



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO**

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

CONSUELO AMIQUINIRÉ SOMPRÉ

**MARABÁ-PA
2018**

CONSUELO AMIQUINIRÉ SOMPRÉ

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade do Sul e Sudeste do Estado do Pará (UNIFESSPA), sob orientação do Prof. Dr. Edieter Luiz Cecconello.

MARABÁ - PA

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Josineide da Silva Tavares / UNIFESSPA. Marabá, PA

Sompré, Consuelo Amiquiniré

Judicialização da saúde / Consuelo Amiquiniré Sompré ; orientador, Edieter Luiz Cecconello. — 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Direito à saúde - Brasil. 2. Brasil. [Constituição] - Aspectos da saúde. 3. Direitos fundamentais. 4. Sistema Único de Saúde (Brasil). I. Cecconello, Edieter Luiz, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.64

Elaboração: Miriam Alves de Oliveira
Bibliotecária-Documentalista CRB2/583



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

CONSUELO AMIQUINIRÉ SOMPRÉ

Data da defesa: ___/___/_____

Conceito: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Edieter Luiz Cecconello.
(Orientador FADIR/UNIFESSPA)

Prof. MSc Olinda Magno Pinheiro (Examinador I
FADIR/UNIFESSPA)

MARABÁ-PA
2018

“Dedico este trabalho a Deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me guiado todos esses anos sem deixar esvanecer nos momentos difíceis.

À minha família, responsável por força e inspiração, em especial meus filhos – Waykanokrã e Warõmenkã.

Aos meus pais Guaximara e José Carlos, por serem exemplos de garra e de vitória, tem toda a minha gratidão.

Meus irmãos melhores amigos, que sempre acreditaram nesse sonho.

Ao meu esposo Harley por acreditar e apoiar essa caminhada.

Ao meu orientador Prof. Dr. Edieter Luiz Cecconello, por todo apoio, paciência e por acreditar que poderíamos realizar essa Obra.

A Solange Ricarte (UNIFESSPA) que nos últimos momentos foi de grande ajuda, injetando ânimo e fazendo pontes.

E todos que, direta ou indiretamente, no decorrer dos anos torceram, oraram e ajudaram essa querida amiga para conclusão dessa Graduação!

Obrigada! Feliz de mais!

LISTA DE SIGLAS

ABI - Associação Brasileira de Imprensa

a.C – Antes de Cristo

Art. – Artigo

CAODS - Centro de Apoio Operacional de Defesa da Saúde

CEAF - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

CFM - Conselho Federal de Medicina

CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CF – Constituição Federal

MPPI - Ministério Público do Piauí

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

RESUMO

Este estudo acadêmico tem por premissa realizar uma explanação acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, e, por conseguinte apresentar a forma como cada Constituição brasileira tratou o direito à saúde, com ênfase nas inovações trazidas pela Constituição de 1988 instituindo o Sistema Único de Saúde-SUS e sua dificuldade em atender a demanda que cresce ano após ano, destacando a judicialização da saúde relativo às cirurgias eletivas, esclarecendo que esta não vem a ser a única saída de garantir a prestação dos serviços, que outras medidas extrajudiciais como a mediação ou as políticas de mutirões podem ser solução.

Palavras-chave: Constituição. Direitos Fundamentais. Direito a Saúde.

ABSTRACT

This academic study has as premise to carry out an explanation about the historical evolution of fundamental rights, and therefore to present the way in which each Brazilian Constitution treated the right to health, with emphasis on the innovations brought by the 1988 Constitution instituting the Unified Health System-SUS and its difficulty in meeting the demand that grows year after year, highlighting the judicialization of health related to elective surgeries, clarifying that this is not the only way to guarantee the provision of services, that other extrajudicial measures such as mediation or policies can be solution.

Keywords: Constitution. Fundamental rights. Right to Health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	111
2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	122
2.1 Fundamentos Filosófico-Jurídicos dos Direitos Fundamentais e Evolução das Declarações de Direitos	122
2.2 As Gerações dos Direitos Fundamentais	188
2.3 O Direito à Saúde nas Constituições Brasileiras	222
2.3.1 Constituição de 1824	22
2.3.2 Constituição de 1891	22
2.3.3 Constituição de 1934	233
2.3.4 Constituição de 1937	233
2.3.5 Constituição de 1946	233
2.3.6 Constituição de 1967	244
2.3.7 Constituição de 1988	255
3. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUCIONAL FEDERAL DE 1988	266
3.1 Direito Fundamental à Vida e à Saúde na Constituição de 1988	266
3.2 Sistema Único de Saúde - SUS.....	31
4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	364
4.1 Mínimo Existencial	366
4.2 Reserva do Possível.....	399
4.3 Mínimo Existencial versus Reserva do Possível nos Tribunais Brasileiros.....	41
4.4 A Mediação Como Solução Extrajudicial de Conflitos	48
4.5 A Problemática da Judicialização das Cirurgias Eletivas no Município de Marabá-PA.....	49
4.6 Os Mutirões de Cirurgias Eletivas como Solução Extrajudicial de Conflitos.....	555
5. CONCLUSÃO.....	577

INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas temos visto a Constituição brasileira ganhar força normativa e efetividade, tanto é verdade que a jurisprudência dos nossos tribunais no que diz respeito ao direito fundamental à saúde comprova tal afirmativa. O que se percebe é que as normas constitucionais deixaram de ser vistas como complementos de um compilado meramente político, e passaram a gozar de aplicabilidade direta e imediata pela magistratura de todos os tribunais do país. Neste panorama, os direitos constitucionais de forma genérica e ampla – em especial os direitos sociais – assumiram a roupagem de direitos subjetivos em sentido pleno, admitindo tutela judicial peculiar. A interferência do Poder Judiciário através de decisões impostas à Administração Pública para que atendam aos pedidos concernentes ao direito à saúde, tem o poder de concretizar a obrigação constitucional de prestação universal do serviço de saúde.

Nasce então, o fenômeno da judicialização da saúde. No presente trabalho será realizada uma abordagem acerca da evolução dos direitos fundamentais ao longo da história, em especial far-se-á breve explanação do enfoque em cada uma das Constituições brasileiras no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, até que se chegue à Constituição de 1988 – conhecida como Constituição Cidadã – que implementa o Sistema Único de Saúde-SUS.

Assim, o presente trabalho tem por explicar a eficiência das políticas preventivas do SUS no tocante às cirurgias eletivas, de modo a tentar justificar ao fenômeno da judicialização da saúde no aspecto a este tipo específico de serviço. Tal abordagem será em âmbito nacional, com pequeno destaque ao cenário do Município de Marabá-PA.

E por fim, serão apresentadas as novas medidas adotadas pelo Ministério da Saúde, com objetivo de reduzir a fila de espera das cirurgias eletivas, e esclarecer se tais políticas podem vir a sanar a problemática da demora na referida fila de espera, o que por consequência, diminuiria o ajuizamento de ações pertinentes à prestação estatal voltada à saúde.

2. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Para uma perfeita compreensão da relevância dos direitos fundamentais, será feito uma descrição histórica de modo a relatar como ocorreu o surgimento dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, visto que, é tão somente a partir do reconhecimento de tais direitos nas constituições que as garantias adquirem seu papel protetivo.

2.1 Fundamentos Filosófico-Jurídicos dos Direitos Fundamentais e Evolução das Declarações de Direitos

Antes de adentrarmos no tema central do presente trabalho, é preciso estudar quais os fundamentos dos direitos fundamentais, ou seja, quais os princípios jurídicos básicos que justificam logicamente a existência dos direitos fundamentais, já que, pretende-se explicar acerca da judicialização da saúde, que vem a ser um dos direitos fundamentais do homem.

Podemos apontar, basicamente, dois princípios que servem de esteio lógico à ideia de direitos fundamentais: o Estado de Direito e a dignidade humana.

Quanto à dignidade humana, trata-se de um princípio aberto, ou seja, muito resumidamente ele trata de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais.

Embora não se trate de unanimidade, a doutrina majoritária concorda que os direitos fundamentais “nascem” da dignidade humana. Dessa forma, haveria um tronco comum do qual derivam todos os direitos fundamentais.

Essa é a posição da maioria da doutrina brasileira (é o caso, por exemplo, de Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Paulo Bonavides e Dirley da Cunha Jr.). Há que se registrar, porém, a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem reduzir o fundamento dos direitos fundamentais à dignidade humana é restringir suas possibilidades de conteúdo (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 12).

É certo que o conceito de dignidade humana é aberto, isto é, não admite um único conceito concreto e específico. Vários filósofos já tentaram defini-la, nem sempre com sucesso.

O conceito de Estado de Direito (CF/88, art. 1º, caput) pode ser entendido, em poucas palavras, como o Estado de poderes limitados, por oposição ao chamado Estado Absoluto (em que o poder do soberano era ilimitado).

Direito abrange três características: *a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais* (SILVA, 2006, p. 33).

É certo que, hoje, fala-se mais em submissão à Constituição, antes mesmo da submissão à lei, com o que ganha corpo o conceito de Estado Constitucional de Direito. Mesmo assim, logo se vê que o conceito de Estado de Direito traz como consequência lógica a existência (e garantia) dos direitos fundamentais.

É por isso mesmo que José Afonso da Silva (2006, p. 34) assevera que a concepção liberal do Estado de Direito servirá de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres.

Segundo Ingrid Zanella Andrade Campos (2008), os direitos humanos nasceram da necessidade dos cidadãos em serem titulares de certos direitos em relação a seu Estado soberano e, posteriormente, em relação à sociedade internacional. Desenvolveram-se sempre com as necessidades impostas pelos indivíduos em determinadas épocas com o intuito de resguardar a dignidade humana, concebida como fundamento dos direitos humanos¹.

Existe uma gama de autores, como Fábio Konder Comparato, João Baptista Herkenhoff, dentre outros defensores de que o fato de não existirem freios ao Poder, não quer dizer que não existiram as ideias, que sustentam que os direitos fundamentais perfazem um longo caminho histórico, tendo posições que acreditam ser de meados de 2000 antes de Cristo (a.C.), as primeiras manifestações, no direito da Babilônia, outras posições os reconhecem na Grécia Antiga e na Roma Republicana. Estas opiniões carecem de fundamentos históricos.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 37) entende como pacífico que os direitos fundamentais não surgiram na antiguidade, porém é notória a influência do mundo antigo nos direitos fundamentais por meio da religião e da filosofia, que colaboraram na concepção jusnaturalista de que o ser humano, pelo simples fato de existir, já é detentor de direitos fundamentais; esta fase costuma ser denominada pela doutrina como “pré-história” dos direitos fundamentais.

O Código de Hamurabi, um dos primeiros que se têm notícia, defendia a vida e o direito de propriedade, e contemplava a honra, a dignidade, a família e a

¹ CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **A evolução histórica internacional dos Direitos Humanos e a questão da relativização da soberania estatal**. Revista Jus Vigilantibus, Publicado em 15 de julho de 2008. ISSN 1983-464. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/34672/3> >. Acesso em 08 de Agosto de 2017.

supremacia das leis em relação aos governantes. Esse código contém dispositivos que continuam aceitos até hoje, tais como a Teoria da Imprevisão, que baseava-se no princípio de talião: olho por olho, dente por dente. Depois deste primeiro código, instituições sociais (religião e a democracia) contribuíram para humanizar os sistemas legais (SILVA, 2006, p. 149).

Karl Loewenstein (apud CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 34) considera que a primeira Constituição teria surgido ainda na sociedade hebraica, com a instituição da “Lei de Deus” (Torah). O autor alemão aponta que, já naquele Estado Teocrático, a “Lei de Deus” limitava o poder dos governantes (chamados, naquela época, de “Juízes”).

