ao final do estudo, concluiu-se que a judicialização do direito à saúde pode contribuir para a concretização de tal direito, mas também causa sua elitização. Diversos estudos revelaram que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o extrato social em que estão inseridos. Essa distância tem como causa não apenas os fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais. Cidadãos com menores recursos tendem a não conhecer seus direitos, tendo dificuldades em reconhecer um problema como jurídico. Assim, conclui-se que a judicialização do direito à saúde não é capaz de assegurar, de maneira igualitária, a concretização e tal direito, tornando-se necessário que os Poderes busquem, juntos, alternativas para esta problemática.

Palavras-Chave: Direito à saúde. Judicialização. Elitização.

ABSTRACT

In Article 6, the Constitution of 1988 guarantees all Brazilian citizens a number of social rights, among which are education, health, work, housing, leisure, security, social security, protection maternity and childhood, and assistance to destitute. These are, first, the duties related to the legislative branch, the detail, through legislation, the constitutional will; and the Executive Branch, which must comply with this legislation through public policies. However, they are also of the judiciary responsibility as guardian of the highest rank right integrity. Despite being inserted in the Brazilian Federal Constitution, social rights still have difficulty its effectiveness. The study is subject to gentrification of the right to health through legalization. One has to analyze the legalization process and realization of the right to health tool. At the end of the study, it was concluded that the legalization of the right to health can contribute to the realization of this right, but also because its elitism. Several studies have shown that the distance of citizens in relation to the administration of justice is greater the lower the social stratum to which they belong. This distance is caused not only economic, but also social and cultural factors. Citizens with fewer resources tend to not know their rights, have difficulty recognizing a problem as legal. Thus, it is concluded that the legalization of the right to health is not able to ensure, equitably, and the realization that right, making it necessary that the powers seek together alternatives to this problem.

Keywords: Right to health. Legalization. Elitism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO À SAÚDE COMO PROBLEMA	12
2.1 A Afirmação da Saúde nas Constituições Brasileiras.....	12
2.2 A Criação do Sistema Único de Saúde e os Princípios que os Norteiam.....	17
2.3 A VIII Conferência da Saúde: Pré-Constituinte do Sistema Único de Saúde	24
2.4 O Sistema Único de Saúde: de Sua Criação aos Dias Atuais.....	26
2.5 A Máxima Efetividade do Direito à Saúde, e a Responsabilidade Solidária Afirmada pela Constituição Federal	28
3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	32
3.1 A Judicialização da Saúde como Fenômeno do Estado Democrático De Direito.....	33
3.2 O Controle das Políticas Públicas pelo Judiciário e a Separação dos Poderes ..	39
3.3 A Reserva do Possível e os Limites da Concretização do Direito à Saúde.....	41
3.4 A Reserva do Possível nos Orçamentos Públicos	44
3.5 Reserva do Possível nas Ações Judiciais	47
4 A ELITIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO CONSEQUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO	49
4.1 A Dignidade Humana Versus o Cálculo da Administração Público para Concretização do Direito à Saúde.....	50
4.2 O Problema do Acesso à Justiça E A (In) Viabilidade da Concretização do Direito à Saúde por Meio do Judiciário	52
4.3 Tendências para Concretizações do Direito à Saúde	54
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal, segundo a qual “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

Eles “refletem direitos com uma tradição histórica ligada às lutas sociais, pelo reconhecimento de melhores condições de vida, fazendo referência a uma luta por igualdade e liberdade reais”¹. Para Zeni, tratam-se de prestações positivas que devem ser proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta, visando proporcionar melhores condições de vida às pessoas, e, assim, buscar a igualização de situações sociais desiguais².

Esses direitos são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, de forma direta ou indireta, enunciadas em norma Constitucional, e que possibilitam melhores condições de vida à população mais carente, procurando realizar a igualização das situações desiguais. Assim, esses direitos possibilitam aos indivíduos exigir do Estado prestações positivas e materiais para garantir o seu cumprimento³.

O doutrinador Alexandre Moraes define direitos sociais da seguinte forma:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.⁴

Apesar de voltarem as necessidades individuais, o direito à saúde, educação, moradia têm um nítido caráter social, pois quando as necessidades de um indivíduo não são atendidas, seus efeitos recaem sobre a sociedade.

¹ ZENI, Carine. O poder judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, v. 3, n. 2, p. 129-148, jul./dez. 2007. p. 145.

² ZENI, Carine. O poder judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, v. 3, n. 2, p. 129-148, jul./dez. 2007. p. 145-146.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. 836 p.

A proteção social se preocupa sobretudo com os problemas individuais de natureza social, assim entendidos aqueles que, não solucionados, têm reflexos diretos sobre os demais indivíduos e, em última análise sobre a sociedade. A sociedade então, por intermédio de seu agente natural, o Estado, se antecipa a esses problemas, adotando para resolvê-los principalmente medidas de proteção social. 5

O fundamento para a legitimação dos direitos sociais é a dignidade da pessoa humana. Segundo a doutrina dominante, enquanto direito positivo, a dignidade da pessoa humana funciona como centro e fundamento do ordenamento jurídico, matriz de todos os direitos fundamentais.⁶

Ainda conforme o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Frente a isso, o Estado que se omitir na implementação dos direitos sociais fundamentais pode ser obrigado a fazê-lo, por meio da judicialização das políticas públicas.

Neste trabalho, aborda-se a questão dos direitos básicos dos brasileiros, mais precisamente o Direito à Saúde Pública, que está previsto taxativamente na Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 6º⁷, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, artigo 196⁸, ratificado por outras leis, como a Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990 a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Outra “Lei” que estabelece o Direito à Saúde com um direito fundamental é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas – ONU, de 1948, em seu artigo 25º, que estabelece que todas as pessoas têm direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar a sua família a saúde e o bem-estar [...].

Desta forma, não há como negar que é um dos direitos fundamentais mais importantes elencados na Constituição Federal do Brasil, não só por estar corroborado na Carta Magna, mas por ser um dos elementos para o

⁵ LEITE, Celso Barroso. **A proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 1972.

⁶ NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais – In: **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 7 – jan/jun de 2006.

⁷ BRASIL. **Constituição Federal 1.988**. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁸ BRASIL, **Constituição Federal 1.988**. “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

desenvolvimento social e econômico de qualquer país, para que uma nação tenha um fomento econômico-social faz-se necessário primordialmente Saúde, Educação e Infraestrutura, estes, considerados os tripés do desenvolvimento.

O presente trabalho anseia estudar os limites interventivos do Poder Judiciário de forma a concretizar os direitos fundamentais quando da omissão do Poder Executivo. Trata-se de tema específico, que exige o estudo prévio de questões mais abrangentes que serão tratadas neste trabalho sem o seu total exaurimento, mas, com a finalidade de servir de desígnio para o estudo proposto, o qual, da mesma maneira não se intenta esgotar.

O estudo tem como tema a elitização do direito à saúde por meio da Judicialização. Tem-se como objetivo analisar o processo de Judicialização como instrumento de concretização do direito à saúde.

Entre seus objetivos específicos estão:

a) Buscar na história a afirmação do direito a saúde ao cidadão nas Constituições brasileiras, sua efetividade e problemática, discutindo, por final, a distribuição entre os entes federados sobre a responsabilidade deste tema Constitucional;

b) Abordar a judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro, no Estado Democrático, a separação dos Poderes no tocante às políticas públicas; e os limites da reserva do possível na concretude do direito à saúde.

c) Buscar as razões da elitização na efetivação do direito à saúde, analisando-se porque as camadas sociais mais baixas deixam de recorrer ao Judiciário para garantir seus direitos.

Para se atingir os objetivos propostos, inicialmente o estudo propõe a uma análise do direito à saúde e sua afirmação na história, juntamente com a problemática dos convênios que distribuem a responsabilidade solitária entre os entes federados afirmada pela Constituição Federal; posteriormente passa-se no ditame da Judicialização do direito à saúde no ordenamento constitucional, chegando até ao controle das políticas públicas pelo Judiciário, e a separação dos Poderes federados; por fim chegar ao princípio da Dignidade Humana versus o gasto real com a concretização do direito a saúde, passando ao problema do acesso ao Judiciário, e (in) viabilidade da concretude do direito à saúde pela judicialização,

finalizando com as tendências para que se torne concreto a garantia do direito à saúde.

2 O DIREITO À SAÚDE COMO PROBLEMA

O direito à saúde passou a ser reconhecido após a promulgação do texto Constitucional de 1988, a qual assegurou o direito universal à saúde pública, mas, tal direito não vem sendo devidamente garantido aos cidadãos, primeiramente pelo fato que o país atualmente passa por uma grave crise institucional, onde recursos são cada vez mais escassos e os investimentos vem sofrendo um grande declínio com o passar dos anos.

Mesmo diante das políticas públicas elaboradas pelos Entes Federais, a qualidade e quantidade dos atendimentos não vem sendo suficientes, pois há o crescimento na demanda; por outro lado, vem-se reduzindo com o passar dos anos a quantidade dos postos de atendimentos, leitos de UTI, fazendo com que a diferença entre utentes de leitos fique cada vez mais distante de uma possível qualidade.

Diante disso, a saúde tornou-se um enorme problema para os administradores públicos; fora isso, outro fator que vem crescendo drasticamente é a judicialização da saúde pública, onde se busca junto ao Poder Judiciário a garantia da aplicabilidade do direito adquirido pelos Constituintes. Vale lembrar que a efetivação do direito à saúde na via judicial, faz com que as contas públicas já afetadas pela baixa arrecadação, sejam afetadas ainda mais, tendo em vista, o custeio do tratamento dos pacientes que obtiveram medidas judiciais favoráveis, tornando desta forma a saúde o problema aos administradores e à população de maneira indireta.

2.1 A Afirmação da Saúde nas Constituições Brasileiras

A história do Brasil é marcada por profundas e significativas mudanças governamentais, acrescido destas mudanças uma nova lei que doutrina os caminhos a serem seguidos e trilhados pelo Estado.

Neste pequeno tempo de Brasil, foram apresentadas à população oito Constituições, sendo que destas, quatro foram elaboradas de forma democrática, originárias das Assembleias Nacionais Constituintes Democráticas (1891, 1934, 1946 e 1988), e as demais foram impostas de maneira autoritária pelo Estado,

sendo elaboradas sem qualquer representatividade dos cidadãos. Estas são conhecidas como Constituições Outorgadas (1824, 1937, 1967 e 1969).

O direito à Saúde foi tema tratado com diversas abordagens nestas Constituições citadas anteriormente, sendo um dos pontos abordados neste capítulo.

Com a proclamação de Independência em 07 de setembro de 1.822, conhecido como “Grito do Ipiranga”, entoado pelo então Príncipe Regente D. Pedro I; após a independência, em 1.824, nasce a primeira Constituição brasileira.

Esta Constituição foi criada após a Declaração da Independência do Estado brasileiro; tal carta política, trazia em seu bojo resquícios do período colonial.

Rodrigo César Rebello Pinho, expõe “a primeira Assembleia Nacional Constituinte foi dissolvida pelo Imperador, que constituiu um Conselho de Notáveis para elaboração da Carta Magna. O texto foi promulgado por Dom Pedro I como 1ª Constituição brasileira”⁹. Esta primeira Constituição, mesmo outorgada, perdurou por mais tempo na história do Brasil, sendo efetiva por sessenta e cinco anos.

A Constituição de 1824 trouxe em seu texto uma concentração de poderes, mas deixou de constar o Direito à Saúde. Embora cominou nesta ideias de liberdade, porém perdurava as grandes desigualdades sociais que vigoravam a época dificultaram essa noção. A verdade é que somente as elites desfrutavam de garantias de direitos, modelo utilizado na Europa neste mesmo período; no Brasil havia o intuito de romper com o colonialismo, mantendo assim favores e interesses às classes mais favorecidas (coronéis), deixando de apontar e garantir a importância no que se referia à Saúde Pública.