Igual posição é entendida por André Ramos Tavares ao inferir que:

[...] na antiguidade, os hebreus já possuíam um Estado teocrático limitado pela Torah. Os Juízes (como eram chamados os governantes) tinham que seguir as disposições da Torah (Lei de Deus). É nesse sentido que o autor alemão vê, nesse caso, um prelúdio do Constitucionalismo. (Tavares, 2016, p. 05)

Na Grécia, já se fazia a distinção entre as normas fundamentais da sociedade (nomoi) e as meras regras (psefismata). Naquela civilização, a modificação de psefismata poderia ser feita de forma mais simples do que a alteração das normas fundamentais (nomos). Guardadas as devidas proporções, seriam institutos parecidos com a lei ordinária e as emendas constitucionais, atualmente. Também podemos citar, na Antiguidade, a Lei das XII Tábuas, aprovada em Roma, assegurando direitos conquistados pelos plebeus, fixados em leis escritas.

Pérez Luño (apud SARLET, 2015, p. 53) chama de antecedentes dos direitos fundamentais, os documentos que, de alguma forma, colaboraram para a elaboração das primeiras ideias dos direitos humanos presentes nas declarações do século XVIII, talvez o principal documento a ser referenciado seja a Magna Charta Libertatum, assinada na Inglaterra, em 1215, pelo Rei João Sem-Terra. Cabe ressaltar que esse pacto não passou de mero referencial para as futuras elaborações dos direitos humanos, pois, neste pacto, apenas os nobres receberam prerrogativas, deixando a população em segundo plano, ou seja, na verdade, foi um documento imposto ao Rei pelos barões feudais ingleses.

Já Carl Schmitt (apud CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 48) defende que a Magna Carta não pode ser considerada a primeira Constituição, pois não era direcionada para todos, mas apenas para a elite formada por barões feudais. Dessa forma, a primeira Constituição propriamente dita seria o Bill of Rights (Inglaterra, 1688/1689), que previa direitos para todos os cidadãos, e não apenas uma classe deles.

Assim, em pleno século XVIII, que se pode encontrar a primeira aparição de reais direitos fundamentais, apesar do dissídio levantado SARLET (2015, p. 41) diante da “paternidade” dos direitos fundamentais, que seria disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínea, de 1776, a Constituição Americana de 1787 (primeira constituição escrita) e a Declaração Francesa, de 1789, estas declarações seriam os primeiros documentos a representar os direitos fundamentais.

Ocorre que, tendo sido ou não o berço nascedouro dos direitos fundamentais, fato é que a Revolução Francesa ocasionou densas mudanças na França, servindo ainda de molde para vários países da Europa. Dentre as mais importantes inovações apresentadas pela Revolução Francesa em seu país de origem, podemos destacar a descentralização do poder do rei, trocando a monarquia absolutista pela parlamentar e a inclusão da burguesia no cenário político, que no período estava sob a mais forte influência dos ideais iluministas associados à insatisfação relativa ao cenário político e socioeconômico que o país enfrentava.

Cabe ainda esclarecer que, a Revolução Francesa não fora apenas um “movimento”, mas podemos destacá-la como um conjunto de movimentos. Giovana Crepaldi Caldeira (2009) explica o contexto histórico envolto à sociedade francesa quando deram-se os primeiros movimentos relativos à Revolução Francesa. Vejamos:

Quando Luís XVI assumiu o trono, em 1776, a França passava por uma crise econômica, agravada, principalmente, pelos gastos com a Guerra dos Sete Anos (1756-1763) - contra a Prússia e a Inglaterra -, a intervenção do país na guerra de Independência dos Estados Unidos e os elevados gastos da Corte Francesa. Aliam-se a crise o fato da França ter passado por secas e inundações, aumentando os preços dos alimentos, além da concorrência dos produtos ingleses com os nacionais, já que aqueles entravam sem pagar impostos e eram vendidos a preços baixíssimos. Devido a essa situação econômica, a política também foi afetada. Houve a demissão de ministros, que não conseguira desenvolver seus projetos reformistas, barrados pela intolerância aristocrática. Para encontrar soluções para a crise, Luis XVI pediu apoio aos burgueses, que exigiram a nomeação de Necker para o ministério, no ano de 1788. Este, que havia sido ministro durante 1776 a 1781, propôs a convocação dos Estados Gerais. Entretanto, os interesses adversos do Terceiro Estado com o Primeiro e o Segundo

Estado, estes apoiados pelo rei, o próprio Luis XVI, determinou a dissolução dos Estados Gerais, em maio de 1789. Em seguida, a burguesia proclamou-se em Assembleia Nacional e, revoltados pela decisão do rei, no dia 20 de junho, os deputados do Terceiro Estado invadiram a Sala do Jogo da Péla, no castelo de Versalhes, jurando que não sairiam dali até dar à França uma Constituição. Para tanto, a 9 de julho, declararam-se em Assembleia Nacional Constituinte. Luis XVI ainda tentou conter a burguesia, mas não conseguiu reprimir a massa popular que, em 14 de junho, tomaram a Bastilha (um símbolo do absolutismo francês), que era o último apoio militar de Luis XVI. Em Paris foi criada, pelo novo governo da Assembleia Nacional, a Guarda Nacional, o exército revolucionário da burguesia chefiado por Lafayette. No campo, os pequenos proprietários rurais e camponeses invadiam e destruíam castelos e matavam muitos nobres – período conhecido como o “Grande Medo”².

CALDEIRA (2009) informa ainda que:

Definida, também, como “Revolução Burguesa”, a monarquia absolutista, concentrada nas mãos de um único rei, foi substituída por uma monarquia constitucional, limitando os poderes centralizados do Executivo. Finalmente, a burguesia conseguia a tão esperada participação da política francesa, influenciando diretamente as decisões do país.

A Revolução Francesa, resumidamente, possui três fases:

a) Fase da Assembleia Nacional (1789-1792) – período em que houve a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da primeira Constituição francesa.

b) Fase da Convenção Nacional (1792-1795) – o governo ficou monopolizado por dois grupos: os girondinos e os jacobinos.

c) Fase do Diretório (1795-1799) – caracterizado pela instalação de um novo governo, pelo retorno da alta burguesia no poder e uma grande instabilidade econômica e política. No ano de 1779, Napoleão Bonaparte derrubou o Diretório com o Golpe do 18 Brumário e assumiu o governo francês.

[...]

No dia 26 de agosto do mesmo, foi elaborada, pela Assembleia, a grande obra da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamando a igualdade e a liberdade de todos os cidadãos perante a lei, destruindo absolutamente as estruturas do Antigo Regime.

Diante da crise econômica que aumentava, a Assembleia secularizou (passou para o Estado) os bens da Igreja, através da aprovação da Constituição Civil do Clero (12 de julho de 1790). E, por causa desses fatos, o papa Pio VI reprovou a Revolução e a Constituição Civil do Clero.

Com a finalidade de preservar os princípios instituídos na Declaração de Direitos, a Assembleia proclamou a primeira Constituição francesa, em 1791. Seus principais pontos era o estabelecimento da monarquia constitucional como forma de governo, com o princípio da separação de poderes, compostos pelo Executivo (rei), este limitado pelo Legislativo (deputados eleitos por voto censitário) e o Judiciário.³

Embora toda a importância atribuída à Revolução Francesa no tocante ao progresso dos direitos humanos, o movimento sofre severas críticas. Dentre os

² CALDEIRA, Giovana Crepaldi. **Revolução francesa e a declaração dos direitos do Homem e do cidadão**. Disponível em: <

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2019> > Acesso em 10 de agosto de 2017.

³ Ibidem.

juristas que ferrenhamente apontam falhas podemos citar Norberto Bobbio, que aduz que:

A Declaração, desde então até hoje, foi submetida a duas críticas recorrentes e opostas: foi acusada de excessiva abstratividade pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular, por Marx e pela esquerda em geral (BOBBIO, 2004, p.97).

Já para BONAVIDES (2016, p. 226), é neste sentido que a Revolução Francesa, fixando direitos civis e políticos para que gradativamente fossem alcançados os princípios universais do lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, fora a grande precursora dos direitos fundamentais caracterizados através da posição de resistência ou de oposição frente ao Estado.

Para Hamilton Pessota Nicolao (2010), não tem sustentação defender a existência de direitos fundamentais antes mesmo da existência de um estado social. Percebe-se que apenas com a promulgação das declarações, pode-se identificar a presença do que seria o início dos direitos fundamentais⁴⁵.

CAVALCANTE FILHO (2010, p. 113) também entende que há várias correntes que divergem, sobre quando teria se manifestado pela primeira vez a limitação do poder do Estado por meio de uma Constituição ou de algo a ela assemelhado.

Atualmente, o movimento constitucionalista passou a lutar por vários outros objetivos (democracia efetiva, desenvolvimento econômico e ambiental, etc.). Mas, mesmo assim, não perdeu de vista a defesa dos direitos fundamentais, que continua sendo uma de suas matérias básicas.

4 NICOLAO, Hamilton Pessota. **Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares**. Direito & Justiça, v. 36, n. 2, p. 123-

5, jul./dez.2010. Disponível em < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/9085/6344> > Acesso em 10 de Agosto de 2017

2.2 As Gerações dos Direitos Fundamentais

De acordo com Fernanda Silva Bianco (2006)⁶ os Direitos Fundamentais visam assegurar a todos uma existência digna, livre e igual, criando condições à plena realização das potencialidades do ser humano.

Se tomarmos emprestadas as palavras de Alexandre de Moraes (2003, p. 46), temos como definição que os Direitos Fundamentais são um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Por serem indispensáveis à existência das pessoas, possuem as seguintes características: são intransferíveis e inegociáveis, portanto inalienáveis; não deixam de ser exigíveis em razão do não uso, portanto, são imprescritíveis; nenhum ser humano pode abrir mão da existência desses direitos, ou seja, são irrenunciáveis; devem ser respeitados e reconhecidos no mundo todo, o que representa a sua universalidade e, por fim, não são absolutos, podem ser limitados sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais que significa a sua limitabilidade.

É importante salientar que esses direitos são variáveis, modificando-se ao longo da história de acordo com as necessidades e interesses do homem. Essa transformação é explicada com base na teoria das gerações de direitos fundamentais, criada a partir do lema revolucionário francês: *liberdade, igualdade, fraternidade*⁷.

Segundo João Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 278), trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem. Importante ressaltar que uma geração não substitui a outra, antes se acrescenta a ela, por isso a doutrina prefere a denominação “*dimensões*”.

Deste feito, a doutrina classificou os direitos humanos da seguinte forma:

6 BIANCO, Fernanda Silva. **As Gerações dos Direitos Fundamentais**. Disponível em < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3033/As-geracoes-de-direitos-fundamentais> > Acesso em 10 de Agosto de 2017.

7 Ibidem.

a) Os direitos da Primeira Geração ou Primeira Dimensão inspirados nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII (individuais ou negativos): seriam os Direitos da Liberdade, liberdades estas religiosas, políticas, civis clássicas como o direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), as liberdades de expressão coletiva, etc. São os primeiros direitos a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos. Os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, sendo, portanto, os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, ou seja, limitam a ação do Estado.

Foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder: o Estado NÃO PODE desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de impor ao Estado *obrigações de não fazer*.

São direitos relacionados às pessoas, individualmente. Ex.: propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.

b) Segunda Geração ou Segunda Dimensão (sociais, econômicos e culturais, direitos positivos): seriam os Direitos da Igualdade, no qual estão à proteção do trabalho contra o desemprego, direito à educação contra o analfabetismo, direito à saúde, cultura, etc. Essa geração dominou o século XX, são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. São direitos objetivos, pois conduzem os indivíduos sem condições de ascender aos conteúdos dos direitos através de mecanismos e da intervenção do Estado. Pedem a igualdade material, através da intervenção positiva do Estado, para sua concretização. Vinculam-se às chamadas “liberdades positivas”, exigindo uma conduta positiva do Estado, pela busca do bem estar social (MORAES, 2003, p. 154; BONAVIDES, 2016, p. 294).

São direitos sociais os de segunda geração, assim entendidos os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar direitos positivos como saúde, educação, moradia, segurança pública e, agora, com a EC nº 64/10, também a alimentação.

Baseiam-se na noção de igualdade material (redução de desigualdades), no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas (educação, saúde) para exercê-la. Começaram a ser conquistados após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria.

c) Terceira Geração ou Terceira Dimensão (difusos e coletivos) que foram desenvolvidos no século XX: seriam os Direitos da Fraternidade, no qual está o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, etc. Essa geração é dotada de um alto teor de humanismo e universalidade, pois não se destinavam somente à proteção dos interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um momento. Refletiam sobre os temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2016, p. 570).

São direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos metaindividuais (estão além do indivíduo) ou supraindividuais (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).

Os chamados direitos de terceira geração têm origem na revolução técnica científica (terceira revolução industrial), a revolução dos meios de comunicação e de transportes, que tornaram a humanidade conectada em valores compartilhados. A humanidade passou a perceber que, na sociedade de massa, há determinados direitos que pertencem a grupos de pessoas, grupos esses, às vezes, absolutamente indeterminados.

Os direitos difusos são direitos de todos, mas que não pertencem a ninguém isoladamente. São de grupos cuja titularidade é absolutamente indeterminada. Ex.: direitos dos consumidores contra a propaganda abusiva (atinge a todos, mesmo que não tenham uma ligação jurídica uns com os outros).

Já os direitos coletivos em sentido estrito são direitos de grupos determinados, que não pertencem a nenhum membro isoladamente, mas ao grupo como todo. Ex.: direito da classe dos advogados de participar dos tribunais por meio do “quinto constitucional” (art. 94 da CF/88): trata-se de um direito de uma classe determinada (advogados), que não pertence a nenhum advogado específico, mas ao grupo (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 13).

d) Quarta Geração ou Quarta Dimensão, que surgiu dentro da última década por causa do avançado grau de desenvolvimento tecnológico: seriam os Direitos da Responsabilidade, tais como a promoção e manutenção da paz, à democracia, à informação, à autodeterminação dos povos, promoção da ética da vida defendida pela bioética, direitos difusos, direito ao pluralismo, etc. A globalização política na esfera da normatividade jurídica foi quem introduziu os direitos desta quarta geração, que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. Está ligada a pesquisa genética, com a necessidade de impor um controle na manipulação do genótipo dos seres, especialmente o homem.

CAVALCANTE FILHO (2010, p. 67) pondera que há autores que se referem a essa categoria, mas ainda não há consenso na doutrina sobre qual o conteúdo desse tipo de direitos. Há quem diga tratem-se dos direitos de engenharia genética (é a posição de Norberto Bobbio⁸), enquanto outros os referem à luta pela participação democrática (corrente defendida por Paulo Bonavides).

Segundo BIANCO (2006), essa quarta geração de direitos foi criada pelo professor Paulo Bonavides, para quem pode ser traduzida como o resultado da globalização dos direitos fundamentais de forma a torná-los universais no campo institucional. Enquadram-se aqui o direito à informação, ao pluralismo e à democracia direta.

As três gerações que exprimem os ideais de Liberdade (direitos individuais e políticos), Igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e Fraternidade (direitos da solidariedade internacional), compõem atualmente os Direitos Fundamentais.

Na atualidade, os Direitos Fundamentais são reconhecidos mundialmente, por meio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos de caráter internacional. Esses Direitos fundamentais nascem com o indivíduo. E por essa razão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), diz que os direitos são proclamados, ou seja, eles preexistem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais, que por outro lado devem proteger tais direitos de qualquer ofensa (SILVA, 2006, p. 161).

8 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão, p.58.

2.3 O Direito à Saúde nas Constituições Brasileiras

2.3.1 Constituição de 1824

A Constituição de 1824 delineou um panorama oligárquico tendo o imperador no topo da pirâmide, em claro um cenário de centralização de poder, e neste contexto vislumbra-se que o direito à saúde não recebeu destaque. Neste período da história, as Constituições que nasciam, ainda que tivessem o intuito de consagrar os ideais de liberdade, estes não foram almejados considerando-se as vastas disparidades sociais vigentes na época. José Afonso da Silva ensina que a Constituição de 1824 consagrou os denominados Direitos do Homem em seu artigo 179, onde englobava um rol de direitos e garantias dispersos em um total de 35 incisos (CF, 2006, p. 450). Vejamos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. (grifos nossos)

Em análise ao referido artigo, constatamos que o texto Constitucional chega a aludir em seu inciso XXIV que “*nenum genero de trabalho, de cultura, indústria ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, à segurança e saude dos cidadãos*”, todavia, a finalidade, como resta claro, não é assegurar o direito à saúde, mas sim exercício da atividade laboral.

2.3.2 Constituição de 1891

No que diz respeito à Constituição de 1891, resta evidente que o legislador não tratou do tema relativo ao direito à saúde. No período em questão, imperava no Brasil a organização social denominada “coronelismo”, deste feito, direitos e garantias fundamentas foram suprimidas do texto constitucional, sendo que, em verdade, havia uma relação de direitos e garantias expressos no artigo 72 da

Constituição de 1891, onde eram consagrados apenas os direitos de liberdade, de propriedade, de segurança, de reunião e associação e o habeas corpus.

2.3.3 Constituição de 1934

Em contrapartida, a Constituinte de 1934 que teve como nascente as revoluções de 1930; que teve um ideal liberal; e a de 1932; que teve um unho econômico; brotou como uma reação ao declínio da velha República do Café com Leite. No que diz respeito à classificação quanto à forma, podemos assegurar que a Constituição de 1934 inspirou-se na Constituição de Weimar e na Constituição Espanhola de 1931, sendo a primeira Constituição brasileira a fazer menção ao direito à saúde, então consagrado em seu artigo 10, inciso II. O constituinte de 1934 traz a saúde como competência concorrente entre a União e dos Estados. Faz jus destacar que, ainda que não tenha prosperado, essa Constituição pretendeu inserir no sistema jurídico brasileiro os Direitos sociais, econômicos e culturais.

2.3.4 Constituição de 1937

Todavia, em 1937, Getúlio Vargas outorgou nova Constitucional, a Polaca, onde impediu qualquer efetividade aos direitos fundamentais, não reproduzindo sequer a acanhada iniciativa da Constituição anterior, cuidando, tão somente, da centralização do poder na esfera do executivo, ainda que apresentasse alguns progressos na seara dos direitos sociais. Contudo, ainda que recusasse efetividade aos Direitos Fundamentais, e não garantisse o direito à saúde, previu no inciso XXVII do artigo 16, que competiria à União legislar privativamente sobre “*normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.*”

2.3.5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946; retornando ao modelo da Constituição de 1891; embora promulgada após a Segunda Guerra Mundial; fato fundamental na busca do fortalecimento do Constitucionalismo e dos Direitos Fundamentais, acompanhou esse anseio inovador com acanhamento. Mas, ainda que a Constituição de 1946 não tenha consagrado de forma explícita o direito à saúde, previu no artigo 5º, inciso

XV, alínea “b” que seria competência da União legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde.

2.3.6 Constituição de 1967

No final de janeiro de 1967, com o fim do golpe militar de 1964, foi outorgada a Carta Constitucional de 1967, que alterou o regime de liberalidade almejado pela Constituição de 1946, instalando-se assim, um regime totalitário. Com objetivo de buscar legitimidade para o Poder Instituição, os comandantes da *‘revolução vitoriosa’* compreendiam que era imprescindível uma nova Constituição. Deste feito, por interferência do ato Institucional n. 4, convocou-se uma nova assembleia constituinte. E tal Constituição trazia um capítulo que versava de Direito e Garantias Fundamentais, no entanto, ficaram apenas no domínio formal, sem qualquer efetividade. Igualmente não fora previsto o direito à saúde, sendo reproduzida a regra da Constituição antecedente a respeito da competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, acrescentando-se ainda, a competência da União para legislar sobre um plano nacional de saúde.

E neste contexto, sob o domínio de um governo autoritário, e diante a total carência de legitimidade e as corriqueiras demonstrações arbitrariedades empreendidas pelo regime militar, em meados dos anos 70, levaram várias organizações a questionarem a legitimidade do Poder Instituído. Dentre elas, podemos a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

No início de 1977, a OAB originou uma grande mobilização de âmbito nacional, desencadeando uma campanha para a convocação de uma nova assembleia constituinte. Deste feito com a crescente mobilização nacional, sobreveio o fortalecimento dos partidos políticos com a eleição nas principais capitais de candidatos de oposição, o que culminou na campanha conhecida como *‘diretas já’*. O que resultou na eleição de Tancredo Neves, Presidente da República, e José Sarney, como vice-presidente. Com a morte de Tancredo, Sarney assumiu a presidência e, em 27 de novembro de 1985, convocou a Assembleia Nacional Constituinte.

2.3.7 Constituição de 1988

Assim sendo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi o fruto de todo o processo de batalha do povo brasileiro na luta pela democracia, que com ela trouxe a chama de uma nova ordem, com fundamentos confessadamente antropológicos acerca dos Direitos Fundamentais. O rol de direitos e garantias da Constituição de 1988 é o mais extenso da história do Brasil, contendo 78 incisos, sem lhes determinar um modo restritivo, não esquecendo os direitos sociais que, na nova norma tem o direito à saúde consagrado no bojo do artigo 6º.

Ademais, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no formato estabelecido pelos artigos 6º e 196 a 200, a saúde fora consagrada Direito de todos, adotando os atributos da universalidade, integralidade, equidade e obrigação do Estado. E como consequência foi criado no Brasil o Sistema Único de Saúde (SUS), atualmente o maior sistema público de saúde do mundo.

3. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUCIONAL FEDERAL DE 1988

A partir da Constituição de 1988, o ser humano surge como o centro de todo o ordenamento legal, bem como, do âmbito político e socioeconômico. E neste contexto, temos que o Estado consiste na premissa de resguardar e tutelar o indivíduo, garantindo meios políticos, socioeconômicos e legais que admitam que ele alcance seus desígnios com a mais extensa assistência.

Assim sendo, compreendemos que os direitos sociais possuem um atrelamento que os acopla, o qual, por implicação, não apenas os submete um regime jurídico único, como também exige que sejam todos interpretados e efetivados de forma conjunta para que o indivíduo possa gozar da forma mais plena possível de todos esses direitos e garantias que a Constituição lhes confere.

E, embora não existe supremacia entre os direitos fundamentais, entendemos que, o direito à vida é pré-requisito para o gozo dos demais direitos inerentes à condição humana, e de forma lógico deduz-se que, para o gozo da vida o ser humano carece de garantir seu direito à saúde, visto que, o detrimento desta põe em risco o bom gozo do direito fundamental à vida.

E nesta lógica, pode-se assegurar que a Constituição de 1988 protege ainda à cura e a prevenção de doenças por meio de políticas que garantem a integridade física e psíquica do indivíduo, em decorrência da base da dignidade da pessoa humana.

3.1 Direito Fundamental à Vida e à Saúde na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz uma distinta gama de direitos, contudo, é conhecida como a Constituição Cidadã por ter dado relevância – dentre os variados direitos que consagra – aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Como mencionado no capítulo anterior, a Constituição de 1988 surge irrompendo com a ditadura militar intervencionista, e vem daí sua preocupação em resguardar e ressaltar as liberdades pessoais.

Por consequência, é evidente que a Constituição de 1988, que surgiu em um momento histórico revestido de tensões e arbitrariedades de todas as espécies no tocante aos direitos e garantias fundamentais, romperia com o padrão apregoado pela Constituição de 1967.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não faz apologia quanto a possível existência de hierarquia entre os direitos fundamentais. De forma alguma, tanto que, em eventual conflito entre direitos fundamentais, aproveitar-se-á aquele que melhor considerar a dignidade da pessoa humana, que vem a ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do inciso III, do art. 1º da CF/88. Neste sentido aduz o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes:

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificadamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4ª), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1ª, III). (MENDES, 2000, p. 299)

No entanto, mister se faz dizer que, os direitos fundamentais devem servir de abrigo para proteger garantias constitucionais oferecidas pelo legislador constituinte, e não devem ser empregadas para a flagelação de outros direitos individuais. Ou seja, a dignidade como autonomia traduz as demandas pela ampliação e manutenção da liberdade humana respeitada os direitos de terceiros e presentes as condições psíquicas para o exercício da capacidade de autodeterminação. Neste sentido explana o professor de Direito Constitucional Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5.º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. (MORAES, 2003, p. 48)

Pois bem, após tais explanações é salutar adentrarmos nos direitos fundamentais à vida e a saúde.