[...] o Direito à Saúde não tomou acento, vez que o que se buscava era a concentração dos poderes nas mãos do Imperador. Bonavides explica que o texto Constitucional de 1824 serviu de modelo para a Constituição de Portugal de 1826. Nessas Constituições, embora se tivesse a intenção de almejar os ideais libertários, os mesmos não foram atingidos dados as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época. Silva ensina que a Constituição de 1824 deu lugar aos Direitos do Homem no art. 179 (com seus 35 incisos que estabeleciam um rol de direitos e garantias), nos quais era declarado e garantido o direito à inviolabilidade dos direitos de liberdade, de igualdade, de segurança individual e de propriedade. O texto Constitucional chega a mencionar, no inciso XXIV do art. 179, que “nenhum

⁹ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191.

gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pôde ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”, entretanto o objetivo, como se faz claro, é garantir o exercício da atividade laboral e não o Direito à Saúde”¹⁰.

Vale ressaltar que a preocupação com a saúde não era vista como um problema relacionado à afirmação da dignidade humana, mas sim, com a produção econômica e o trabalho.

Em 24 de março de 1891, é promulgada a segunda Constituição brasileira, após a Proclamação da República, tendo está, como objetivos principais estabelecer princípios Republicanos, seguindo o sistema presidencialista como forma de governo, abolindo de maneira definitiva o regime monárquico. As principais características desta nova Constituição, foi a extinção do poder Moderador, consagrando a existência dos três poderes como forma de governos como se conhece atualmente, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário. Arguiu ainda direitos e garantias como a liberdade, segurança e de propriedade, porém deixou de arguir direitos relevantes à saúde pública. Outros direitos que foram elencados foram o direito à associação, à reunião e surgiu pela primeira vez, em uma Constituição brasileira, um dos remédios Constitucionais de grande relevância à democracia brasileira, o “*Habeas Corpus*”. Desta forma, mesmo com as garantias de direitos, diante do coronelismo que vigorava nesta mesma época, estes direitos adquiridos não foram aplicados.

Após alguns anos juntamente com a Revolução (Golpe) de 1.930, tendo como resposta a Revolução Constitucionalista de 1932, surge a Constituição de 1.934, sendo marcada na história da Saúde Pública em nosso país por ser a primeira a referenciar o Direito à Saúde em seu artigo 10º, inciso II¹¹, pois foi a primeira a mencionar tal direito em seu texto, sendo competência concorrente, entre da União e os Estados

Mesmo sendo a primeira Constituição a mencionar em seu bojo o Direito à Saúde, e atribuindo competência aos Estados e à União, a Magna Carta de 1.934 durou apenas três anos, surgindo a Constituição “Polaca”, esta datada de 1.937,

¹⁰ RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Direito e Sistemas Públicos de saúde nas Constituições brasileiras. **Novos Estudos Jurídicos** – Revista com conceito A2 no Qualis Direito CAPES, v. 15, n. 3, p. 447-460, abr. 2011. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768>. Acesso em: 15 jun. 2016. pg. 449.

¹¹ Artigo. 10, inciso II – “Compete concorrentemente à União e aos Estados: II - cuidar da saúde e assistência pública”.

imposta por Getúlio Vargas; o novo texto Constitucional inibiu quaisquer direitos fundamentais conhecidos até este momento. Em seu primeiro governo, Vargas aderiu ao modelo fascista de organização política, dando início ao Estado Novo¹². Diante do caráter autoritário empunhado por Getúlio, este focou-se na concentração dos poderes no âmbito do Executivo; apesar de tais atos controladores, trouxe avanços nos Direitos Sociais, ainda que recuasse a efetividade dos Direitos Fundamentais e não garantisse o direito pleno à Saúde, conforme estabelecia o artigo 16, inciso XXVII¹³ da Constituição de 1937.

Após o final da Segunda Grande Guerra, no Brasil foi promulgada a Constituição Federal de 1.946, fortalecendo os Direitos Fundamentais e do Constitucionalismo, vale lembrar que um fato que enalteceu esta Constituição foi a redemocratização do País em 1945; neste novo texto Constitucional, direitos e garantias já estabelecidas na Constituição de 1.891 foram timidamente retomadas e adicionou-se direitos como os econômicos, sociais e culturais já enaltecidos na Carta de 1934. Mais uma vez o Direito à Saúde passou despercebido, sendo deixado de lado na nova redação da Constituição; está destacou em seu artigo 5º, inciso XV, alínea “b”¹⁴ competindo à União legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, do regime das liberdades individuais, estabelecendo o princípio da justiça, do trabalho e de educação baseando-se no conceito da solidariedade humana.

Após o período democrático retomado, no Brasil, em 1946, o país passou a ser governado pelo regime militar em 1964, período este conhecido como Golpe Militar de 64; neste período foi outorgada a Carta Constitucional de 1967, instalando um regime totalitário, com ênfase na “Doutrina de Segurança Nacional”. Essa nova Carta não previa o Direito à Saúde, repetindo novamente o texto da Carta Magna de 1946; porém novidades foram estabelecidas nesta nova Constituição, acrescentando a competência da União legislar sobre o plano nacional de saúde¹⁵.

Mas um fato ocorrido no período militar foi a edição do Ato Institucional nº 5,

¹² PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205

¹³ Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...]; XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

¹⁴ Art 5º - Compete à União: [...]; XV - legislar sobre: [...]; b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;

¹⁵ FINKELMAN, J. **Caminhos da saúde no Brasil**. Disponível em:<<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>> . Acesso em: 15 de jun 2016.

de dezembro de 1968, que concedia mais poder ao Presidente da República, e restringia os direitos políticos e individuais da população¹⁶. Já em 17 de outubro de 1969, foi editada a Emenda Constitucional n. 1, que ficou conhecida como a Nova Carta Constitucional, alterando *in totum* a Constituição de 1967, prevalecendo o regime totalitário o qual já vigorava, e novamente não fazia menção ao Direito à Saúde Pública, mas com uma novidade em seu artigo 25, §4º¹⁷, que determinava aos Municípios que dispusessem de 6% do repasse da União a título de fundo de participação dos Municípios para serem destinados a saúde.

No fim dos anos oitenta, precisamente em 1988, ainda sentindo a presença do fantasma não exorcizado dos vinte e um anos de ditadura militar, os brasileiros passam a viver a égide da Constituição Federativa do Brasil, esta promulgada pela Câmara dos Deputados, pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte Dep. Ulisses Guimarães, no dia 05 de outubro de 1988.

Face lembrar que o país foi assolado durante o regime militar, onde diminuíram as liberdades individuais e as garantias fundamentais em nome da segurança nacional. Mas em 1982, o então Deputado pelo Estado de Mato Grosso Dante de Oliveira, apresentou projeto de Emenda Constitucional junto à Mesa da Câmara dos Deputados requerendo eleições diretas. Anos mais tarde foi finalmente apresentada a Proposta de Emenda Constitucional nº 5, na qual fora votada no dia 25 de abril de 1984, mas, diante da sobra do Regime Militar e de políticos contrários à redemocratização do país, esta emenda deixou de ser apreciada por não alcançar o mínimo de quórum para sua apreciação.

Diante das manobras políticas, a população se mobilizou e surgiu o movimento das “Diretas Já” que fizeram parte da redemocratização do Brasil; podemos afirmar que sem a presença destes, talvez o Brasil ainda não tivesse alcançado o patamar de país Democrático. Diante desta, em 15 de janeiro de 1985, foi eleito, pelo Colégio Eleitoral, o Sr. Tancredo de Almeida Neves, o último Presidente eleito indiretamente no país, marcando assim o fim do regime militar, mas, a transição para a tão sonhada democracia, somente se torna concreta com a

¹⁶ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do estado, dos Poderes e histórico das Constituições**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 210

¹⁷ Art. 25 - Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá 33% (trinta e três por cento) na forma seguinte: [...]; § 4º - Os Municípios aplicarão, em programas de saúde, 6,0% (seis por cento) do valor que lhes for creditado por força do disposto no item II

promulgação da Constituição de 1988, conhecida popularmente como a Constituição Cidadã¹⁸.

Esta nova Constituição, trouxe em seu bojo um grande rol de direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º com seus 78 incisos, e outros artigos que garantem ao cidadão o direito à saúde, educação, lazer e outros que dão direito à vida digna do ser humano. No que tange ao Direito à Saúde, tema abordado neste trabalho, os artigos 6º, 196º a 200º, da Constituição Federal de 1988, os quais garantem a saúde como direito de todos, tendo como predicado a universalidade, integralidade, equidade e obrigação dos Estados.

Não há como deixar de explanar, que atualmente o Brasil conta com um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, o Sistema Único de Saúde, este foi criado a partir da promulgação da Magna Carta de 88, juntamente com requisitos trazidos com a VIII Conferencia da Saúde, abordado no item posterior deste trabalho.

2.2 A Criação do Sistema Único de Saúde e os Princípios que os Norteiam

Para que se possa entender a saúde como um direito, é necessário acompanhar um pouco da evolução histórica da saúde pública.

“Ao longo da história humana, os maiores problemas de saúde que os homens enfrentaram estiveram relacionados com a natureza da vida comunitária, como o controle das doenças transmissíveis, o controle e a melhoria do ambiente físico (saneamento), a provisão de água e comida puras, a assistência médica, e o alívio da incapacidade e do desamparo. A ênfase relativa sobre cada um desses problemas variou no tempo. E de sua inter-relação se originou a Saúde Pública como a conhecemos hoje.”¹⁹

A preocupação com a saúde está expressa já nas Escrituras Bíblicas, onde se relata diversos milagres realizados por homens de Deus, profetas, apóstolos e por Jesus Cristo. Essa preocupação sempre esteve presente e contribuiu para a evolução dos conceitos de saúde pública.

Até atingir o estágio atual a saúde pública evoluiu muito ao longo dos

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.16 apud, MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁹ ROSEN, George. **Uma história de saúde pública**. Trad. Marcos Fernandes da Silva. São Paulo: UNESP, 1994, p. 31.

tempos, porém guardando as peculiaridades de cada país, sempre explicitaram a necessidade de intervenção estatal capaz de assegurar um mínimo de dignidade humana, o que passa pelo reconhecimento dos direitos humanos e sociais por parte do Estado.

Em nível internacional a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 1946, além de outros organismos internacionais que atuam na área da saúde, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Unesco e a Cruz Vermelha foram de fundamental importância. A Organização Mundial da Saúde foi o primeiro instrumento internacional a citar o direito à saúde em sua Constituição, seguida por instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC).

O preâmbulo da Constituição da OMS traz em seu preâmbulo uma inovação conceitual sobre saúde, tratando-a como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas na ausência de uma doença ou enfermidade, passando a tratar o conceito de maneira ampla e positiva.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também preceitua que todo homem (Ser Humano) tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, assim qualificando o direito à saúde como um direito fundamental e indissociável do direito à vida, sendo este considerado o conceito mais moderno de saúde.

No Brasil, o grande marco da evolução do direito à saúde foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que o incluiu entre os direitos sociais e ainda dedicou uma seção exclusiva ao tema, como expressa o artigo 196^o.²⁰

No plano infraconstitucional a Lei nº 8.080, de 1990 regulamenta a saúde criando o Sistema Único de Saúde – SUS, através do qual as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, guiando-se por princípios como o acesso universal, integralidade e igualdade de assistência.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é formado pelo “conjunto de todas as 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”, conforme estabelece o artigo 4º da Lei n. 8.080/90.

²⁰ Artigo 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Sistema Único de Saúde representou a materialização de uma nova concepção de saúde pública. No período anterior à Constituição de 1988, só se tinha acesso gratuito às instituições de saúde os cidadãos brasileiros contribuintes com o sistema previdenciário, excluindo as demais pessoas deste direito.

A criação do SUS foi um dos maiores marcos da história do setor da saúde no Brasil, pois trouxe consigo mudanças significativas para a sociedade, introduzindo princípios doutrinários que romperam com o excludente sistema anterior, que dava acesso somente aos trabalhadores. O novo sistema de saúde passou a tratar todos os cidadãos de maneira igualitária, garantindo-os o direito de acesso aos serviços de saúde, sendo norteado pelos princípios estabelecidos no artigo 7º da /90.