É de entendimento geral que a vida é o bem fundamental do ser humano, pois sem ela não há o que se falar em demais direitos, muito menos nos direitos que fundamentam a personalidade. Com base em tal juízo, conclui-se que o homem tem direito a vida. Contudo, é salutar dizer que, o indivíduo não possui apenas o direito de viver, mas de gozar uma vida plena e digna.

São inúmeros os documentos internacionais que garantem ao indivíduo o direito à vida e na Constituição Federal de 1988 o mesmo encontra-se consagrado no caput do art. 5º, senão vejamos:

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. (grifos nossos).

No que tange ao direito fundamental à vida, Alexandre de Moraes observa que:

[...] o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina. (MORAES, 2003, p. 50).

Já o direito à saúde, por ser um direito fundamental social, encontra previsão no artigo 6º da CF/1988, devendo ser concretizado por meio de políticas sociais por ser direito de todos e dever do Estado, na forma do artigo 196 da CF/1988. Vejamos na íntegra os referidos dispositivos:

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. (grifos nossos)

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. (grifos nossos).

Ressaltando que, além dos dois artigos acima transcritos, a saúde encontra-se inserida em diversos outros dispositivos constitucionais, os quais trataremos adiante.

Mas, frente aos artigos supramencionados, não deveria haver precisão de apelar-se ao Poder Judiciário para o gozo do direito à saúde, devido a auto aplicabilidade que das normas constitucionais. Contudo, não é isso que ocorre ao averiguarmos os milhares de processos que tramitam no judiciário com finalidade de conseguir cirurgias, medicamentos e tratamentos que, pela lógica, deveriam ser oferecidos pelo Poder Público sem óbice.

Neste sentido, a garantia da saúde:

(...) é a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Consequentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal (TAVARES, 2006, p. 744).

Deste feito, concordar-se-á com Daniel Sarmento quando afirma que:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc. (SARMENTO, 2002, p. 71).

Pois, de acordo com Sergio Pinto Martins (2008, p.183), “*os direitos sociais possuem um status garantidor da autonomia do indivíduo, possibilitando-o exercer e usufruir de sua liberdade, mediante a garantia de acesso a uma formação educacional, ao trabalho, à moradia e à assistência à saúde*”.

Deste feito, a saúde adveio como um direito público subjetivo, constitucionalmente protegido. Ao poder público compete criar e pôr em prática políticas sociais e econômicas que se dignem a garantir aos cidadãos a promoção universal e igualitária à proteção clínica hospitalar. A norma contida no artigo 196 da CF/1988 tem caráter programático – como já mencionado anteriormente – os quais, os endereçados são todos os entes federados, do âmbito federal, estadual e municipal. Trata-se de um direito que não pode ser transformado numa jura do sistema, convergindo no inadimplemento da regra constitucional.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, abstrai-se que:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2006, p. 285).

Ou seja, a Constituição de 1988 resguarda a cura e a prevenção de doenças por meio de medidas que garantem a integridade mental e física do indivíduo, em decorrência direta da dignidade da pessoa humana.

Cretella Júnior (1993, Vol. III, p. 4332-4334) assegurou que:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Importante destacar que a competência no que tange à responsabilidade do poder Público para criar e implementar medidas que garantam o perfeito gozo do direito à saúde, é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios e que a estes concorre “*cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*”, segundo o inciso II, do artigo 23, da CF/1988.

Diante o exposto, conclui-se que, todos os entes Federados, cada qual na sua esfera administrativa, têm a obrigação de cuidar pela proteção à saúde dos indivíduos e território brasileiro.

Ocorre que, as políticas públicas já implementadas são insuficientes no que diz respeito à diminuição do risco de doenças e, sobretudo, no que tange ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde destinado à todos.

Insta advertir que a manutenção da Seguridade Social é exercida por todos os cidadãos diretamente por meio das contribuições, e indiretamente do Poder Público, com fulcro em recursos oriundos dos fundos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além das contribuições dos empregadores, que incidem sobre as contraprestações, o que é faturado - PIS e Confins - e o lucro, dos próprios empregados, do lucro de concursos de prognósticos – como a loteria esportiva, sena, loto, loteria federal, dentre outros – e do importador de bens ou serviços.

E foi neste intuito de criar condições de assegurar o direito à saúde, que o constituinte de 1988 instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS, movido pelo modelo

instituído na Constituição Alemã, em que a prestação do serviço médico e hospitalar é determinada pela necessidade e não pela capacidade econômica do indivíduo.

3.2 Sistema Único de Saúde - SUS

Como já restou claro, o direito à saúde insurge no constitucionalismo contemporâneo implantado no conjunto dos direitos sociais.

Como resultado, o constitucionalismo contemporâneo fora instituído pela Constituição Americana de 1787 e pela Constituição Francesa de 1791, onde os direitos fundamentais consistiam nos denominados direitos individuais, fundamentados pelo liberalismo e inclinados à assegurar a autonomia individual dos cidadãos. Os referidos direitos tendiam ao amparo dos cidadãos em face do Estado, que estava compelido a privar-se de intervir no domínio das relações privadas.

E fora a partir do século XX que o rol dos direitos fundamentais sobreveio a abarcar os direitos sociais, inclinados para o aspecto social do ser humano, sugerindo atuações estatais com o objetivo de garantir meios de assegurar a vida a todos os indivíduos. Adverso dos direitos individuais, que compunham direitos que consistiam apenas numa postura negativa do Estado em não interferir na vida privada, os direitos sociais são direitos que garantem prestações do Estado, estabelecendo a efetivação de políticas públicas, ou seja, de uma gama sistematizada de programas governamentais.

Neste interim, a Constituição de 1988 traz de forma clara esse aspecto do direito à saúde ao instituir em seu artigo 196, que tal direito será “*garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Deste modo, o direito à saúde foi constitucionalizado em 1988 como direito público subjetivo a prestação do Estado, o qual traduz a obrigação dos Poderes Públicos em implementarem políticas que assegurem esse direito. E este formato de constitucionalização é o cerne de apreciação da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde.

Portanto, a constitucionalização do direito à saúde na Constituição de 1988 tem dois atributos basilares: a) o seu reconhecimento como direito fundamental; e b) a fixação dos princípios que conduzem a política pública de saúde.

Como mencionado no tópico 3.1, página 27 do presente trabalho, a saúde faz parte dos direitos sociais inseridos no artigo 6º, que inicia o Capítulo II - Dos Direitos Sociais - do Título II - Dos Direitos Fundamentais - da Constituição de 1988. Ademais, o caput do artigo 196, já aludido, impõe a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Além disso, a leitura conjugada dos artigos 194, 196 e 198 da Constituição, nos traz a definição dos princípios que conduzem as políticas públicas no tocante à saúde, quais sejam:

a) Universalidade (inciso I, do artigo 194, combinado com artigo 196, caput): por ser direito de todos, a saúde não carece de qualquer pré-requisito para seu gozo, necessitando ser universal e igualitário o acesso às ações e serviços de saúde;

b) Caráter democrático e descentralizado da administração, com participação da comunidade (inciso VII, do artigo 194, combinado com incisos I e III, do artigo 198): manifesta-se na repartição de responsabilidades pelas ações e serviços de saúde entre os diversos graus da administração, a partir do conhecimento de que, quão mais próximo da ocorrência as medidas necessárias forem adotadas, maiores as oportunidades de sucesso. Esta diretriz tem norteado a regulamentação do sistema de saúde, regulada pela máxima responsabilidade dos municípios na prática das ações voltadas à saúde, a denominada “*municipalização da saúde*”.

c) Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (inciso II, do artigo 198): a integralidade do atendimento constitui que o sistema de saúde precisa cobrir inclusão às ações de acesso, que procuram extinguir ou conter as origens das doenças e seus agravamentos, abrangendo ainda as ações em distantes áreas de assistência, que tendem à prevenção de riscos e exposição a doenças, compreendendo ações de saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária, atendimento médico, tratamento e reabilitação dos enfermos;

d) Regionalização e hierarquização (artigo 198, caput): o presente princípio admite uma maior percepção, por meio do circuito de serviços do sistema, dos problemas de saúde da comunidade de uma área, beneficiando a implementação de medidas, permitindo a repartição dos serviços e sua disposição naquele referido espaço.

E foi justamente este desenho de constitucionalização do direito à saúde que originou várias implicações legais.

De tal modo, tal extensão da eficácia das cláusulas constitucionais alusivas à saúde incide na vinculação do legislador quanto a criação de leis indispensáveis para a regulamentação da matéria. É fato que o legislador não tem discricionariedade no que tange à competência e, na missão de regulamentar tal direito, tem a obrigação de lembrar os princípios constantes Constituição.

De maneira análoga, o direito à saúde igualmente conecta os demais Poderes, os quais, na execução de suas funções, necessitam preservá-lo e promovê-lo, estando os mesmos proibidos de qualquer ação contrária.

Neste interim, o direito à saúde carece de ser tomado como critério direcionador de um juízo de avaliação de mérito para se medir a constitucionalidade e o legalismo da ponderação de normas constitucionais ou infraconstitucionais, quando em conflito ou colisão.

Tal extensão da eficácia e aplicabilidade dos preceitos constitucionais relativos à saúde evidencia a seriedade de sua constitucionalização e extinguem a probabilidade que tais normas constituam meros fluxogramas políticos, do qual a execução não vincule os poderes públicos.

Assim, a Constituição de 1988 institui o Sistema Único de Saúde – SUS, que fundamenta-se no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. De modo que, para que se resguarde a manutenção do Sistema Único de Saúde por parte do Estado é indispensável que os investimentos com a saúde estejam constantes e que exista ainda a arrecadação de recursos.

E, embora o legislador tenha sido omissivo em relação à regulamentação de inúmeros dispositivos constitucionais, folga-nos em esclarecer que não houve omissão legislativa no que diz respeito à saúde, devido a criação da Lei nº 8.080/1990, que consolidou os princípios constitucionais que fundamentam tal direito.

Portanto, a referida Lei nº 8.080/1990 traz o acesso e recuperação da saúde, a coordenação e o funcionamento dos serviços relativos e dá outras providências, com vigência em todo território nacional. Sendo de competência do SUS, as ações e os serviços de saúde de Instituições Públicas Federais, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, das Administrações diretas e indiretas e Fundações mantidas pelo Poder Público. Sendo que tais ações têm como desígnio:

- a) identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- b) formular políticas de saúde destinada a promover, nos campos econômicos e sociais, o dever do Estado de garantir a saúde;
- c) dar assistência aos indivíduos por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a efetivação integral das ações assistenciais e das atividades preventivas.

No que tange ao campo de ação do SUS, destacamos que limita-se ao cumprimento de ações de vigilância sanitária, epidemiologia, farmacêutica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, a organização de políticas e ações de saneamento básico; sangue e hemoderivados; recursos humanos na saúde; vigilância nutricional; proteção ao meio ambiente; de medicamentos e insumos de interesse; de fiscalização e desenvolvimento científico e tecnológico.

Entre distintas fontes, com base no artigo 195 da CF/88, o Sistema Único de Saúde atua com verbas do fundo da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Com o escopo de adequar mais equilíbrio aos recursos à saúde, a Emenda Constitucional n.º 29/2000 instituiu uma estrutura com financiamento ao Sistema Único de saúde por parte dos entes Federados. Por meio desta Emenda foram adicionados mais três parágrafos ao artigo 198, com a finalidade de acrescentar e consolidar os recursos à saúde garantindo percentagens mínimas a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Vejamos:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada posteriormente pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) (grifos nossos)

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O Estado brasileiro tem obrigação de garantir a todos o acesso à saúde, e sempre que esta advir supressão deste direito, e esta abstenção acarretar o risco de lesão a sua saúde, esse indivíduo pode buscar a tutela da justiça em busca da sua efetivação. E é justamente esta procura pela efetivação do referido direito que faz surgir o fenômeno da judicialização da saúde em nossos tribunais brasileiros.

E ao apreciar cada caso, os magistrados tem a difícil tarefa de ponderar dois importantes princípios, quais sejam: mínimo existencial e a reserva do possível.

4.1 Mínimo Existencial

O amparo aos direitos humanos perante o Estado nasceu como reação à autoridade das monarquias absolutistas. Visto que, as mais ofensivas intimidações as liberdades, como também, a dignidade humana, no limite do constitucionalismo, decorria do Estado. Deste feito, em face da superação do regime absolutista, a demonstração inicial da compreensão da dimensão dos direitos humanos foi de compreender a necessidade de limitar o poder estatal.

Por conta disto, é que pode-se afirmar que as primeiras Constituições que surgem como afirmação e concretização dos direitos humanos em aversão ao absolutismo, se originam no Estado Liberal.

O período compreendido entre o declínio do sistema feudal e fim do século XV, define o apogeu do Estado Patrimonialista, marcado pela inexistência de imunidade tributária aos hipossuficientes, em contrassenso, à imunidade tributária auferida à nobreza e ao clero. Vantagens estas que os estudiosos do período intitularam como privilégios odiosos⁹.

Daí a importância de limitar o poder de atuação do Estado, não permitindo que este cometa arbitrariedades no tocante aos direitos fundamentais. Portanto, a proteção do mínimo existencial ocorre com a ascensão do Estado de Polícia, abrاندando a tributação dos desprovidos e transferindo para o Estado a assistência aos mesmos. *“Mas lógico há a crítica da proporcionalidade, e é com cameralismo”*¹⁰

⁹ SCHMITT, Paula Helena. **DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSCIÊNCIA DE CLASSE A HISTORICIDADE JUSTRABALHISTA.** Disponível em <http://www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/8582/direitos_consciencia_de_classe.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

¹⁰ Uma das doutrinas mercantilistas em evidencia na Europa dos séculos XVII e XVIII.

que se inicia a defesa da progressividade tributária” (TORRES, 1999, p.139), tendo como fronteira no mínimo existencial, com a remoção da incidência tributária em face daqueles que não apresentem condições mínimas para prover sua própria subsistência.

Segundo TORRES:

No Estado Fiscal de Direito se modifica o tratamento dado à pobreza, com a estruturação jurídica da imunidade do mínimo existencial e a assistência social aos pobres. A tributação passa a ser feita com base no princípio da capacidade econômica e no subprincípio da progressividade, que ingressam nas Constituições da França e do Brasil, com a proibição de tributação sobre a parcela mínima necessária à existência digna, aquém da capacidade econômica e, portanto, uma reserva de liberdade que limita o poder fiscal do Estado. (TORRES, 1999, p. 140)

O que nos leva a concluir que *“no Estado Social Fiscal, correspondente ao atual Estado de Direito, acentua-se a reflexão do mínimo existencial dentro dos direitos humanos”* (Ibidem, 1999, p. 141).

Ao ponderarmos acerca do mínimo existencial, é salutar que nos remetamos à Constituição Federal, mais precisamente o Título II, intitulado como *Garantias e Direitos Fundamentais*. É neste Título que estão consagrados os direitos e garantias sem os quais a existência humana seria impraticável. E é justamente por conta disso que o mínimo existencial é inerente ao conceito de ajustamento social.

Por este prisma, o mínimo se alude aos direitos associados àquelas necessidades imperiosas à garantia de uma existência digna. Ou seja, é um direito cujo objetivo é afiançar condições mínimas de vida humana digna, e diz respeito aos direitos positivos, visto que, impõe ao Estado a obrigação de proporcionar meios para que exista efeito total no que tange a aplicabilidade de tais direitos.

Assim sendo, podemos concluir que os direitos abarcados pelo mínimo existencial são aqueles arrolados no rol dos direitos sociais, econômicos e culturais, consagrados na Constituição Federal. São os Direitos de Segunda Geração, que apresentam caráter programático, visto que, o Estado carece de criar políticas para assegurar que tais direitos consigam atingir o indivíduo tutelado, conforme aduz o tópico 1.2, página 18 do presente trabalho.

Deste feito, o mínimo existencial, compreende toda a gama de prestações materiais imprescindíveis e categoricamente necessários para que todo e qualquer indivíduo possa subsistir com o mínimo de dignidade. Sua importância é tamanha

que a Doutrina o intitulou como sendo o cerne do princípio da dignidade da pessoa humana, que é consagrado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

TORRES nos esclarece ainda que:

O mínimo existencial é um direito pré-constitucional, não positivado na Carta Magna, mas implícito no art 3º, III, como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, e expresso nas normas que preveem as imunidades tributárias. (TORRES, 1999, p. 141)

Comprovando a afirmação do jurista acima transcrito, vejamos o que dispõe a Lei Orgânica da Assistência Social - Lei Federal nº. 8.742, de 07/12/1993 - no que diz respeito ao mínimo existencial. Vejamos:

Art 1º: A assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Outro importante documento que consagra de forma explícita o mínimo existencial é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 25 aduz que *“toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”*.

O então ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), e também professor, Luís Roberto Barroso, rotula algumas cláusulas constitucionais de direitos econômicos e sociais, como regras definidoras de direito, e outras, como regras programáticas. Barroso pondera os direitos à *saúde*, na forma do artigo 196, da CRFB/88; à previdência social, com base nos artigos 6º e 201, da CRFB/88 e à aposentadoria, como sendo cláusulas constitucionais que definem direitos os quais geram a exigibilidade de ações positivas por parte do Estado. Todavia, o mesmo faz uma advertência no que tange à observação da reserva do possível em determinados casos.

4.2 Reserva do Possível

Segundo Suélen Pereira Coutinho do Nascimento:

[...] houve um crescimento muito elevado dos direitos fundamentais, e começou a surgir a falta de recursos do Estado para supri-los. É nesse contexto que nasce a reserva do possível: é o fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais.

A reserva do possível pode ser chamada também de “reserva do financeiramente possível” ou ainda “reserva da consistência”. Nasceu na Alemanha, com o julgamento do caso “Numerus Clausus I”, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, pois em 1960, face ao grande número de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia e outras, foram impostos certos limites à quantidade de estudantes que ingressariam em determinados cursos universitários.

Mas, como o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã prevê que todo cidadão alemão tem o direito à livre escolha da profissão, os estudantes utilizaram esta argumentação. E, no julgamento, firmou-se o posicionamento de que o indivíduo somente poderá requerer do Estado prestação que seja no limite do razoável. (Mínimo Existencial x Reserva do Possível. Disponível em: <<https://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel>> Acesso em 14 de setembro de 2017).

Ou seja, todos aqueles direitos previstos em normas programáticas inseridas na Constituição que geram uma prestação material por parte do Estado – neste rol contidos os direitos econômicos e sociais – permanecem condicionados à capacidade econômica do ente público, o que gera ao Poder Legislativo a missão de editar lei delineando os parâmetros particulares para a prestação de tais direitos, visto que, é inimaginável ao constituinte antecipar a situação econômica do Estado.

Inicialmente, é importante informar que não compete ao Poder Judiciário resolver quais são os direitos que geram prestação material por parte do Estado, ficando a cargo do Poder Legislativo demarca-los, priorizando os de maior importância e reflexo na vida dos cidadãos. “*A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, através de opções que exigem procedimento democrático para serem escolhidas, sendo o Poder Legislativo o órgão legitimado*” (BRANCO, 2002, p. 145).

Destaca-se que as normas que conferem direitos econômicos e sociais, quando determinadas como a parcela ínfima de existência digna que todo e qualquer ser humano necessita para subsistir, são tidas como normas autoaplicáveis, ou seja, de eficácia plena.

Todavia, BARROSO adverte que:

Merece registro quanto às normas programáticas, a existência da chamada vedação do retrocesso. Isso significa que ao ser instituída uma lei, regulamentando um dispositivo constitucional, o legislador infraconstitucional não poderá revogá-la, fazendo retornar ao estado de omissão legislativa, porque o direito dependente de regulamentação se incorporou ao patrimônio jurídico. (BARROSO, 2004, p.158).

Como já mencionado no tópico anterior, o mínimo existencial na qualidade de direito fundamental, decorre da própria Constituição Federal, não dependendo de lei que o confirme ou regule, já “*os direitos econômicos e sociais previstos em normas constitucionais programáticas, dependem de prévia lei, estando sujeitos à reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador*” (TORRES, 1999, p. 188).

Diante o exposto podemos concluir que o Estado Social Fiscal tem o objetivo de minimizar as disparidades sociais e viabilizar todas as formas de liberdade, oferecendo políticas públicas nos campos da saúde, dentre outros. E para tal, busca abranger uma estabilidade orçamentária entre o ativo e o passivo. Deste modo, o atual Estado Orçamentário apresenta estrutura tributária enviesada para assegurar os direitos humanos, sem desamparar a garantia dos direitos sociais, que ficam condicionados à reserva do possível.

Neste sentido aduz Ana Paula Barcellos:

O objetivo das Constituições, incluindo a Carta Magna de 1988, consiste em promover o bem-estar de todos, para assegurar a dignidade da pessoa humana, o que inclui além da garantia dos direitos individuais, o acesso às condições materiais mínimas de existência. Ao estabelecer o mínimo existencial se estabelece a prioridade dos gastos públicos. Apenas quando atingidos os recursos necessários para a dignidade humana se poderá cogitar, quanto aos recursos remanescentes, em quais áreas se irá investir. Nesse sentido, o mínimo existencial, por envolver prioridades orçamentárias é capaz de conviver com a reserva do possível. (BARCELLOS, 2002, p. 242).

Diante o exposto conclui-se que o princípio da *reserva do possível* condiciona a possibilidade e o alcance da atuação do Estado no que diz respeito à concretização de determinados direitos; como no caso dos direitos sociais; limitando a prestação estatal à existência de recursos públicos.

4.3 Mínimo Existencial *versus* Reserva do Possível nos Tribunais Brasileiros

Diante de tudo o que fora exposto, resta-nos um sentimento entendedor de que o princípio da reserva do possível portar-se-ia como limitador à efetivação dos direitos sociais, e até mesmo, dos direitos fundamentais.

Em relação a tal, o jurista CUNHA JUNIOR obtempera que “*nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador pode ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações*”¹¹.

Com base no último relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que data de 2011, as ações pioneiras no tocante à discussão acerca do direito à saúde chegaram aos Tribunais Superiores nos anos 90, tratando essencialmente do direito à prestação de medicamentos por parte do poder público¹².

Daí em diante, a contar do ano 2000, a quantidade de processos judiciais pertinentes ao direito à saúde aumentou consideravelmente. O último levantamento do Conselho Nacional de Justiça, o qual mencionamos no parágrafo acima, demonstrou que há exatos 07 (sete) anos atrás tramitavam no Poder Judiciário Estadual e Federal – com exceção dos tribunais dos Estados da Paraíba, Pernambuco e Amazonas – cerca de 240.890 processos¹³.

Por conta do suntuoso volume de ações envolvendo o direito à saúde e:

Por tratar de questões muitas vezes dramáticas, com inadiável necessidade de tutela jurisdicional por meio de decisões liminares, várias dessas ações chegaram ao STF pela via da suspensão de liminar. Em razão da aguda importância do tema, em 5 de março de 2009, o STF convocou audiência pública com diversos segmentos da sociedade civil, a fim de discutir parâmetros para a prática judiciária no país¹⁰. Na pauta, o tribunal arrolou a necessidade de debater a responsabilidade dos entes federados em matéria de direito à saúde e, ainda, a obrigação do Estado de (a) fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde (SUS), (b) custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes, (c) disponibilizar medicamentos e tratamentos

11 **O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde**, de *Fernando Gomes Correia Lima e Viviane Carvalho de Melo*. Disponível em:

< http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-dareserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46 > Acesso em 14 de setembro de 2017.