O surgimento do Sistema Único de Saúde é um projeto que consagrou os princípios da Universalidade, Equidade e Integralidade da atenção à saúde da população brasileira, e dos estrangeiros residentes ou que se encontram no território brasileiro. Estes princípios garantem o acesso universal da população a bens e serviços que garantam sua saúde e bem-estar, de forma equitativa e integral, sendo chamados de “Princípios Finalísticos”, que dizem respeito à natureza do sistema que se pretende conformar, em outra linha, existem os “Princípios Estratégicos”, que dizem respeito às diretrizes políticas, organizativas e operacionais, apontando como deverá vir a ser construído o Sistema Único de Saúde , estes princípios secundários, mas, não menos importantes são o Princípio da Descentralização, a Regionalização, a Hierarquização e por fim, o Princípio da Participação Social.

A Universalidade é um princípio finalístico; nada mais é que um ideal a ser alcançado, indicando uma das características do sistema que se pretende construir e o caminho para sua construção. Para que o Sistema Único de Saúde venha a ser universal, é necessário desencadear um processo de universalização, isto é, um processo de expansão da cobertura dos serviços, de modo que venham, paulatinamente, a se tornar acessíveis a toda a população.

A saúde é assegurada como direito fundamental, um direito humano positivado no Brasil. Assim, a cláusula da universalidade é seu corolário inexorável, já que o acesso aos direitos fundamentais depende unicamente do pertencimento à

espécie humana, sendo dispensado qualquer outro requisito²¹.

O reconhecimento dos direitos fundamentais como direito de todos é uma conquista da sociedade moderna e teria se manifestado pela primeira vez na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, documento culminante da Revolução Francesa de 1789. Até essa data, as declarações de direito tinham abrangência limitada, destinando-se apenas a uma pequena parcela da sociedade²².

O acesso universal à saúde é uma conquista da sociedade brasileira, já que anteriormente, o acesso às ações e serviços de saúde era limitado. A saúde como direito de todos foi fruto de uma grande mobilização da sociedade brasileira deflagrada pelo movimento de reforma sanitária. Esse movimento teve como marco a VIII Conferência Nacional de Saúde, no ano de 1986, onde foram propostas as bases para o novo modelo de saúde, que foi consagrado pela Constituição de 1988, e posteriormente com a criação do SUS – Sistema Único de Saúde, Lei n. 8.080/90, a qual regulamenta e operacionaliza o atendimento público da saúde.

Atualmente existe, grande dificuldade de se determinar com precisão o conteúdo do direito à saúde, saber se o direito foi desrespeitado em uma situação concreta, já que o direito à saúde, assim como outros direitos sociais como moradia e educação seriam incorrigivelmente vagos. Para alguns autores tratam-se de meta-direitos, ou seja, direitos à implementação, pelo Estado, de políticas globais para melhoria da saúde e não de direitos individuais, como determinados tratamentos ou medicamentos. É uma posição difícil de rebater, entretanto aceitá-la seria reconhecer que tais direitos seriam apenas slogans políticos, e que, apesar de expressos na Constituição não possuem a força que se espera das normas fundamentais.

“De acordo com a Constituição, o Estado deve adotar políticas sociais e econômicas e ações e serviços de saúde de “acesso universal igualitário”. (art. 196) Ou seja, os serviços e ações de saúde promovidos pelo Estado devem ser acessíveis a todos os cidadãos e estrangeiros residentes no país em condições de igualdade”.²³

²¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, **Revista de Direito Administrativo** n 217, 1999. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 13 de maio 2016.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

²³ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Disponível em:

É importante ressaltar, no entanto, que, ao garantir o acesso universal à saúde, o constituinte brasileiro de 1.988 não agiu de maneira irresponsável ou desconectada da realidade social, já que a própria Constituição apontou, também, a correspondente fonte de financiamento, a qual encontra previsão no artigo 195º da Constituição de 1.988, que atribui a responsabilidade para toda a sociedade, por meio de contribuições, e também por receitas dos orçamentos da União, Estados e Municípios conforme o artigo 195º da Constituição Federal.

As contribuições sociais possuem destinações específicas de financiamento da seguridade social, incluindo a saúde, cerca de 40% desta arrecadação da União provem destas contribuições sociais. Porém, a arrecadação é realizada pela Receita Federal, não sendo destinada em sua totalidade para a saúde pública, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 198, §2º e seus incisos, obrigam a União, Estados, e Municípios, a destinarem porcentagens de suas arrecadações brutas, ficando estabelecido o montante de 15% a União, aos Estados, 12% de suas receitas serão destinados a Saúde Pública, e aos Municípios outros 15% de suas arrecadações, estes estabelecidos de acordo com a Lei Complementar 141/2012.

Mas, é impreciso relatar direitos e garantias Constitucionais, sem ao menos fazermos uma pequena volta ao tempo e vislumbrarmos se existia alguma segurança ou garantia no direito à saúde nas Constituições passadas, desta forma, no item a seguir serão ponderadas essas dúvidas.

Além de tudo isso, se coloca em cena o princípio da equidade, mais um dos princípios finalísticos do SUS e, atualmente, o tema central em todos os debates sobre as reformas dos sistemas de saúde no mundo ocidental. A noção de equidade diz respeito à necessidade de se “tratar desigualmente os desiguais” de modo a se alcançar a igualdade de oportunidades de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma dada sociedade. O ponto de partida da noção de equidade é o reconhecimento da desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais e o reconhecimento de que muitas dessas desigualdades são injustas e devem ser superadas. Em saúde, especificamente, as desigualdades sociais se apresentam como desigualdades diante do adoecer e do morrer, reconhecendo-se a

possibilidade de redução dessas desigualdades, de modo a garantir condições de vida e saúde mais iguais para todos.

Percebe-se que o princípio da equidade diz respeito a duas dimensões do processo de reforma do sistema de saúde. De um lado, a reorientação do fluxo de investimentos para o desenvolvimento dos serviços nas várias regiões, Estados e Municípios, e, de outro, a reorientação das ações a serem realizadas, de acordo com o perfil de necessidades e problemas da população usuária. Nesse último sentido, a busca de equidade se articula, dinamicamente com outro princípio finalístico do SUS, qual seja, a integralidade do cuidado à saúde.

A noção de integralidade diz respeito ao leque de ações possíveis para a promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos e assistência a doentes, implicando a sistematização do conjunto de práticas que vem sendo desenvolvidas para o enfrentamento dos problemas e o atendimento das necessidades de saúde. A integralidade é (ou não) um atributo do modelo de atenção, entendendo-se que um “modelo de atenção integral à saúde” contempla o conjunto de ações de promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos, assistência e recuperação. Um modelo “integral”, portanto, é aquele que dispõe de estabelecimentos, unidades de prestação de serviços, pessoal capacitado e recursos necessários, à produção de ações de saúde que vão desde as ações inespecíficas de promoção da saúde em grupos populacionais definidos, às ações específicas de vigilância ambiental, sanitária e epidemiológica dirigidas ao controle de riscos e danos, até ações de assistência e recuperação de indivíduos enfermos, sejam ações para a detecção precoce de doenças, sejam ações de diagnóstico, tratamento e reabilitação.

O debate em torno das estratégias de mudança do sistema de serviços de saúde de modo a que este venha a garantir a integralidade do cuidado não é novo, tendo ocorrido em vários países do mundo ocidental, desde o século passado. As políticas e reformas desenvolvidas em vários sistemas de saúde no mundo, como Inglaterra, Suécia, Dinamarca, Canadá, Itália, etc. contribuíram para a sistematização de vários princípios organizativos, que foram assumidos, em nossa legislação, como “diretrizes estratégicas” para a organização do SUS, que são a descentralização da gestão dos recursos, a regionalização e hierarquização das unidades de produção de serviços e a integração das ações promocionais, preventivas e curativas.

A descentralização da gestão do sistema implica na transferência de poder de decisão sobre a política de saúde nos níveis federal, estadual e municipal. Esta transferência ocorre a partir da redefinição das funções e responsabilidades de cada nível de governo com relação à condução político-administrativa do sistema de saúde em seu respectivo território (nacional, estadual, municipal), com a transferência, concomitante, de recursos financeiros, humanos e materiais para o controle das instâncias governamentais correspondentes.

A regionalização e a hierarquização dos serviços dizem respeito à forma de organização dos estabelecimentos (unidades de unidades) entre si e com a população usuária. A regionalização dos serviços implica a delimitação de uma base territorial para o sistema de saúde, que leva em conta a divisão político-administrativa do país, mas também contempla a delimitação de espaços territoriais específicos para a organização das ações de saúde, subdivisões ou agregações do espaço político-administrativo. A hierarquização dos serviços, por sua vez, diz respeito à possibilidade de organização das unidades segundo grau de complexidade tecnológica dos serviços, isto é, o estabelecimento de uma rede que articula as unidades mais simples às unidades mais complexas, através de um sistema de referência e contra referência de usuários e de informações. O processo de estabelecimento de redes hierarquizadas pode também implicar o estabelecimento de vínculos específicos entre unidades (de distintos graus de complexidade tecnológica) que prestam serviços de determinada natureza, como, por exemplo, a rede de atendimento a urgências/emergências, ou a rede de atenção à saúde mental.

Finalmente, a integração entre as ações promocionais, preventivas e curativas diz respeito à possibilidade de se estabelecer um perfil de oferta de ações e serviços do sistema que contemple as várias alternativas de intervenção sobre os problemas de saúde em vários planos de sua “história (natural) social”, abarcando intervenções sobre condições de vida, riscos e danos à saúde. Cabe registrar a distinção entre “integralidade” e “integração”, termos que por vezes se confundem no debate acerca da organização dos serviços de saúde. Se a integralidade, como posto anteriormente, é um atributo do modelo, algo que o modelo de atenção à saúde “deve ser”, a integração é um processo, algo “a fazer” para que o modelo de atenção seja integral. Nesse sentido, a integração envolve duas dimensões: uma

dimensão “vertical”, proporcionada pelo estabelecimento da hierarquização dos serviços, que permite a produção de ações de distinta complexidade (primária, secundária, terciária) em função da natureza do problema que se esteja enfrentando, e uma integração “horizontal”, que permite a articulação, no enfrentamento do problema, de ações de distinta natureza (promoção, prevenção, recuperação).

A construção de um modelo de atenção integral à saúde pressupõe, portanto, o desenvolvimento de um processo de implantação de ações que não são desenvolvidas no sistema de saúde, ao mesmo tempo em que se promove a integração, tanto “vertical” quanto “horizontal” de ações que são desenvolvidas. No primeiro caso, situam-se, por exemplo, as ações de vigilância ambiental, sanitária e epidemiológica, escassamente desenvolvidas na maioria dos nossos sistemas municipais de saúde, bem como as ações de promoção da saúde, praticamente inexistentes em nosso sistema como um todo. No segundo caso, cabe articular ações de prevenção e de assistência que vem sendo historicamente desenvolvidas por instituições diferentes, com lógicas organizacionais distintas, como é o caso do antigo INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), das antigas SES (Secretarias Estaduais de Saúde), da FUNASA (Fundação Nacional de Saúde), etc. hoje integradas no MS (Ministério da Saúde), SES (Secretaria Estadual de Saúde) e SMS (Secretaria Municipal de Saúde), instituições envolvidas no processo de construção do novo modelo de atenção à saúde no SUS.

2.3 A VIII Conferência da Saúde: Pré-Constituinte do Sistema Único de Saúde

A criação do Sistema Único de Saúde iniciou-se a partir da VIII Conferência da Saúde, realizada em Brasília em meados de março de 1986, contando com a participação da população, associações de profissionais da saúde, sindicatos e partidos políticos. Esta Conferência ficou conhecida como “Pré-Constituinte da Saúde”, sendo dividida em três temas centrais: a) A saúde como direito inerente à personalidade e à cidadania; b) a reformulação do sistema nacional de saúde; e c) o financiamento setorial”.

Esse evento ficou marcado na história da saúde pública brasileira, pois, além de tratar da construção do Sistema Único de Saúde, contou com a participação

popular, impulsionadas pelo Movimento da Reforma Sanitária, tendo como principal objetivo a criação de um sistema que direcionasse a cobertura universal dos serviços de saúde independentemente de contribuição. Neste sentido, Bravo afirma:

“A 8ª CNS representou, inegavelmente, um marco, pois introduziu no cenário da discussão da saúde a sociedade. Os debates saíram dos seus fóruns específicos (Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Medicina Preventiva, Saúde Pública) e assumiram outra dimensão com a participação da população [...] A questão da Saúde ultrapassou a análise setorial, referindo-se à sociedade como um todo, propondo-se não somente o SUS, mas a Reforma Sanitária”.²⁴

Os objetivos desta conferência foram contemplados *in totum* nos artigos 6º, 196º a 200º da Constituição Federal de 1988, afirmando a importância de promover a saúde como direito fundamental de cidadania, cabendo aos entes federados a obrigatoriedade de garanti-las a todos os cidadãos.