¹² **Conselho Nacional de Justiça – CNJ**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

¹³ *Ibidem*.

experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) ou não aconselhados nos protocolos clínicos do SUS e (d) fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS. A audiência pública durou entre 27 de abril e 7 de maio de 2009 e teve a finalidade especial de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade em relação ao SUS, contribuindo com o deslinde de questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde¹⁴.

Todavia, levando em consideração o princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional, ficou à cargo do Poder Judiciário instituir os padrões para a satisfação dos complexos casos enredados nas ações que tratam o direito à saúde. A característica uniformizadora das decisões dos tribunais superiores instituiu, no pensamento legalístico pátrio, espécie normativa a ser adotada nas lides que versam sobre o tema.

Deste feito, a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores; neste caso do Supremo Tribunal Federal – STF, como também, do Superior Tribunal de Justiça – STJ; faz-se imprescindível para que se possa compreender os parâmetros empregados pelas cortes nas decisões auferidas nos autos dos processos que tratam do tema.

Fato é que, o posicionamento das cortes superiores brasileiras deve ser subdividido em três momentos. O primeiro momento, datado do meado ao final dos anos 90, a jurisprudência do STJ e STF eram favoráveis à Fazenda Pública, no entendimento acerca da impossibilidade de atendimento dos pedidos judiciais relativa ao direito à saúde.

A primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em que considerou um pedido de provimento de medicamentos pelo SUS foi o Recurso em Mandado de Segurança nº. 6564/RS, analisado no ano de 1996 pela referida corte.

Vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA. DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM

¹⁴ NETO, Otávio Balestra. **A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O DIREITO À SAÚDE – EVOLUÇÃO RUMO À RACIONALIDADE.** Disponível em < <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, 'OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA', POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICOCONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER" DEVER DE SAÚDE COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". NO SISTEMA JURÍDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE." (STJ, RMS 6564/RS, Primeira Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448).

Como resta claro na Ementa acima transcrita, o processo tratava um complexo caso suscitando necessária prestação material para a apropriada defesa do direito à vida de uma menor portadora de rara e grave doença. O forte drama enfrentado pela paciente, o STJ aceitou o argumento apresentando, ainda, duas cláusulas limitadoras dos direitos fundamentais sociais, quais sejam: o caráter programático das normas que definem os direitos sociais e a reserva do possível, enfatizando que esta última é uma condição de restrição marcada pela insuficiência de recursos públicos que deve ser considerada em casos concretos que tratem de direitos sociais prestacionais.

A segunda fase que marca um novo posicionamento por parte dos tribunais superiores nas ações que versem sobre o direito à saúde, teve início no ano de 2000. As cortes passam a apregoar em suas decisões o caráter essencial do direito à saúde, como expressão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, superando assim, as inúmeras teses de defesa da Fazenda Pública.

Como exemplo deste novo momento jurisprudencial podemos citar o Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança de nº. 195.192/RS, apreciado no ano de 2000 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, cuja ementa esclarece:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60).

Como se pode constatar, neste primeiro momento o STF não falava explicitamente em mínimo existencial e reserva do possível, mas posicionava-se com a visão de que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.

Fato é que, na primeira fase do entendimento jurisprudencial das cortes superiores relativo ao direito à saúde, o país vivenciava a transição do regime ditatorial para o democrático. E este segundo momento marcado pela relevância dada à dignidade da pessoa humana não se poderia apartar do entendimento de dignidade o salutar gozo ao direito à saúde, intimamente ligada ao direito à vida, direito este preexistente aos demais, por traçar a existência humana.

E como pode ser observado nas ementas abaixo transcritas, este posicionamento de entendimento das cortes superiores brasileiras, vem sendo costumeiramente reproduzido nas esferas inferiores em ações que objetivam o auxílio material estatal em casos que envolvam o direito à saúde, não mais prevalecendo o entendimento anterior do qual beneficiava-se a Fazenda Pública, acerca do caráter programático das normas que definem os direitos sociais e a reserva do possível.

Vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia

dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (Resp. 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido. Data de publicação: 06/12/2013. STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1107511 RS 2008/0265338-9 (STJ).

DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE E À VIDA DIGNA. DEVER DO ESTADO. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISSOCIAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à saúde a pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes. 2. Assim, sendo a saúde pública responsabilidade solidária dos entes federados, ao impetrante compete ingressar com ação, à sua escolha, em desfavor de todos ou de um deles isoladamente, por se tratar de litisconsórcio facultativo. 3. O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, através de qualquer de seus entes, objetiva assegurar o direito à saúde e, desse modo, concretizar o direito à vida digna, constitucionalmente garantidos. 4. Direito fundamental, de aplicação imediata e dever do Estado, previstos na Constituição Federal (arts. 5º, caput e § 1º, 6º e 196). 5. A "**reserva do possível**" nunca pode estar dissociada do "**mínimo existencial**", pois somente depois de atendido o **mínimo existencial**, aí incluído o direito à saúde, é que o Poder Público terá discricionariedade para cogitar a efetivação de outros gastos. 6. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. 7. Segurança concedida. Liminar ratificada, com a majoração da multa diária aplicada para o caso de descumprimento. ACÓRDÃO ACORDAM os desembargadores integrantes do ÓRGÃO ESPECIAL deste egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em conceder a segurança requestada e ratificar o provimento liminar, com a majoração da multa diária aplicada para o caso de descumprimento, nos termos do voto do relator, parte integrante deste. Fortaleza, 19 de novembro de 2015. Data de publicação: 19/11/2015. TJ-CE - Mandado de Segurança MS 06265614820158060000 CE 0626561-48.2015.8.06.0000 (TJ-CE).

Já a terceira fase do entendimento dos tribunais superiores no tocante ao direito à saúde fora marcado com a audiência pública promovida pelo STF no ano de 2009, a qual mencionamos no início deste tópico. A supramencionada audiência

pública levou à delimitação de parâmetros muito mais claros para o posicionamento das decisões judiciais acerca do direito à saúde. Como exemplos deste período da jurisprudência brasileira podemos citar o Mandado de Segurança nº. 8895/DF, julgado pelo STJ e a Suspensão do Mandado de Segurança nº. 3073, pelo STF. Vejamos:

STJ – MS 8895/DF: ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da 'retinose pigmentar' no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado. (STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004, p. 151).

STF – SS 3073/RN: O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. O requerente sustenta, em síntese: a) inadequação do mandado de segurança, pois, “em caso de pedido de medicamentos, é necessária perícia que verifique a plausibilidade da indicação médica feita pelo médico particular” (fl. 5); b) ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto a liminar impugnada viola o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), certo que “o Estado não tem previsão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demande, não podendo arcar com o provisionamento integral de fármacos de que necessite cada cidadão residente no território estadual” (fl. 10). Nesse contexto, ressalta a necessidade de observância da cláusula da reserva do financeiramente possível e o fato de que os medicamentos requeridos não estão inseridos no âmbito do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, estabelecido, por intermédio do Poder Executivo, conjuntamente pela União, Estados e Municípios; c) impossibilidade de o Poder Judiciário “c) impossibilidade de o Poder Judiciário “desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto” (fl. 12). Além disso, aduz que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento ao impetrante, apenas propõe a indicação de outros similares, uma vez que o medicamento solicitado não se encontra relacionado na lista do Ministério da Saúde; d) caráter experimental do medicamento pleiteado (Rituximabe), o qual se encontra em estudo “em razão de pesquisas haverem concluído que ele proporciona o aparecimento de hepatite nos pacientes que o utilizam” (fl. 15). 2. A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 36-38). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 45-46). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 6º e 196 da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a

Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. “Publique-se”. (STF, SS 1073, Rel. Min. Presidente, proferida pela Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007, p. 21).

Enfim, constata-se que neste terceiro momento, os tribunais superiores trataram de considerar de forma metódica determinados pontos proeminentes para o posicionamento diante dos inúmeros pedidos estabelecidos nos autos das ações judiciais que envolvem o direito à saúde, especialmente, as relativas à falta de registro de medicamentos perante a Anvisa, ou no que diz respeito à carência de estudos científicos conclusivos acerca de alguns tratamentos novos, que ao invés de restabelecer a saúde do requerente, poderia comprometer ainda mais.

4.4 A Mediação Como Solução Extrajudicial de Conflitos

O poder público municipal, representado por sua Secretaria de Saúde, poderia firmar parcerias com instituições como a Defensoria Pública, a OAB local, com intuito de viabilizar a resolução econômica e eficiente para pedidos de medicamentos e tratamentos frequentes, além de cirurgias, evitando o ajuizamento de ações.

O objetivo seria o de não limitar à tutela do direito à saúde ao ingresso no Poder Judiciário, assegurando à comunidade a informação acerca dos seus direitos, dentre eles, os inúmeros meios de satisfação do pretendido, por meio dos seus diversos mecanismos, como a conciliação, a mediação e arbitragem. Enfim, procurando primeiramente, a satisfação extrajudicial do que se busca através do diálogo.

O Estado de Santa Catarina discute a criação de uma câmara para a solução extrajudicial de conflitos na área da saúde. Tal projeto é de iniciativa da Defensoria Pública de Florianópolis, que constatou que no ano de 2014 foram ajuizadas 3.771 ações com pedido de assistência jurídica gratuita, e cerca de 30% deste montante tinham como tema a saúde¹⁵.

Um Estado que já vem praticando a solução de conflitos envolvendo saúde sem a necessidade do ajuizamento de ações judiciais, é o Estado do Ceará por intermédio da Defensoria Pública daquele ente. Mas para isso, a Defensoria Pública do Ceará dispõe de órgãos de execução, tanto na Capital Fortaleza, como nos municípios do interior¹⁶.

Outra forma de minimizar as demandas judiciais relativas à saúde, seria uma promoção de política pública realizada de forma mais eficaz pela Secretaria de Saúde, por meio dos agentes comunitários de saúde, que com trabalho direcionado poderiam mensurar com maior eficácia os problemas de saúde apresentados pelos indivíduos da comunidade local. Podendo assim, direcionar o indivíduo no tocante ao atendimento ambulatorial, realização de exames e busca do tratamento aprazível,

¹⁵ **Defensorias Públicas discutem acordo para diminuir custos de SC com ações judiciais na saúde.** Disponível em < <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/defensorias-publicas-discutem-acordo-para-diminuir-custos-de-sc-com-acoes-judiciais-na-saude.ghtml> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

¹⁶ **Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará.** Disponível em < <http://www.defensoria.ce.def.br/atuacaogeral/saude/> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

seja por meio de tratamento medicamentoso, terapêutico ou cirúrgico. Tal medida seria de grande valia, também, no tocante à políticas de prevenção de doenças.

O Ministério Público do Piauí – MPPI, através do Centro de Apoio Operacional de Defesa da Saúde (CAODS) e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), que são seus órgãos auxiliares, implementaram um projeto de Técnicas de Solução Extrajudicial de Conflitos, com objetivo de atuar na defesa do direito à saúde, de modo a apresentar solução extrajudicial de conflitos, com destaque no aprimoramento do serviço de saúde pública, de modo que se evite a ajuizamento de ações judiciais em casos onde a composição extrajudicial é a mais indicada¹⁷.

O intuito de tais projetos de parceria é colaborar para a desoneração do Judiciário brasileiro, que atualmente está congestionado com a tramitação de cerca 110 milhões de ações versando sobre o direito à saúde por todo o país, conforme dados da Corregedoria Nacional do Ministério Público¹⁸.

Com todo esse movimento nacional por parte das entidades democráticas constata-se o quão valoroso seria a implementação de políticas de parcerias entre tais instituições e o poder público, no intuito de estabelecer medidas de prevenção e solução extrajudicial de litígios envolvendo o direito à saúde, com objetivo de desafogar o judiciário e minimizar o tempo de espera do indivíduo na busca da prestação estatal.