A respeito dos preceitos constitucionais, “saúde direito de todos e dever do Estado”, defendeu-se a assistência médico-sanitária integral e de caráter universal, garantindo o acesso igualitário dos usuários aos serviços, sendo estes hierarquizados e a sua gestão descentralizada. Assim concretizava-se o modelo de saúde pública que conhecemos atualmente, sobre o qual discutiremos adiante. Teixeira em sua obra, destaca os principais aspectos Constitucionais em relação à Saúde foram:

“O direito universal à Saúde e o dever do Estado, acabando com discriminações existentes entre segurado/não segurado, rural/urbano; As ações e Serviços de Saúde passaram a ser considerados de relevância pública, cabendo ao poder público sua regulamentação, fiscalização e controle; Constituição do Sistema Único de Saúde integrando todos os serviços públicos em uma rede hierarquizada, regionalizada, descentralizada e de atendimento integral, com participação da comunidade; A participação do setor privado no sistema de saúde deverá ser complementar, preferencialmente com as entidades filantrópicas, sendo vedada a destinação de recursos públicos para subvenção às instituições com fins lucrativos. Os contratos com entidades privadas prestadoras de serviços far-se-ão mediante contrato de direito público, garantindo ao Estado o poder de intervir nas entidades que não estiverem seguindo os termos contratuais e proibição da comercialização de sangue e seus derivados”.²⁵

²⁴ BRAVO, Maria Inês Sousa. **Serviço Social e Reforma Sanitária: Lutas sociais e práticas profissionais**. São Paulo e Rio de Janeiro: Cortez e Ed. UFRJ, 1996. pg. 96.

²⁵ TEIXEIRA, Sonia Fleury. Reflexões teóricas sobre democracia e reforma sanitária. In: TEIXEIRA, Sonia Fleury (org.). **Reforma Sanitária em busca de uma teoria**. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Abrasco. 1989. p. 17–46. Disponível em: <

Vimos que após muitas lutas, conquistas foram alcançadas no tocante da saúde pública, primeiro o direito e garantia ao acesso de todos, posteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou um novo sistema de proteção social, fazendo com que o Estado se tornasse responsável pelas garantias demonstradas na CF/88, e pôr fim a própria criação do Sistema Único de Saúde.

2.4 O Sistema Único de Saúde: de Sua Criação aos Dias Atuais

O Sistema Único de Saúde é fruto de lutas e reivindicações sociais da população brasileira, e que iniciou sua luta após a VIII Conferência Nacional da saúde, como citado no item anterior. Assim entende-se que o Sistema Único de Saúde é uma conquista da sociedade brasileira. Todavia, o Sistema que temos está longe do sistema que queremos, ou seja, bem longe da realidade almejada.

O Sistema Único de Saúde tem como base legal os seguintes documentos: a Constituição Federal de 1988, que criou o SUS; a Lei n. 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que trata sobre sua forma de organização e de funcionamento, e a Lei n. 8.142/90, que versa sobre a participação popular e a transferência de recursos. Não se pode deixar de ponderar que o Sistema Único de Saúde foi criado para suprir as necessidades da sociedade; é concretizado como um direito da cidadania e apesar de estar dentro de uma conjuntura neoliberal, no qual à retratação do Estado em relação aos direitos sociais, cabendo ao Poder Público organiza-los e garanti-los. Segundo Leiva:

O modelo de saúde adotado até então dividia os brasileiros em três categorias: os que podiam pagar por serviços de saúde privados; os que tinham direito à saúde pública por serem segurados pela previdência social (trabalhadores com carteira assinada); e os que não possuíam direito algum. Assim, o SUS foi criado para oferecer atendimento igualitário e cuidar e promover a saúde de toda a população. O Sistema constitui um projeto social único que se materializa por meio de ações de promoção, proteção e recuperação na assistência à saúde dos brasileiros²⁶.

Nesta mesma linha Paim, define as ações de proteção, promoção e

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000162&pid=S0103-7331200800040000300037&lng=en. Acesso em: 19 de jun 2016.

²⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

recuperação como:

“PROMOÇÃO da Saúde: tudo que estiver ligado ao bem-estar e a qualidade de vida do sujeito, como boas condições de vida, educação, atividade física, lazer, paz, alimentação, arte, cultura, diversão, entretenimento e ambiente saudável. PROTEÇÃO da Saúde: vacinação, combate a insetos transmissores de doenças, uso de cintos de segurança nos veículos, distribuição de camisinhas para a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, bem como o controle da qualidade da água, alimentos, medicamentos e tecnologias médicas. RECUPERAÇÃO da Saúde: requer diagnóstico precoce, tratamento oportuno e limitação do dano (doença ou agravo), evitando complicações ou sequelas. A atenção à saúde na comunidade e a assistência médica ambulatorial, hospitalar e domiciliar representa as principais medidas para a recuperação da saúde”²⁷.

O Sistema Único de Saúde é norteado pelos princípios da universalidade; integralidade; equidade; regionalização; e hierarquização. Através da criação do SUS, avanços surgiram nos modelos de concepções de saúde, pois até meados de 1970, a saúde era limitada aos modelos curativistas e previdenciários. Mesmo com os golpes das políticas neoliberais, o Sistema Único de Saúde transformou-se na política pública de maior amplitude, pois 75% da população brasileira são dependentes deste sistema para solucionar problemas de saúde.

Entretanto, sabe-se que o SUS é considerado como direito social de todos. Embora seja inegável reconhecer os avanços, temos que reconhecer que o real está longe do ideal, o sistema padece de problemas que veem causando a insatisfação dos cidadãos, dos trabalhadores e profissionais que integram este sistema, assim pondera Paim:

“Filas vergonhosas para a assistência médica desde a madrugada ou o dia anterior; descortesia nos guichês dos hospitais e unidades de saúde; desatenção de seguranças, recepcionistas, auxiliares e profissionais de saúde diante de pessoas fragilizadas; corredores superlotados de macas nos serviços de pronto-socorro; disputa por fichas para exames; *longas esperas em bancos desconfortáveis*; *via crucis* (grifo do autor) do paciente em ter diferentes unidades de saúde, médicos e especialistas, [...]”²⁸.

Além de todo constrangimento, em busca de algo que é garantido pela Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado, temos hoje em dia a Judicialização da saúde pública, tal procedimento acaba muitas vezes

²⁷ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é SUS?** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. pp. 44-45

²⁸ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é SUS?** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. p. 89.

impossibilitando que os cidadãos tenham seus direitos assegurados. Desta forma, percebemos o quanto o SUS é fragilizado, e o quanto necessita de melhorias, para assim tentar amenizar ou transformar tal situação.

2.5 A Máxima Efetividade do Direito à Saúde, e a Responsabilidade Solidária Afirmada pela Constituição Federal

Apesar da previsão Constitucional em relação às fontes financiadoras do direito à saúde, a escassez de recursos continua sendo uma baliza para a definição do conteúdo do direito constitucional à saúde. Pelo menos três fatores se fazem indispensáveis para que se possa garantir o direito à saúde. É preciso compreender que a saúde não se refere apenas à ausência de doença, mas a um conceito multidimensional que envolve determinantes de natureza social, econômica e culturais. Todas estas questões implicam na complexidade na elaboração e implementação das políticas de saúde. É importante lembrar ainda que as necessidades de saúde dos indivíduos ultrapassam os recursos disponíveis, obrigando os gestores a fazerem complexas escolhas sobre a aplicação dos recursos.

O artigo 21º da Constituição Federal trata das competências exclusivas da União. O artigo estabelece diversas atividades que devem ser exercidas exclusivamente pela União. Não atribui nenhuma atividade voltada diretamente à saúde, mas estabelece outras atividades que repercutirão na qualidade de vida da população, como habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Já artigo 23^{o29} da Constituição Federal refere-se à competência comum

²⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- II - cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
- III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
- V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
- VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
- VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

entre União, Estados Distrito Federal e Municípios. Tratam-se de obrigações que devem ser exercidas de maneira conjunta entre os entes da federação. Dentre elas, estão os cuidados relativos à saúde.

Observa-se que o constituinte brasileiro atribuiu aos entes federativos o dever de cuidar da saúde. Juntos, eles devem conceder à população mecanismos para se atingir o bem estar social. De maneira indireta, a Constituição atribuiu aos entes federativos outras atividades que irão contribuir indiretamente para a melhoria de sua qualidade de vida.

No que tange o artigo 24³⁰ da Constituição Federal, afirma ainda que é dever da União, juntamente com os Estados e Distrito Federal legislar sobre os temas ali dispostos, dentre os quais está o dever de proteção e defesa da saúde. À União compete o dever de editar normas gerais, enquanto aos Estados e Distrito Federal cabe o poder de legislar supletivamente sobre a matéria, complementando as regras

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

³⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; I

I - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário

editadas pela União.

Como citado anteriormente, o artigo 23, inciso II da Constituição Federal atribui aos entes federados zelar pela saúde pública, mas, não há na Magna Carta de 1988, artigo que regulamente a responsabilidade solidária, sendo este emprestado do Código Civil que no artigo 275, versa que o “credor poderá cobrar de qualquer de um dos devedores”, trazendo isso ao tema, pode-se afirmar que com relação ao fornecimento de medicamentos e procedimentos cirúrgicos e outros, a responsabilidade de um ente público não isenta a legitimidade dos demais. No entanto, se um não cumprir com seu papel constitucional, os demais deverão cumprir a obrigação. Neste sentido afirma Wal Martins em sua obra:

“Não poderá qualquer ente da federação eximir-se da responsabilidade de assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves, alegando ser responsabilidade de outro ente federado, ou ainda, de que este atendimento está vinculado a previsão orçamentária, pois o SUS é composto pela União, Estados-membros e Municípios”.³¹

Nesta linha já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em vários julgados sobre o mesmo assunto:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. **É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.** 3. Agravo regimental improvido’ (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20.8.2010)”.

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO. **I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental**

³¹ MARTINS, Wal. **Direito a saúde**: compêndio. Belo horizonte. Ed.Fórum, 2008, p. 65

de prestação de saúde é solidária. II – Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. III - Agravo regimental improvido' (AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010)".

Há de se observar que o assunto responsabilidade solidária dos entes da federação é ponto incontroverso no ordenamento jurídico brasileiro, já pacificado. Não sustenta interpretações, devendo o indivíduo, quando observar que seu direito encontra-se ameaçado no que tange à saúde, buscar o Judiciário para ratificar a incontroversa, impondo a obrigação de fazer aos entes, dizendo o direito no caso concreto.

Mas existem situações em que os tratamentos e cirurgias são específicos, como tratamentos de câncer ou cirurgias cardíacas, que passam a ser de responsabilidade da União e dos Estados, cabendo ao Município somente a regulação e o transporte do paciente. Como a demanda judicial n. 3026-60.2014.811.0025, do Fórum da Comarca de Juína³², onde o paciente pleiteava procedimento cirúrgico cardíaco, em sentença judicial o nobre Magistrado obrigou ao Estado de Mato Grosso o pagamento total das despesas junto ao Hospital particular que procedeu os cuidados médicos.

A responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao tratamento e/ou custeio dos procedimentos médicos é um ponto que restou pacificado em todos os tribunais do Brasil, até porque, estes sabem que eventual recurso especial ou extraordinário contestando essa responsabilidade será fadado ao indeferimento. Assegurando desta forma o total atendimento aos cidadãos à Saúde Pública por meio da Judicialização.

³² Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Sentença Terminativa. Magistrado: Roger Augusto Bim Donega, 1º Vara da Comarca de Juína. Publicado no DJE/MT n. 9760 de 26/04/2016. Disponível em: <http://servicos.tjmt.jus.br/processos/comarcas/dadosProcessoPrint.aspx>. Acesso em: 28 de jun 2016.