4.5 A Problemática da Judicialização das Cirurgias Eletivas no Município de Marabá-PA.

Antes de tratarmos do tema central do presente tópico, faz se necessário esclarecer o que vem a ser uma cirurgia eletiva, bem como, a diferença entre esta e as cirurgias de urgência e emergência.

O site Portal e Educação nos esclarece que:

As cirurgias podem ser classificadas quanto à urgência cirúrgica que engloba:

¹⁷ **Ministério Público do Estado do Piauí. Disponível em** < http://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_content&view=article&id=5959:centro-de-apoio-operacional-de-defesa-da-saude-caods-participa-de-reuniao-da-rede-cegonha&catid=156&Itemid=120 >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

¹⁸ **Consultor Jurídico. Disponível em** < <https://www.conjur.com.br/2017-set-04/110-milhoes-processos-passaram-judiciario-2016> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

- **Cirurgia eletiva:** Tratamento cirúrgico proposto, mas cuja realização pode aguardar ocasião mais propícia, ou seja, pode ser programado. Por exemplo: mamoplastia, gastrectomia.

- **Cirurgia de urgência:** Tratamento cirúrgico que requer pronta atenção e deve ser realizado dentro de 24 a 48 horas. Por exemplo: apendicectomia, brida intestinal.

- **Cirurgia de emergência:** Tratamento cirúrgico que requer atenção imediata por se tratar de uma situação crítica. Por exemplo: Ferimento por arma de fogo em região precordial, hematoma subdural.¹⁹

Pois bem, como restou claro após a leitura da explicação acima, as situações de emergência e urgência apresentam prioridade em face às cirurgias eletivas, que são aqueles procedimentos os quais verificam-se a necessidade após análise de exames de diagnósticos. Na maioria dos casos, referem-se a problemas ainda assintomáticos, mas que puderam ser verificados através de exames de rotina, muitas das vezes.

E é justamente por esta ausência imediata de complicações e riscos à vida, bem como, à saúde do paciente que as cirurgias eletivas tem menor prioridade que as cirurgias de urgência e emergência, e o paciente que apresenta necessidade de realizar cirurgia do tipo eletiva vai para a fila de espera do Sistema Único de Saúde aguardar a sua vez.

Importante esclarecer que, para que o paciente consiga realizar seu atendimento, seja para cirurgia eletiva ou emergencial, o mesmo precisa possuir o cartão do SUS, como também, ter o requerimento indicando a necessidade de realização do referido procedimento expedido por um médico do SUS. Posteriormente, o paciente tem que dirigir-se à uma Unidade de Saúde (Posto de Saúde) para fazer o agendamento do procedimento e então ser inserido na fila de espera.

E no que diz respeito a mencionada “fila de espera”, conforme divulgação datada de 04 de dezembro de 2017 no site Agencia Brasil:

Levantamento do Conselho Federal de Medicina (CFM) aponta que pelo menos 904 mil cirurgias eletivas estão pendentes no Sistema Único de Saúde (SUS) em diferentes estados e municípios do país. As cirurgias eletivas não são de urgência ou emergência. O estudo, feito pela primeira

¹⁹ **Classificação das Cirurgias.** Disponível em: <
<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/classificacao-das-cirurgias/23157> >
Acesso em 14 de setembro de 2017.

vez pelo conselho, divulgado nesta segunda-feira (4) mostra que do total pelo menos 746 procedimentos cirúrgicos estão na fila de espera há mais de dez anos e 83% dos pedidos foram apresentados a partir de 2016. O Ministério da Saúde informou que desde maio passou a adotar o sistema de fila única para organizar a demanda.

A pesquisa traz dados enviados pelas secretarias de saúde de 16 estados e dez capitais até junho deste ano. Outros sete estados e oito capitais não enviaram informações, alegando não tê-las disponíveis ou por negativa de acesso aos dados. Por ser o primeiro levantamento desse tipo, não há dados dos anos anteriores. A pesquisa contabiliza o número de procedimentos agendados, e não o número de pacientes na fila.²⁰

Repare que, conforme tal pesquisa realizada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), das 904 mil cirurgias eletivas agendadas que se pode contabilizar, 83% (oitenta e três por cento) delas, ou seja, 750.320 (setecentos e cinquenta mil trezentos e vinte) desses pedidos foram feitos no ano de 2016. Portanto, apenas 153.680 (cento e cinquenta e três mil seiscentos e oitenta) foram requeridas antes de 2016, e desses, 746 (setecentos e quarenta e seis) requerimentos de cirurgia datam de mais de 10 (dez) anos.

Todavia, acredita-se que tais números levantados pelo CFM sejam subestimados, visto que, parte dos Estados e Capitais não responderam à pesquisa, ou, não tinham tais informações organizadas que pudesse viabilizar a somatória dos dados.

Fato é, que a partir de 2016 houve um elevado crescimento no número de agendamentos de procedimentos cirúrgicos eletivos, e o número de ações requerendo ao poder judiciário tutelas de urgências em desfavor dos entes públicos em demandas envolvendo saúde, inclusive, a realização de cirurgias eletivas, fora diretamente proporcional à este aumento de agendamentos.

Muitos entendem que, o apelo ao judiciário deveria ocorrer apenas em situações emergenciais, ocorre que, o paciente tentando evitar delongas e buscando a efetivação do seu direito constitucional à saúde, vem buscando amparo judicial e muitas vezes por intermédio do próprio Ministério Público, seja o Estadual ou o Federal.

²⁰ **SUS tem 904 mil cirurgias eletivas na lista de espera, aponta CFM.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/sus-tem-904-mil-cirurgias-eletivas-na-lista-deespera-aponta-cfm>> Acesso em 10 de dezembro de 2017.

Reparem que, dessas 904 mil cirurgias agendadas que o CFM teve notícias, pelo menos 746 datam de mais de dez anos, e 152.934 (cento e cinquenta e dois mil novecentos e trinta e quatro) agendamentos tem entre 10 (dez) e 02 (dois) anos.

Portanto, ainda que tais casos não sejam emergenciais; portanto, não venham a oferecer nenhum risco iminente de morte aos pacientes; há que esclarecer que em muitos dos casos estes indivíduos padecem de algum tipo e intensidade de dor física e a perspectiva de aguardar anos, quiçá décadas, para realizar o procedimento certamente gera nestes indivíduos sentimento de medo, tristeza e abandono por parte do Estado.

Ademais, é pacífico entre os operadores da saúde que a demora na realização desses procedimentos das cirurgias eletivas pode vir a agravar o quadro dos pacientes, piorando o prognóstico e aumentando os custos para o próprio Estado. Asseguram ainda que, os pacientes que demorar para realizar as cirurgias eletivas acabará ruindo para uma situação de urgência ou emergência e, portanto, acabará operando num quadro clínico bem mais agravado.

E como estamos numa década onde jamais ouvira se falar tanto em direitos e garantias fundamentais, o cidadão vem buscando meios de ver efetivado tais direitos, já que a função do Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de explicar a Constituição bem como as leis, protegendo direitos e garantindo autoridade à ordem jurídica e efetivação da Constituição.

E personagem de grande importância nesta relação indivíduo *versus* Estado vem a ser o Ministério Público. Ao tratar sobre o tema *saúde* em seu website, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina explica bem esse papel social realizado pelo *parquet*, vejamos:

O Ministério Público tem como dever zelar pelos direitos individuais indisponíveis, ou seja, os direitos dos quais a pessoa não pode abrir mão, como a saúde, a vida, a liberdade e a dignidade.

A falta de tratamento médico adequado, o não fornecimento de medicamentos ou a cobrança irregular, no atendimento, na rede pública de saúde, são alguns exemplos de casos em que ocorre a intervenção do Ministério Público em defesa do cidadão.

O Ministério Público não fornece medicamentos, não compra ambulâncias e nem constrói hospitais. Então, o que o Ministério Público pode fazer em favor da saúde da população?

A Constituição Federal diz que todos têm direito à saúde e é o Estado - nas esferas federal, estadual e municipal - que tem a obrigação de implementar serviços e políticas nessa área para que ninguém tenha esse direito ameaçado devido a sua condição social e financeira. O Ministério Público, como fiscal da lei, e em nome da sociedade, cobra do poder público o

acesso universal aos serviços de saúde e a qualidade e eficácia do atendimento²¹.

Portanto, se por um lado podemos constatar o fato de o indivíduo estar mais consciente acerca dos seus direitos e garantias, e mais ativo na busca pela efetivação destes, com auxílio do Ministério Público figurando como fiscal da lei e intervindo em seu favor, e do outro lado nos deparamos com um Estado moroso e negligente na prestação daqueles direitos inerentes ao indivíduo cuja obrigação constitucional da prestação cai sobre si entre estes polos tem um judiciário compelido em ordenar ao Poder Executivo que cumpra suas obrigações apregoadas na Constituição.

E é este também o cenário que pode ser visto no município de Marabá quando o enfoque vem a ser saúde pública, e mais precisamente, a busca pela realização de cirurgias do tipo eletivas. Pautado no direito constitucional à saúde, à dignidade da pessoa humana, bem como ao fato de que a demora da realização de cirurgias eletivas pode vir a complicar o quadro de saúde do indivíduo o que geraria maior ônus aos cofres públicos, o Judiciário da Comarca de Marabá vem deferindo os pedidos de obrigação de fazer por parte do município em relação à realização de cirurgias eletivas.

Todavia, a judicialização da saúde vem sendo alvo de severas críticas, dentre os juristas que mais questionam o fenômeno temos o então Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Luís Roberto Barroso, que aduz o seguinte acerca do que chama “judicialização excessiva”:

A primeira e mais frequente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apoia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática. O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas. [...]

Talvez a crítica mais frequente seja a financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”. Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado

²¹ **O Ministério Público trabalha para garantir a todos o direito à saúde.** Disponível em: < <https://www.mpsc.mp.br/areas-de-atuacao/saude> > Acesso em 16 de setembro de 2017.

setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário “imiscuir-se na política de administração pública”²².

E Barroso justifica sua crítica alegando que:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média¹⁴.

Fato é que há argumentos para ambos os lados, e complexo é fazer com que a massa mais carente e necessitada da população brasileira, bem como, Ministério Público e boa parte da Magistratura assimilem de forma não arredia e acatem os argumentos da corrente contrária à judicialização da saúde levando em consideração que a alegação de inexistência de reserva do possível suscitada pelo Estado é um tanto quanto frágil quando nos deparamos com as divulgações dos montantes extraordinários que são desviados dos cofres públicos dia após dia no lamaçal de corrupção em que está deitado o Brasil.

Quando constatamos o que tais valores desviados poderiam proporcionar à saúde pública nacional, torna-se complexo aceitar a precária prestação que o Estado nos oferece através de suas políticas públicas inexpressivas. Portanto, como justificativa à excessiva judicialização das cirurgias eletivas no município de Marabá podemos destacar à delonga em filas de espera do SUS que podem se estender por mais de uma década. Ou seja, em termos técnicos podemos dizer que a falta de efetividade no que diz respeito à prestação eficaz da saúde por parte dos entes públicos, associado à uma população mais informada e sabedora dos seus direitos constitucionais são os justificadores da judicialização da saúde em Marabá.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>> Acesso em 16 de setembro de 2017. ¹⁴ *Ibidem*.

4.6 Os Mutirões de Cirurgias Eletivas como Solução Extrajudicial de Conflitos

Em julho de 2017 o Ministério da Saúde criou uma fila única para as cirurgias eletivas em cada um dos Estados da Federação, onde os Governos Estaduais e Municipais integraram informações acerca da demanda por cirurgias eletivas. O Objetivo da fila única é vir a informar por meio do aplicativo *e-saúde* a posição de cada um dos pacientes na lista de espera.

O tempo que os Estados e seus municípios tiveram para reunir informações relativas à procura por cirurgias eletivas fora de apenas 40 (quarenta) dias, e os entes públicos esforçaram-se para cumprir o prazo, visto que, tratava-se de pré-requisito para que recebesse do Governo Federal o incentivo de R\$360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões) destinados aos mutirões para realização de cirurgias eletivas.