3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A judicialização surgiu em meados do século XIX, consequência da Revolução Francesa, diante da implementação da jurisdição única, ampliando assim os poderes que eram destinados aos juízes, considerando o procedimento Civil moderno, os privilégios das classes foram excluídos³³. As ideias de liberdade e igualdade paulatinamente fizeram a sociedade se aproximar do Judiciário.

Após a redemocratização do Brasil, sendo preconizados a dignidade humana, e o acesso à justiça, revigorando assim o acesso ao Judiciário para garantias de direitos humanos, fundamentais, vale lembrar que a busca por direitos junto ao Judiciário é a última guarida para a garantia efetiva de direitos.

Segundo Barroso, nós temos uma “constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”³⁴. De fato, é possível a judicialização de quaisquer direitos, uma vez que a Carta Magna de 1988 é abrangente, não impondo limites para tutelas judiciais.

Devido ao grande crescimento das judicializações, a União, Estados e Municípios, vêm sofrendo um desequilíbrio orçamentário, determinado por liminares que garantem o acesso individual ou coletivo à saúde, Barroso define:

“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 (...). 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”³⁵.

³³ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Judicialização e legitimidade democrática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2620, 3 set. 2010 .<Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/17325>> . Acesso em 14 jun. 2016. p. 01

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf . Acesso em 14 jun. 2016. p. 02

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf . Acesso em 14 jun. 2016. p. 03

No caso em que nos importa, é salientar que o movimento de judicialização surgiu nos anos 90, para a obtenção dos coquetéis para o tratamento da AIDS pelos pacientes. No entanto, nos últimos anos, as demandas aumentaram drasticamente, provocando discussões sobre suas legitimidades e até mesmo a possibilidade de atendimentos, uma vez que existe uma saturação dos hospitais públicos que, bem sabemos, veem sendo sucateados há anos, visto a finitude dos orçamentos Estaduais e Municipais.

As concepções individualistas e fragmentadoras da realidade têm hegemonia atualmente nas políticas brasileiras, estabelecendo uma tensão entre as perspectivas coletivas e universais do projeto contra-hegemônico e aquelas que desejam transformar a saúde em mais uma mercadoria.

Logo, os cidadãos são cada vez mais responsabilizados por suas condições de vida, e o direito à saúde é ignorado muitas vezes pelo Estado, fazendo com que estes cidadãos vejam o Poder Judiciário como uma alternativa na busca por medicamentos e tratamentos. Forma-se assim, um processo de judicialização, totalmente contraditório e funcional para o Estado neoliberal.

3.1 A Judicialização da Saúde como Fenômeno do Estado Democrático De Direito

A concretização dos direitos fundamentais, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, é a base para o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, os Poderes Públicos possuem a função de promover a efetivação dos direitos sociais, onde se insere também o Direito à Saúde. Uma das ferramentas utilizadas para efetivação destes direitos são as Políticas Públicas.

“Programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”.³⁶

As Políticas Públicas surgem na esteira dos direitos sociais, com a superação do liberalismo político. O Estado liberal teve John Locke como um de

³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

seus grandes teóricos, o qual preconizou a concepção da separação dos Poderes no Estado, a supremacia das leis, e os direitos individuais³⁷. Como afirma Emanuel Kant, “o Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto.”³⁸

Para assegurar os direitos fundamentais, a própria Constituição Federal disponibilizou instrumentos que podem contribuir para a materialização destes direitos. Estes instrumentos são denominados remédios constitucionais, tratando-se de meios aptos para provocar a intervenção das autoridades competentes no sentido de corrigir ilegalidades e abusos de poder quando detrimientos aos direitos e interesses individuais e coletivos.³⁹ Os remédios constitucionais são o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular.

Como neste trabalho abordaremos a falta de cumprimento de um direito líquido e certo, abordaremos somente o Mandado de Segurança, vale ressaltar que os demais são de enorme relevância para a sociedade civil.

O mandado de segurança é uma classe de ação judicial que visa principalmente resguardar direitos negados, ou mesmo ameaçado, por autoridade pública ou no exercício de atribuições do poder público. Lembra-se que para a impetração deste “remédio constitucional” é necessário que haja a negativa do direito, podendo ser impetrado com prazo decadencial de 120 dias após a ciência do ato impugnado em vista da ilegalidade ou o abuso de poder causador do dano. Salienta-se que no Mandado de Segurança é possível a obtenção de medida liminar, desde que existam plausibilidade da alegação (*Fumus Boni Juris*), e a urgência da medida (*Periculum in mora*). Igualmente é possível a obtenção da tutela antecipada em medida liminar, que nada mais é que uma outra modalidade de antecipar os efeitos da decisão final, desde que presente os requisitos da prova inequívoca e verossimilhança da alegação, ou receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito de defesa.

³⁷ SILVA, Juvêncio Borges; TAVARES NETO, José Querino. **Judicialização das políticas públicas no estado democrático de direito: uma análise do contexto brasileiro**. Disponível em: <http://www.fclar.unesp.br/Home/Pesquisa/GruposdePesquisa/participacaodemocraciaepoliticaspUBLICAS/encontrosinternacionais/pdf-st13-trab-aceito-0423-10.pdf>. Acesso em: 19 de Maio de 2016.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado e Direito no Pensamento de Emanuel Kant**, vol. 1, 5ª Ed., São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 15-16.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

Outra demanda muito utilizada e com mais frequência é a ação ordinária, cumulada com pedido de liminar. Vale ressaltar que esta demanda pode obter vários nomes genéricos, como Ação de Obrigação de Fazer, Ação de Descumprimento de Garantias Constitucionais, ou só mesmo ação ordinária. Diferentemente do Mandado de Segurança, está não conta com prazo decadencial para sua propositura, mas, os requisitos para concessão de medida liminar ou cautelar são os mesmos.

No Município de Juína, a demanda mais utilizada é a ação de obrigação de fazer, com pedido de liminar, pois, desta forma, pode-se requerer, além da liminar, a tutela antecipada, que como citado anteriormente é uma variação da ação ordinária fazendo com que as possibilidades de sucesso na garantia e efetividade do direito seja legalmente alcançada.

No ano de 2016, foram protocoladas junto ao Fórum da Comarca de Juína, aproximadamente 120 ações judiciais pleiteando garantias ao acesso à saúde, dentre essas, 55% foram impetradas por advogados particulares, ou seja, do número total, 66 demandantes gozam de recursos para arcar com despesas e honorários advocatícios para que seus direitos fossem garantidos; os 45% restantes, ou seja, 54 processos, foram impetrados como Ações Cíveis Públicas pelo Ministério Público; vale ressaltar que o Município de Juína não é assistido pela Defensoria Pública de Mato Grosso. Estes dados foram levantados junto ao Sistema Apolo do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, de forma manual e contabilizadas uma a uma.

Em outras palavras, há acima a concretização da elitização da Saúde, onde se mede as pessoas por sua capacidade financeira e não por serem cidadãos com igualdade e garantia de inviolabilidade do direito à Vida, conforme relata o caput artigo 5º⁴⁰ da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, existe, no Brasil dois tipos de cidadãos, os que tem seus direitos adquiridos e os que veem seus direitos cada dia mais distantes, ficando conhecidos como cidadãos de segunda classe, esses mesmo sendo brasileiros natos, não veem seus direitos sendo aplicados, deixando a dignidade e orgulho se esfacelar humilhando-se para que o seu direito a saúde seja aplicado, por uma falta de

⁴⁰ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

políticas públicas e por uma omissão generalizada do Poder Público, este fato faz crescer justificadamente as demandas judiciais em prol da assistência médica hospitalar. O que se vê nos noticiários todos os dias, como mortes em filas de espera, a chamada para a realização de um exame o paciente já faleceu, e outras atrocidades vem aumentando devido à ganância imensurável das pessoas que se dizem representantes da sociedade, pessoas estas que somente veem o lado da corrupção, deixando ao escárnio pessoas trabalhadoras que movimentam a nação.

A efetiva afirmação da judicialização vem demonstrada no levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que monitora anualmente a quantidade e o tipo das demandas empregadas junto aos Tribunais de cada ente federado:

Tribunal Estadual	Número de ações
TJSP	44.690
TJAC	7
TJAP	76
TJAL	6.303*
TJBA	841
TJAM (não informado)	-
TJCE	8.344
TJDFT	2.575
TJES	8.991
TJMG	66.751
TJPA	19
TJGO	309
TJMS	1.081
TJMA	668
TJMT	6.664
TJPE (não informado)	-
TJRJ	46.883
TJRR	64
TJPI	229
TJRN	452
TJPR	2.609
TJRO	595
TJRS	113.953
TJSC	18.188
TJTO	149
TJSE	189
TJPB (não informado)	-
Total:	330.630

Levantamento do Conselho Nacional de Justiça 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-11/1139-mil-processos-tj-rs-lidera-demandas-area-saude>. Acesso em: 28 de jun. 2016.

Como visto, somente no ano de 2015, foram ajuizados mais de 330 Mil pedidos relacionado à Saúde Pública em todos os Tribunais Estaduais, no tocante ao Estado de Mato Grosso, podemos observar que ocupa um lugar de expressão, pois retirando os Estados de grandes proporções populacionais, Mato Grosso ocupa

a 8º posição, dos Entes que mais sofreram judicialização da Saúde Pública. Estes números vem demonstrar que a população de fato está a sofrer, primeiro por não terem seus direitos garantidos, segundo por estarem jogados à própria sorte.

Outro ponto é a questão orçamentária, pois, diante das demandas judiciais, passam a existir os bloqueios financeiros, fazendo com que os orçamentos e as políticas públicas não sejam cumpridos efetivamente, tendo em vista os bloqueios judiciais, fazendo com que pessoas que não gozam de conhecimento e recursos financeiros para a busca da tutela jurídica amargue nas grandes e longas filas do Sistema Único de Saúde.

Vale ressaltar que não existe um número exato de demandas que ainda tramitam junto ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso, nem dos valores que foram bloqueados no ano de 2.016. Mas, no ano de 2.015, bloqueou-se aproximadamente R\$ 66 milhões de reais referente demandas judiciais pleiteando atendimento, medicamentos e procedimentos cirúrgicos no Estado.

Desde o ano de 2.009 a 2.015, os valores bloqueados nas contas do fundo Estadual de Saúde (FES) e da Conta Única do Estado, totalizaram R\$ 145.735.895,91 (Cento e quarenta e cinco milhões setecentos e trinta e cinco mil oitocentos e noventa e cinco reais e noventa e um centavos), conforme demonstra tabela abaixo:

Exercícios	Conta Única	FES	Total
2009	944.011,02		944.011,02
2010	1.311.069,16		1.311.069,16
2011	1.256.981,01		1.256.981,01
2012	1.256.981,01	490,00	5.741.671,34
2013	12.448.355,21	315.926,12	12.764.281,33
2014	47.363.108,87	9.604.001,82	56.967.110,69
2015	57.344.474,97	9.406.296,39	66.750.771,36
Total	126.409.181,58	19.326.714,33	145.735.895,91

NETO, Jorge de Araújo Lafetá. Crescimento da Judicialização da Saúde em Mato Grosso e os Impactos gerados nas Políticas Estaduais. Dados Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00049131/Jorge%20Lafeta.pdf>>. Acesso em: 23 de jun. 2016. Adaptada pelo autor.

Dentre os vários pedidos das demandas judiciais, as principais são cirurgias

ortopédicas com 47%, seguida por tratamentos oftalmológicos 23%, cardíacos 22% e de urologia 8%, conforme dados do Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de Justiça de Mato Grosso⁴¹.

Ressalta-se que, não só o Estado sofre com os resultados das judicializações, mas os municípios acabam por sofrer uma grande perda de sua receita que, sabemos, vem caindo drasticamente ao passar dos anos. Mesmo os tratamentos e medicamentos pleiteados sendo de alto custo ou alta complexidade, que são de obrigação Estadual.

Entre os fatores que levam à ineficácia do artigo 196º da Constituição Federal, está a falta de vontade política, a falta de respeito à Constituição por parte dos Poderes Políticos e a falta de compreensão em relação ao porquê de existirem Poderes Constituídos para a defesa do interesse público⁴².

Neste cenário, o cidadão não encontra serviços que atendam o seu direito. Surge, assim, a judicialização do direito à saúde, buscando junto ao Poder Judiciário a efetiva concretude para a efetivação e garantia do direito à saúde.

Germano Schwarz afirma que o “Judiciário assume papel de destaque na guarda do Estado Democrático de Direito, que visa à transformação do “*status quo*” – principalmente o sanitário, já que não se pode falar em vida digna sem saúde”⁴³.

A lentidão ou ineficiência do Estado na efetivação do direito à saúde acaba desconfigurando o Estado Democrático de Direito, mostrando-se mais adequado ao modelo de Estado Liberal, o distanciamento estatal em relação às questões sociais causa a desigualdade. Para Cruz e Sartor, a falta de políticas públicas de ampla abrangência social faz com que os serviços de qualidade tornem-se privilégios de uma pequena parcela da população; aquela com mais condições econômicas e financeiras, o que é uma condição incompatível com a vida, com a dignidade humana e a igualdade⁴⁴.

⁴¹ II Fórum Municípios e Soluções – Diagnósticos e Desafios do Sistema Público de Saúde de Mato Grosso. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00049129/Lidiane.pdf>>. Acesso em: 24 de jun 2.016.

⁴² SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 159.

⁴³ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

⁴⁴ CRUZ JR., João Benjamin da; SARTOR, Vicente Volnei de Bona; SOUZA, Maria de Lourdes de. Humanismo, estado brasileiro e saúde pública. In: MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo latino e estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

3.2 O Controle das Políticas Públicas pelo Judiciário e a Separação dos Poderes

Os direitos sociais caracterizam-se por exigirem intervenção por parte do Estado, assim gerando obrigações positivas, que são realizáveis através da ação social.

Para que os direitos sociais alcancem seu grau máximo de efetividade, torna-se imprescindível a atuação dos três Poderes, considerando que, em primeiro lugar, deve ocorrer a atuação do Poder Legislativo, ao detalhar, através da legislação, a vontade constitucional; em segundo, deve estar o Poder Executivo, que deve dar cumprimento à referida legislação. Já em relação ao Poder Judiciário, Souza afirma que os limites de sua atuação na efetivação dos Direitos Sociais ainda não estão bem delineados. Entretanto, defende a concepção de um papel subsidiário na realização das normas constitucionais, falhando qualquer dos outros dois poderes, a jurisdição constitucional tem o poder e dever de fazer valer a ordem constitucional violada.⁴⁵

Quando o Poder Público responsável, não cumpre seu papel na implantação de políticas públicas que atendam os direitos fundamentais sociais de forma satisfatória. Resta ao Poder Judiciário a tarefa de garanti-las.

A consagração dos direitos sociais requer instrumentos capazes de efetivá-los, para que não se tornem simples promessas. Neste cenário, o juiz surge como um guardião das promessas. Antoine Garapon destaca que “o juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiaram à justiça a guarda dos seus juramentos”.⁴⁶

O Judiciário controla o Legislativo e o Executivo em relação à observância das leis e da Constituição.⁴⁷

⁴⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. **Omissão inconstitucional inviabilizadora de direitos fundamentais: limites e possibilidades para o controle judicial**. Disponível em: <>. Acesso em: 22 de Fev. 2016.

⁴⁶ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, 2001. p. 97

⁴⁷ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 54.

“As garantias constitucionais dos direitos em geral e dos direitos fundamentais em particular só adquirem sentido quando se dispõe de um aparelho judiciário apto a transformá-las em realidades concretas. Fora disso, não passam de ‘declarações de intenções’”.⁴⁸

Além de suas funções usuais, cabe ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Ao juiz cabe também efetivação das políticas públicas.

“A função primacial do Poder Judiciário consiste no controle da atividade dos demais Poderes que se encontram vinculados às políticas públicas já previstas na Constituição ou na lei, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto no momento apropriado para a sua implementação, não possuindo representatividade para escolher, de forma livre, quais as políticas que deverão ser implementadas pelos governos eleitos. Bem por isto, não se pode afirmar que os juízes governam ou que tenham uma responsabilidade solidária junto com o Poder Executivo no equilíbrio do orçamento público”.⁴⁹

Existe uma grande preocupação tanto jurídica quanto política de se criar um novo perfil para a atuação do Poder Judiciário, que realmente permita a efetivação dos direitos sociais. Entretanto, é certo que uma postura mais ativa do Judiciário pode gerar zonas de tensões com as demais funções do Poder. Para Freire Junior, é preciso conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada, missão que só pode ser cumprida se o Poder Judiciário observar o dogma do princípio liberal da legalidade, mas, sim, no princípio da constitucionalidade dos atos.⁵⁰

Tanto o Poder Executivo como Legislativo exercem papéis relevantes na implementação dos direitos sociais. Os Direitos Sociais exigem do Estado um amplo rol de políticas públicas que visam atender às expectativas geradas pela positivação de tais direitos na Constituição. Já o Judiciário, por sua vez, deve despir-se da cultura normativa e positivista, fazendo valer os direitos mais elementares do cidadão brasileiro.

O Poder Judiciário vem sendo chamado a enfrentar desafios dos novos

⁴⁸ Ob. Cit.

⁴⁹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 23.

⁵⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm. Acesso em: 22 de fev. 2016.

tempos, concretizando a Constituição e seus princípios. Para Coelho, não se trata de um desafio fácil de ser vencido, principalmente em razão das raízes históricas e políticas do Brasil, que sempre teve sua postura hesitante no controle dos atos da Administração Pública. Na tarefa de controle, os juízes devem entrar em cena não como reprodutores de um saber técnico-dogmático, mas com a pergunta fundamental de como se concretizar o Estado Social de Direito e toda principiologia constitucional.⁵¹

Partindo-se da ideia de que a efetivação dos direitos sociais demanda a elaboração e cumprimento de políticas públicas e que, para isso, se faz necessária uma previsão orçamentária de recursos, é necessário se discutir também a possibilidade do chefe do Poder Executivo ser compelido a dar cumprimento às políticas públicas constitucionais vinculativas por força de decisão judicial.

Mister ressaltar, que a concretização dos direitos sociais, por meios jurídicos, exige uma alteração clássica dos magistrados, que passam a ser corresponsáveis pela aplicabilidade das políticas públicas dos demais Poderes Estatais, abandonando a postura dogmática-formalista, garantindo a aplicabilidade de normas garantidoras, prevalecendo a dignidade humana sob o interesse do Estado⁵².

3.3 A Reserva do Possível e os Limites da Concretização do Direito à Saúde

A reserva do possível é uma teoria originária da jurisprudência alemã que defende que os direitos previstos em norma constitucional só podem ser efetivamente garantidos quando há recursos públicos disponíveis para sua prestação.⁵³

Muitas vezes a necessidade de previsão orçamentária é apontada como um limite para a atuação do Estado na efetivação dos direitos sociais. Esse pensamento, no entanto, mostra-se equivocado, uma vez que a necessidade de

⁵¹ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 59.

⁵² FÁRIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. p 49.

⁵³ SVIRSKI, Ana Carolina Chagas. **Magistralmente Garantidos?** Estudo das demandas judiciais na área da saúde infanto-juvenil da Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/28097/000767451.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de Maio 2016.

previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida ao administrador e não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma norma constitucional.

A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, conforme artigo 167^{o54} da Carta Magna, assim como a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, e a transposição, o remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, assim demonstrando preocupação em planejar todas as despesas realizadas pelo Poder Público.

Identifica-se uma preocupação da Constituição Federal em planejar as despesas realizadas pelo Poder Público. No entanto, essa previsão não impede o juiz de ordenar que o Poder Público realize determinada despesa para fazer valer o direito constitucional. Nessa decisão, as normas (previsão orçamentária e direito fundamental) estão no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental, dada sua superioridade.

⁵⁴ Art. 167. São vedados:

- I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
- II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;
- III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;
- IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;
- V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;
- VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;
- VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados;
- VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;
- IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.
- X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
- XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201

Vale destacar decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

“[...] Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “*caput*” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar”.⁵⁵

Evidencia-se, portanto, que o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que importante para a análise da questão, não basta para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde, garantido pela Constituição Federal de 1988.

Existe uma corrente que defende a tese de que o Estado deve garantir o mínimo existencial, ou seja, os direitos básicos das pessoas. Este piso dependeria da avaliação do binômio necessidade/capacidade não somente do provedor, mas também daqueles aos quais se prometeu a satisfação das necessidades. A doutrina e a jurisprudência de diversos países vêm reconhecendo que todo ser humano possui direito ao mínimo existencial, sendo que, dentro destas necessidades básicas, insere-se o direito à saúde. A insuficiência de recursos financeiros do Estado opõe-se ao atendimento do mínimo existencial, como entende inclusive o juiz federal George Marmelstein Lima nos autos da ação civil pública nº 2003.81.00.009206- 7, promovida pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza perante a 4ª Vara Federal de Fortaleza - CE:

⁵⁵ MELLO, Celso de. **Ementa:** pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=34&dataPublicacao=16/02/2006&incidente=2137180&capitulo=6&codigoMateria=3&numeroMateria=12&texto=1695032>. Acesso em: 10 de Maio 2016.

“As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se "em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais".⁵⁶

Entende-se, assim, que o argumento da reserva do possível só deve ser acolhido quando o Poder Público demonstrar que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação dos direitos fundamentais. É importante, no entanto, que haja cautela por parte do Poder Judiciário, de forma com que não interfira/inviabilize a discricionariedade do Poder Executivo na elaboração de suas políticas públicas⁵⁷.

3.4 A Reserva do Possível nos Orçamentos Públicos

A teoria da reserva do possível, guarda estreita relação com os direitos fundamentais, que exigem prestações positivas do Estado, e conseqüentemente, disponibilidade financeira e política para tanto.

Neste sentido, a Constituição Federal, traz em seu artigo 5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A reserva do possível tenta minimizar os efeitos desse paradigma, buscando o equilíbrio entre a realização dos direitos fundamentais e um limite para essa prestação de direitos.

Antes de se falar em limitação financeira, vale ressaltar que os preceitos e fundamentos da Constituição Federal devem ser respeitados, principalmente no tocante ao art. 3º e aos direitos fundamentais. Nesse sentido:

“Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da

⁵⁶ FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, n. 4, 1997, p. 12/14.

⁵⁷ SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 10 de Maio 2016.

discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais”.⁵⁸

Vale destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADI 2010-MC, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello:

“RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política”.

Para a jurisprudência alemã, não existe uma obrigatoriedade por parte do Estado de prestar a todo custo os direitos fundamentais, pois “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”⁵⁹.

De acordo com as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, a chamada reserva do possível possui uma dimensão tríplice, incluindo:

“a) a efetiva **disponibilidade fática** dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a **disponibilidade jurídica** dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, p. 179, 2008. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 28 de jun 2016.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 87.

perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da **proporcionalidade da prestação**, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”.⁶⁰

Sobre os direitos sociais, grande parte da doutrina acredita que “a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso”. Porém, mesmo que a prestação não seja diretamente de cunho financeiro, ela precisa de recursos materiais e humanos, que dependem da receita tributária e outras formas de arrecadação pelo Estado.

O princípio da proporcionalidade possui dupla acepção, e deve agir como proibição do excesso e da insuficiência na alocação de recursos, bem como “atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais”⁶¹.

Com isso, discute-se a disponibilidade fática e jurídica dos direitos sociais, ou seja, se existem recursos disponíveis, se o destinatário da norma está obrigado a prestar o que a norma lhe impõe e se o Estado tem o poder de dispor, senão de nada adianta ter recursos financeiros. Então, a reserva do possível não está relacionada somente a possibilidades financeiras, mas também a disponibilidade jurídica e da proporcionalidade da prestação.

Portanto, pode-se afirmar que a reserva do possível atua como um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, e também, como garantia dos direitos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais⁶².

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, p. 179, 2008. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 28 de jun 2016.

⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pg. 192.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina TRF 4**, p. 179, 2008. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 28 de jun 2016.