Tal incentivo financeiro já começara a ser utilizados pelo Estados e municípios.

A Secretaria de Saúde do Município de Marabá implantou o Mutirão da Cirurgia Eletiva em dezembro de 2017, onde realizou 839 (oitocentos e trinta e nove) cirurgias eletivas. Usuários do SUS que estavam na lista de espera desde de 2012 puderam ser beneficiados através de tal ação afirmativa²³.

Mas especialistas fazem uma alerta para o seguinte:

Os mutirões de cirurgia podem ajudar a aliviar as filas, mas não são a solução definitiva. Para Walter Cintra Ferreira, Coordenador do Curso de Especialização em Administração Hospitalar e de Sistemas de Saúde da Fundação Getúlio Vargas (FGV), os governos federal, estadual e municipal precisam investir na ampliação dos serviços de saúde, na melhor distribuição dos especialistas e na informatização da rede²⁴.

É fato que a Saúde Pública carece de investimentos constantes, e que os mutirões de cirurgias eletivas não bastam para satisfazer a demanda que conforme pesquisas, cresceu 39% (trinta e nove por cento) no último ano. Contudo, ao menos no município de Marabá-PA, tal medida desafogou a lista de espera, o que privará o

²³ **Portal Marabá-PA.** Disponível em: <http://maraba.pa.gov.br/maraba-vai-realizar-839-cirurgiaseletivas-ate-o-final-do-ano/> Acesso em 10 de dezembro de 2017.

²⁴ **Brasil tem 904 mil à espera de cirurgia eletiva no SUS.** Disponível em: < <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/brasil/noticia/2017/12/04/brasil-tem-904-mil-a-espera-decirurgia-eletiva-no-sus-318464.php> Acesso em 10 de dezembro de 2017.

judiciário de ter de apreciar inúmeras ações pertinentes à realização de cirurgias eletivas. No mais, a prefeitura de Marabá-PA informa no seu website que tem programação para realização de novo mutirão de cirurgias eletivas no ano de 2018, com objetivo de não permitir que a fila de espera fique longa e morosa.

CONCLUSÃO

Conforme buscou-se esclarecer ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, a saúde é um direito primeiramente fundamental, e a efetivação de tal direito dá condições ao indivíduo de viabilizar que seja assegurada sua dignidade humana.

A Saúde é uma obrigação do Estado porquanto é bancada por tributos que são recolhidos pelos contribuintes aos Municípios, Estados e União, que têm de oferecer meios para que todo e qualquer indivíduo consiga ter ingresso aos serviços de saúde, englobando hospitais, tratamentos, programas de prevenção, além de medicação.

De tal modo, o Sistema Único de Saúde (SUS) vem a ser o sistema de saúde do Estado, alocado de forma gratuita ao acesso daqueles que possuem a finalidade de promover, proteger e recuperar a saúde, o aparelhamento e o funcionamento dos serviços relativos à saúde, onde o indivíduo independentemente da sua condição econômica ou de onde resida, tenha resguardado o direito ao atendimento em estabelecimento ambulatorial ou hospitalar atrelado ao SUS. Não importando a enfermidade ou a sintomatologia que o indivíduo possa vir a apresentar necessitará ser socorrido pela rede pública de saúde.

Deste feito, resta claro que o SUS fora instituído com o objetivo de assegurar um serviço de saúde regular e satisfatório à comunidade, com a efetivação de medidas assistenciais e de campanhas de prevenção, contando com acomodações apropriadas, de preferência que possa oferecer os mais diversos tipos de tratamentos.

É fato que a Constituição de 1988 dedica empenho expressivo para a bom emprego da saúde como um direito fundamental de todos, por meio do implemento da então obrigação estatal. Fora então instituído o SUS com a finalidade de oferecer atendimento às necessidades da comunidade e de preocupar-se de questões que possa gerar reflexos na saúde do indivíduo, tais como o meio ambiente, saneamento básico, a fiscalização relativa à qualidade dos alimentos, dentre outros.

Neste interim, concluímos que a inobservância das normas constitucionais e legais deve ser bombardeada com severidade, sob infortúnio do mantimento de

condições de elevado risco para aqueles que carecem da prestação dos serviços públicos de saúde

Neste aspecto conclui-se que controle jurisdicional em matéria de saúde – como todo controle jurisdicional – deve ser produto de decisões democráticas. De tal modo, se uma política pública, ou qualquer decisão nesse âmbito é cuidada de modo especial pela Constituição, bem como por leis adequadas, a atuação administrativa poderá ser objeto do controle jurisdicional como componente do adequado ofício do juiz no processo de aplicação da lei.

E é justamente devido à este controle jurisdicional que o legislador constituinte autorizou a tutela judicial para garantir que o Estado cumpra com seus deveres, trazendo inclusive no rol do artigo 5º da CF/88 uma gama de remédios constitucionais sagrados para garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais positivados. Tal roupagem democrática permitindo ao cidadão a exigência do cumprimento dos deveres estatais acabou por gerar o fenômeno da judicialização da saúde pública brasileira, principalmente no que diz respeito às cirurgias eletivas que como já mencionado no capítulo anterior, é aquele tipo de procedimento cirúrgico onde não urgência ou emergência.

Todavia, a demora em filas de espera pode vir a agravar o quadro clínico e prognóstico deste indivíduo que carece de ser submetido à uma cirurgia eletiva, e é justamente tal perspectiva que leva o cidadão a buscar junto ao judiciário mais celeridade na assistência médica necessária. A contrário sensu, alguns juristas como é o caso do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, alertam quanto aos riscos que a judicialização excessiva da saúde pode apresentar aos cofres públicos, asseverando a importância de o judiciário atentar-se quanto à reserva do possível. Mas, em relação a esta linha de raciocínio, pergunta-se: não deveria o Estado, em todas as suas esferas, esmerar-se em promover a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial àquelas que asseguram direitos fundamentais?

Ademais, o artigo 23, inciso II da CRFB/88 aduz ser de responsabilidade comum de todos os entes públicos “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Portanto, todos os entes da Federação, cada qual no seu âmbito administrativo, respeitadas as competências fixadas pela Lei nº 8080/90 e o princípio da descentralização político-administrativo

do Sistema Único de Saúde - SUS, têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde aos cidadãos brasileiros.

Ocorre que, no que diz respeito às cirurgias eletivas, a demanda vem sofrendo um aumento considerável e a estrutura do SUS não tem conseguido atender com celeridade e a fila das eletivas vem crescendo absurdamente. Em julho de 2017 com o objetivo de organizar e atender à esta demanda, o Ministério da Saúde criou em cada um dos Estados federados a “fila única da cirurgia eletiva”, e como incentivo liberou uma verba extra de R\$360 milhões para serem utilizados pelas Secretarias Municipais de Saúde na realização de Mutirões da Cirurgia Eletiva.

No que diz respeito ao Município de Marabá, cuja fila de espera para realização de cirurgias eletivas acumulava-se desde o ano de 2012, tal verba permitiu que o Município cessasse a espera e 839 (oitocentos e trinta e nove) cirurgias eletivas foram realizadas em dezembro de 2017 com a realização do Mutirão da Cirurgia Eletiva.

Tal ação não apenas liquidou a fila de espera que perdura desde o ano de 2012 em Marabá-PA, mas certamente evitou o ajuizamento de dezenas de novas ações judiciais de pacientes em busca da realização de cirurgias eletivas. Deste feito, conclui-se que, para que se evite a judicialização excessiva da saúde – não apenas no Município de Marabá-PA, mas também, em todo o território nacional – é necessário investimento constante na saúde pública, com a construção de novos postos de atendimento, novos hospitais, novos leitos, medicamentos, contratação e capacitação de profissionais de áreas de atuações diversas, informatização das redes de saúde além de implementação de programas de prevenção e promoção a saúde.

BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 1ª Ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo: Saraiva 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Brasília: Gran Cursos, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. ISBN 8521800487 - Volume III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. **1ª Ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1999.**

FONTES WEB

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>> Acesso em 16 de setembro de 2017.

BIANCO, Fernanda Silva. **As Gerações dos Direitos Fundamentais.** Disponível em < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3033/As-geracoes-de-direitosfundamentais_> Acesso em 10 de Agosto de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 05 de Agosto de 2017.

_____. **Lei Federal n. 8.080,** de 19 de setembro de 1990: dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 05 de Agosto de 2017.

_____. **Lei nº 8.742** de 7 de dezembro de 1993: dispõe sobre a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Diário da União, Brasília, DF. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm> Acesso em 06 de Agosto de 2017.

Brasil tem 904 mil à espera de cirurgia eletiva no SUS. Disponível em: < <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/brasil/noticia/2017/12/04/brasil-tem-904mil-a-espera-de-cirurgia-eletiva-no-sus-318464.php>. Acesso em 10 de dezembro de 2017.

CALDEIRA, Giovana Crepaldi. **REVOLUÇÃO FRANCESA E A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.** Disponível em: < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2019> > Acesso em 10 de agosto de 2017.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **A evolução histórica internacional dos Direitos Humanos e a questão da relativização da soberania estatal.** Revista Jus Vigilantibus, Publicado em 15 de julho de 2008. ISSN 1983-464. Disponível em: < http://jusvi.com/artigos/34672/3_>. Acesso em 08 de Agosto de 2017.

Classificação das Cirurgias. Disponível em: < <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/classificacao-dascirurgias/23157> > Acesso em 14 de setembro de 2017.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

Consultor Jurídico. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-set-04/110-milhoes-processos-passaram-judiciario-2016> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

Defensorias Públicas discutem acordo para diminuir custos de SC com ações judiciais na saúde. Disponível em < <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/defensorias-publicas-discutem-acordo-para-diminuir-custos-de-sc-com-acoes-judiciais-na-saude.ghtml> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará. Disponível em < <http://www.defensoria.ce.def.br/atuacaogeral/saude/> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

NASCIMENTO, Súelen Pereira Coutinho do. **Mínimo Existencial x Reserva do Possível.** Disponível em: < <https://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reservado-possivel> > Acesso em 14 de setembro de 2017.

NETO, Otávio Balestra. **A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O DIREITO À SAÚDE – EVOLUÇÃO RUMO À RACIONALIDADE.** Disponível em < <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615> >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

NICOLAO, Hamilton Pessota. **Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares.** *Direito & Justiça*, v. 36, n. 2, p. 123-143, jul./dez. 2010. Disponível em < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/9085/6344> > Acesso em 10 de Agosto de 2017.

Ministério Público do Estado do Piauí. Disponível em < http://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_content&view=article&id=5959:centro-de-apoio-operacional-de-defesa-da-saude-caods-participa-de-reuniao-da-rede-cegonha&catid=156&Itemid=120 >. Acesso em 14 de setembro de 2017.

O Ministério Público trabalha para garantir a todos o direito à saúde. Disponível em: < <https://www.mp.sc.br/areas-de-atuacao/saude> > Acesso em 16 de setembro de 2017.

O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde, de *Fernando Gomes Correia Lima e Viviane Carvalho de Melo.* Disponível em: < http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46 > Acesso em 14 de setembro de 2017.

Portal Marabá-PA. Disponível em: < <http://maraba.pa.gov.br/maraba-vai-realizar839-cirurgias-eletivas-ate-o-final-do-ano/> > Acesso em 10 de dezembro de 2017.

SUS tem 904 mil cirurgias eletivas na lista de espera, aponta CFM. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/sus-tem-904-mil-cirurgias-eletivas-na-lista-de-espera-aponta-cfm> > Acesso em 10 de dezembro de 2017.

ONU - A Carta das Nações Unidas. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/carta/> > Acesso em 05 de Agosto de 2017.

ONU - A Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> > Acesso em 05 de Agosto de 2017.

SCHMITT, Paula Helena. **DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSCIÊNCIA DE CLASSE A HISTORICIDADE JUSTRABALHISTA.** Disponível em < http://www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/8582/direitos_consciencia_de_classe.pdf >. Acesso em 14 de setembro de 2017.