3.5 Reserva do Possível nas Ações Judiciais

Como citado anteriormente, o Poder Judiciário, tem o dever de proteger e efetivar os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, já que no caso desses direitos a insuficiência ou inoperância, em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador, causa impacto mais direto e expressivo.

Nas ações que envolvem um direito subjetivo a determinada prestação social, os magistrados deverão agir com extrema cautela e responsabilidade ao conceder ou negar esse direito, para que não haja a violação da democracia e do princípio da separação dos Poderes.

Para isso, os juízes, bem como todos os responsáveis pela efetivação dos direitos sociais, devem observar os “critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício)”⁶³.

Ocorre que é comum encontrar nas contestações dos entes estatais a alegação da reserva do possível como forma de fugir das responsabilidades sociais, sem restar comprovado que há realmente uma limitação fática e jurídica para cumprir a prestação social pleiteada. Dessa forma, entendem Sarlet e Figueiredo:

“[...] vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social”.⁶⁴

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, p. 179, 2008. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf. Acesso em: 28 de jun 2016.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina TRF 4**, p. 179, 2008. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf. Acesso em: 28 de jun 2016.

A reserva do possível não pode ser vista dessa maneira, como uma “desculpa genérica” para se esquivar das obrigações sociais. Cabe ao Poder Público comprovar a falta efetiva dos recursos para os direitos e prestações, bem como a correta aplicação desses recursos.

Um bom parâmetro e ferramenta para minimizar o impacto da reserva do possível é a observância do mínimo existencial quando da alocação e destinação de recursos para as políticas públicas. Com isso, ao perceber alguma falha nessas escolhas políticas, pode haver o controle jurisdicional dessas decisões de caráter político, no sentido de preencher as omissões estatais e cumprir os deveres constitucionais.

Outra maneira de reduzir os efeitos da reserva do possível é “o controle judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral”. O magistrado tem a opção de obrigar os Poderes Legislativo e Executivo a observar as escolhas orçamentárias para o exercício subsequente, com o objetivo de suprir a falta daquela política pública.

Assim, além de conceder o direito naquela situação específica, o magistrado pode garantir que nos exercícios seguintes, não haja mais a omissão estatal do direito em questão, evitando mais situações semelhantes e o mais importante, cumprirá sua função de proteger e efetivar os direitos fundamentais.

4 A ELITIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO CONSEQUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO

Atualmente a judicialização da Saúde Pública, tomou conta dos Tribunais de Justiça de todos os Estados. Em Mato Grosso, não é diferente. Entretanto, além de não cumprirem o que está robustamente garantido na Constituição Federal, alguns Municípios não dispunham de Defensorias Públicas para o atendimento da população. Citamos novamente o Estado de Mato Grosso, que de seus 141 Municípios, vários não contam com a Defensoria devidamente instaladas.

Ressalta-se que, nos últimos anos, as demandas judiciais referentes à saúde pública aumentou drasticamente, mas nem todas as demandas ajuizadas são de pessoas que de fato utilizam o Sistema Único de Saúde para à busca de tratamentos médicos. Porém, diante da atual conjuntura que se encontra a Saúde Pública do Estado de Mato Grosso, não resta outra alternativa senão a busca da efetivação dos direitos constitucionais, com a judicialização.

Mas, buscar, a efetivação de um direito não é simples, primeiramente, por falta de conhecimento, em seguida, a falta de órgãos especializados em algumas cidades para defender os interesses dos cidadãos, e por fim, a falta de recursos reais para a efetiva demanda judicial patrocinada por defensor particular. Fatos como este, são de conhecimento geral em várias cidades do Estado de Mato Grosso.

Assim, a evidente elite, buscando seus direitos por meio de liminares judiciais, fica corroborado, fazendo com que pessoas amarguem a espera de seus tratamentos nas vilas de hospitais espalhados por todo o território brasileiro. O Sistema Único de Saúde é o maior meio gratuito de saúde do mundo, teria tudo pra ser o melhor. Mas, diante dos escanda-los, desvios de verbas, como exemplo a maior e mais conhecida no Estado de Mato Grosso, é a Operação Sanguessuga, a qual envolveu políticos no desvio de dinheiro destinado a saúde, por essa e por outros motivos ficamos conhecidos mundialmente como país que deixa seus iguais morrerem à mingua sem o digno tratamento médico e direito à vida.

4.1 A Dignidade Humana Versus o Cálculo da Administração Público para Concretização do Direito à Saúde

Pelo único fato de integrar o gênero humano, o indivíduo já é detentor de dignidade. É um atributo inerente a todos os indivíduos, decorrente da própria condição humana, que lhe torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes.

“Com a evolução do Estado de Bem-Estar Social para o Estado Democrático de Direito, a proteção à Dignidade da Pessoa Humana passou a ser compreendida como protetora do mínimo existencial, que além de preservar as minorias, adquire o sentido de tutelar a liberdade dos indivíduos, posto que, “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”.⁶⁵

O direito à saúde como é um direito subjetivo dos cidadãos no conjunto dos direitos sociais fundamentais, tem como tutela a dignidade da pessoa humana. Não há como se falar em dignidade sem que o cidadão esteja em condições físicas, mentais e psicológicas de exercer os outros direitos que dela provêm. A administração pública está diretamente ligada à promoção e efetivação do direito à saúde, garantindo sua universalidade.

“O princípio da universalidade nada mais é do que o acesso aos serviços e assistência à saúde para toda a população, mesmos os que gozam dos planos particulares de saúde tem os mesmos direitos garantidos constitucionalmente de serem assistidos pelo Sistema Único de Saúde, sem nenhuma distinção, ou discriminação, podendo utilizar todos os níveis de assistência”.⁶⁶

Quando o discurso é o financiamento do direito à saúde, e conseqüentemente o direito à dignidade, pelo Estado é preciso indagar se a saúde é realmente um direito de todos ou somente daqueles que têm condições de pagar. A

⁶⁵ TORRES apud MAIA, Isabela Rebouças; COSTA, Frederico Magalhães. **A proteção da dignidade da pessoa humana (e da saúde) no viés procedimentalista**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3440>. Acesso em: 10 de Maio de 2016.

⁶⁶ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037 Acesso em: 20 de Maio de 2016.

Constituição Federal, no que diz respeito ao financiamento da saúde, dispõe no seu art.195⁶⁷ da Constituição Federal.

As responsabilidades de financiamento do SUS recaem sobre os três entes federados, União, Estados-membros e Municípios. Entretanto, verifica-se pelo grande número de judicialização do direito à saúde, que as verbas destinadas para a concretização deste direito são pequenas diante da grande demanda. É importante lembrar ainda a falta de qualidade de muitos serviços disponibilizados, o que faz com que muitas pessoas optem por serviços particulares.

“O portal da Globo, G1, destaca que em 2008 o IBGE divulgou uma pesquisa sobre a saúde no Brasil, no qual concluiu que os cidadãos brasileiros estão gastando mais com saúde do que o governo. Segundo a pesquisa as famílias brasileiras gastam muito mais do que os governos municipais, estaduais e federal com despesas com saúde. E que os mais pobres gastam principalmente com remédios, já os mais ricos, com planos de saúde. Segundo dados da pesquisa, em 2005, a despesa das famílias ficou em R\$ 103 bilhões enquanto o poder público gastou R\$ 66 bilhões. Para a pesquisadora da Fiocruz, Maria Angélica Santos, esse é um padrão de financiamento da saúde que se verifica em países em desenvolvimento como o Brasil, já em países mais desenvolvidos, o padrão de financiamento é um padrão com uma participação muito mais forte do setor governamental. O Ministro da Saúde cobrou a mudança do perfil do gasto com saúde no país, segundo ele, 60% desse custo no Brasil recai sobre as famílias e as empresas, com apenas 40% pagos pelo setor público. O ministro observou ainda que, na Inglaterra, onde segundo ele, tem uma filosofia de saúde parecida com a do Brasil, esse patamar de gasto público equivale a 80% do total”.

Entende-se, portanto, que é impossível viabilizar o acesso universal à saúde de qualidade em todo o território nacional. Trata-se de um direito muito amplo e que atinge a totalidade da população, o que frente à escassez de recursos inviabiliza a concretização do direito constitucional. Desta forma, as políticas públicas, deveriam tomar outros rumos, um dos principais seria a privatização do Sistema Único de

⁶⁷ Art. 195: 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, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Saúde ou as Parcerias Público Privada, para que assim todos poderiam ter o acesso merecido a medicamentos e procedimentos de qualquer natureza.

4.2 O Problema do Acesso à Justiça E A (In) Viabilidade da Concretização do Direito à Saúde por Meio do Judiciário

O acesso à justiça, em uma concepção atual, pode ser entendido como um direito essencial a que possuem os indivíduos inseridos em determinado sistema jurídico de obter uma tutela jurisdicional adequada do Estado.⁶⁸

Atualmente o acesso à justiça é um direito extensivo a todas as pessoas, cabendo ao Estado planejar meios para sua promoção social. Mais do que possibilitar o ingresso em juízo, o acesso à justiça também deve garantir uma demanda sem formalismos exagerados ou burocracias desnecessárias, de forma a facilitar o acesso de qualquer cidadão e produzir resultados justos.

“A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.⁶⁹

Entre os maiores entraves para a concretização do direito à justiça estão as custas judiciais, onde incluem-se os honorários advocatícios e as demais custas referentes ao andamento processual, que muitas vezes podem ser maiores do que o montante total da ação; a possibilidade das partes no que se refere ao poder econômico, instrução e nível cultural; e as dificuldades de representação de interesses difusos.

Pode-se afirmar que os obstáculos ao acesso à justiça atualmente podem ser de três categorias: econômicos, sociais e culturais.

“Os primeiros, percebidos com maior clareza na sociedade, dizem respeito

⁶⁸ RODRIGUES, Thais Brugnera. **O direito fundamental ao acesso à justiça e a sua (não) concretização diante da crise de efetividade do poder judiciário**. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/11680/1612..> Acesso em: 01 de Maio de 2016.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. P. 3.

aos altos custos para propor uma ação judicial, caracterizando-se por uma justiça mais cara à medida que diminui valor da causa. Ou seja, àqueles com maiores dificuldades econômicas tendem a demandar questões de valores mais baixos, o que, por sua vez, gera o aumento no dispêndio com custas judiciais. Já os obstáculos sociais e culturais, referem-se a dificuldade encontrada por aqueles que se encontram nas camadas mais baixas da sociedade em acessar à justiça para resolver seus conflitos, levando-se em conta o nível de instrução do indivíduo. A tendência de que uma pessoa que vive nas camadas mais altas da sociedade e tem livre acesso aos mais diversos meios de comunicação conheça com mais propriedade seus direitos e saiba localizar um bom advogado é deveras maior do que aquele que não teve em sua formação pessoal a possibilidade de adquirir conhecimento de qualidade”.⁷⁰

O direito à saúde se estende à toda a população. Em contrapartida os recursos são escassos, o que torna inevitável a necessidade de escolha, por parte do Poder Público, referente à alocação destes recursos. Os indivíduos que se sentirem lesados podem buscar a prestação jurisdicional para que sejam observadas as garantias constitucionais que lhe são asseguradas.

Enquanto órgão estatal incumbido de dirimir conflitos, o Poder Judiciário volta-se à solução de situações específicas que lhe são postas, realizando o que se chama de micro-justiça ou justiça do cargo concreto. Entende-se no entanto que devido às suas particularidades, as ações relativas ao direito à saúde necessitam de maior cautela e ponderação, principalmente devido à escassez de recursos.

“A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macro-justiça”.⁷¹

Entende-se por micro-justiça, as decisões judiciais que favorecem apenas o caso concreto, deixando de lado a coletividade, fazendo com que custos oriundos dos fundos de saúde, sejam, o pagamento de apenas um indivíduo, fazendo com que as políticas públicas se desmanchem pela falta de recursos. Assim, o Judiciário afeta o que se chama de macro-justiça, ou seja, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser gerados pelo conjunto de políticas públicas praticadas de modo

⁷⁰ SANTOS (1997) apud RODRIGUES, Thais Brugnera. **O direito fundamental ao acesso à justiça e a sua (não) concretização diante da crise de efetividade do poder judiciário**. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/11680/1612..> Acesso em: 01 de Maio de 2016.

⁷¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha** – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. 2.ed. p. 18.

coerente⁷². De fato, esse talvez seja o argumento mais forte daqueles que se contrapõem à judicialização da saúde. E na prática isso realmente pode ocorrer se o processo for conduzido sem razoabilidade; há tratamentos de uma só pessoa que podem custar mais de R\$ 500.000,00 em um ano. Esse valor pode prejudicar orçamentos naturalmente pequenos, como os dos municípios.

A micro-justiça deve levar em conta o enorme impacto orçamentário que suas demandas podem causar à sociedade. Uma condenação que no caso concreto não causa grandes dispêndios ao Poder Público, quando multiplicada pelas várias situações semelhantes, pode acarretar sérias consequências e influências nas escolhas alocativas que serão realizadas futuramente. Assim, os critérios alocativos precisam ser estabelecidos conforme os princípios da justiça distributiva.

“Chamamos de princípios de justiça distributiva as concepções gerais sobre como recursos escassos devem ser alocados. Alguns princípios voltam-se para características dos indivíduos, como “a cada um segundo sua necessidade” ou “a cada um segundo seu mérito”. Já outros princípios voltam-se mais para a mecânica de alocação, sem demandar qualquer conhecimento individualizado sobre os potenciais beneficiários. Igualitarismo, sorteio e filas são exemplo de aplicação desses princípios”.⁷³

Cabe, no entanto, a reflexão de que, mesmo diante da justiça distributiva, a parcela da população que mais carece da atenção do Estado pode não ter o direito de acesso à justiça concretizado, o que ocorre pelas razões já apresentadas. Assim, inviabilizando também a concretização do direito à saúde via Judiciário.

4.3 Tendências para Concretizações do Direito à Saúde

Como debatido ao longo deste estudo, o direito à saúde foi consagrado e garantido pela Constituição Federal de 1988. Ele deve ser observado à luz da norma constitucional e também das peculiaridades que envolvem o direito à saúde. A razoabilidade e a disponibilidade financeira estatal são apontadas como critérios para caracterizar a possibilidade de implantação dos direitos sociais pelo Estado.

⁷² MARRARA, Thiago; NUNES, Lydya Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87.

⁷³ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha** – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. 2.ed. p. 94.

“[...] os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos”.⁷⁴

O direito à saúde deve ser garantido judicialmente desde que não comprometa o funcionamento SUS, pois caso contrário ele atenderá somente o direito de quem pleiteia a ação, deixando desamparada uma imensa parcela da sociedade. Entretanto, é importante se destacar que a aplicação do princípio da reserva do possível deve ser precedida de uma flagrante violação da ordem pública. Do mesmo modelo, os princípios de proporcionalidade e razoabilidade devem orientar a decisão judicial.

A solução para o impasse da concretização do direito à saúde não se encontra nos extremos, ou seja, nem numa atividade exacerbada do Poder Judiciário, nem na sua omissão. É necessário um esforço por parte dos operadores do Direito em relação à criação de mecanismos e foros adequados para a discussão, revigorando o sentido do princípio da separação dos poderes.⁷⁵

Acredita-se portanto que a resposta não está no Poder Judiciário isoladamente, mas, também não pode vir de nenhum Poder sem a participação dos demais. A busca pela solução deve passar pelo diálogo entre os Poderes e destes com a sociedade. Só assim poderão ser apontados mecanismos eficazes para se reduzir a judicialização da saúde sem que se comprometa a concretização do direito fundamental à saúde.

⁷⁴ ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2845%2E%2E+O+U+45%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 15 de maio 2016.

⁷⁵ MARION, Dgiulia; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da saúde:** um estudo de caso no município de santa cruz do sul. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/13103/2232>. Acesso em: 20 de Maio 2016.

“A adoção de uma gestão sistêmica e cooperativa da saúde, baseada no diálogo entre órgãos e entidades e a própria sociedade, em busca de uma otimização das prestações realizadas pelo SUS, a fim de proporcionar um atendimento eficaz, eficiente e igualitário à população, bem como, por meio da conscientização dos diferentes atores neste processo, racionalizar a atuação do Judiciário na determinação de prestação de medicamentos, auxiliando o Executivo a planejar e otimizar o investimento dos seus recursos. A aposta, assim, consiste no diálogo entre os Poderes e a própria sociedade, criando-se mecanismos para minimizar os efeitos da judicialização da saúde no orçamento dos municípios e numa gestão democrática de políticas públicas relacionadas com o direito à saúde”.⁷⁶

É importante também se mapear as demandas judiciais, visando identificar quais os maiores problemas do sistema em cada região, assim viabilizando a otimização e fortalecimento do SUS.

Algumas medidas inovadoras vêm sendo adotadas no enfrentamento do problema relacionado à judicialização e à concretização do direito à saúde. Uma interessante medida foi tomada pela Administração do Estado de São Paulo. Foram desenvolvidas e colocadas em prática estratégias como a parceria entre a Secretaria do Estado de Saúde e a Defensoria Pública do Estado e a criação de um software SCJ. Foi realizado um trabalho de identificação de medidas forjadas para o direito a medicamentos, atualização da lista de medicamentos do SUS e disponibilização de um relatório técnico para embasar as defesas judiciais do Estado.⁷⁷

Ao se analisar a experiência paulistana verifica-se que a tentativa de solucionar as tensões entre a limitação dos recursos públicos e a infinidade de carências relacionadas à saúde da população envolve escolhas complexas, necessita de muito diálogo e ações conjuntas entre os diversos setores da sociedade. São necessários novos investimentos em tecnologias e métodos de racionalização dos dados relacionados à judicialização para se identificar demandas públicas que, aos poucos, devem ser incorporadas pelas políticas públicas.

⁷⁶ MARION, Dgiulia; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da saúde: um estudo de caso no município de santa cruz do sul.** Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/13103/2232>. Acesso em: 20 de Maio 2016.

⁷⁷ YOSHINAGA, Juliana Yumi. **Judicialização do direito à saúde: a experiência do estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade.** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>. Acesso em: 20 de Maio 2016.

5 CONCLUSÃO

A conquista da cidadania passa, sem dúvidas, pela compreensão de que os direitos constitucionais devem pautar o exercício do poder, que em um estado democrático de direito emana do povo, sendo regulamentado pelo ordenamento jurídico.

É preciso, garantir os limites de atuação dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto não se pode impedir que o Poder Judiciário atue em consonância com o texto constitucional, como guardião maior da integridade do direito posto. Os magistrados devem sempre levar em conta que os dispositivos da Constituição Federal em vigor, que tratam dos Direitos Sociais, não são meras declarações de vontade, despidas de força normativa e, por isso, podem ter sua efetivação garantida por meio da atividade jurisdicional.

É importante ainda, observar os limites impostos pela razoabilidade da aplicação dos recursos provenientes dos orçamentos públicos. Desta forma, o Poder Judiciário precisa, ao mesmo tempo em que garante ao povo seus direitos sociais consagrados, não ultrapassar os limites da parcela de poder que lhe foi outorgado pelo contrato social vigente.

Considera-se que o Poder Judiciário deve procurar evoluir no campo dos direitos sociais, cumprindo o papel que o texto constitucional lhe atribui, assim exercendo com retidão a parcela de poder estatal que lhe é outorgada. Desta forma, evita-se que o Poder Judiciário depare-se com uma situação semelhante ao que ocorre com os demais Poderes atualmente, passando a ser fortemente questionado pelos cidadãos pela sua verdadeira função no âmbito da sociedade.

Em relação à saúde pública, constata-se que, em virtude da inércia do Poder Público, cada vez mais cresce o número de demandas judiciais visando a obtenção de prestações. Entende-se que a intervenção do Judiciário nesta área não viola o princípio constitucional da separação dos Poderes, uma vez que cada um dos Poderes deve controlar o outro. Ademais, a saúde é um direito subjetivo público, cabendo ao Judiciário zelar pela efetivação do mesmo.

Concluiu-se, no entanto, que é necessário que o Poder Judiciário observe as particularidades atreladas ao direito à saúde, analisando as situações que lhe são

postas sob ótica da micro-justiça e da macro-justiça. A decisão judiciária deve observar princípios como a proporcionalidade, razoabilidade, reserva do possível, máxima efetividade, entre outros, para que a atuação do Judiciário seja a mais adequada e justa.

Por fim, concluiu-se que a judicialização do direito à saúde pode contribuir para a concretização de tal direito, mas também causa sua elitização. Diversos estudos revelaram que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social em que estão inseridos. Esta distância tem como causa não apenas os fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais. Cidadãos com menores recursos tendem a não conhecer seus direitos, assim tendo dificuldades em reconhecer um problema como jurídico.

Assim, conclui-se que a judicialização do direito à saúde não é capaz de assegurar, de maneira igualitária, a concretização e tal direito, tornando-se necessário que os Poderes busquem juntos alternativas para esta problemática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2845%2E+OU+45%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n 217, 1999.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha** – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 20 de Maio de 2016.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. 1, 5ª Ed., Brasília: UnB e Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais** – dados enviados até junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasno tribunais.forum Saude.pdf>. Acesso em: 10 de Maio de 2016.

CRUZ JR., João Benjamin da; SARTOR, Vicente Volnei de Bona; SOUZA, Maria de Lourdes de. Humanismo, estado brasileiro e saúde pública. In: MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo latino e estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde** - Evolução, Normatização e Efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 30-1.

FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, n. 4, 1997, p. 12/14.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf. Acesso em: 20 de Maio de 2016.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm >. Acesso em: 22 de Fevereiro de 2016.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, 2001.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **O poder judiciário e a efetivação dos direitos**

sociais. Disponível em:
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2Krlpwx5XnMJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/aa_doutrina/Poder%2520Judiciario.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br . Acesso em: 22 de Fev. de 2016.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 1972.

MAIA, Isabela Rebouças; COSTA, Frederico Magalhães. **A proteção da dignidade da pessoa humana (e da saúde) no viés procedimentalista**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3440>> Acesso em: 10 de Maio de 2016.

MARION, Dgiulia; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da saúde**: um estudo de caso no município de Santa Cruz do Sul. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/13103/2232>> Acesso em: 20 de Maio de 2016.

MELLO, Celso de. **Ementa**: pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio . Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=34&dataPublicacao=16/02/2006&incidente=2137180&capitulo=6&codigoMateria=3&numeroMateria=12&texto=1695032>> Acesso em: 10 de Maio de 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais – In: **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 7 – jan/jun de 2006.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Hipossuficiência do autor e princípio da universalidade**. Disponível em: www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-33.doc. Acesso em: 25 de Abril de 2016.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Thais Brugnera. **O direito fundamental ao acesso à justiça e a sua (não) concretização diante da crise de efetividade do poder judiciário**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/11680/1612>>. Acesso em: 01 de Maio de 2016.

ROSEN, George. **Uma história de saúde pública**. Trad. Marcos Fernandes da Silva. São Paulo: UNESP, 1994.

SANTOS (1997) apud RODRIGUES, Thais Brugnera. **O direito fundamental ao acesso à justiça e a sua (não) concretização diante da crise de efetividade do poder judiciário**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/11680/1612>>. Acesso em: 01 de Maio de 2016.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Juvêncio Borges; TAVARES NETO, José Querino. **Judicialização das políticas públicas no estado democrático de direito**: uma análise do contexto brasileiro. Disponível em: <http://www.fclar.unesp.br/Home/Pesquisa/GruposdePesquisa/participacaodemocraciaepoliticaspUBLICAS/encontrosinternacionais/pdf-st13-trab-aceito-0423-10.pdf>. Acesso em: 19 de Maio de 2016.

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

SOUZA, Luciane Moessa de. **Omissão inconstitucional inviabilizadora de direitos fundamentais**: limites e possibilidades para o controle judicial. Disponível em: <>. Acesso em: 22 de Fevereiro de 2016.

SVIRSKI, Ana Carolina Chagas. Magistralmente Garantidos? **Estudo das demandas judiciais na área da saúde infanto-juvenil da Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre**. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/28097/000767451.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de Maio de 2016.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. **Judicialização do direito à saúde**: a experiência do estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>> Acesso em: 20 de Maio de 2016.

ZENI, Carine. O poder judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, v. 3, n. 2, p. 129-148, jul./dez. 2007.