

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE - IEDS
FACULDADE DE DIREITO**

SURAMA SYMARA MONTEIRO MAUAD

**DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE À LUZ DA HIPER -
JUSTICIABILIDADE**

**MARABÁ-PA
2017**

SURAMA SYMARA MONTEIRO MAUAD

**DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE À LUZ DA HIPER-
JUSTICIABILIDADE**

Monografia apresentada como
requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito da
Universidade Federal do Sul e
Sudeste do Pará, sob orientação do
Prof. Dr. Edson Beas Rodrigues
Júnior

**MARABÁ-PA
2017**

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito. Qualquer citação atenderá as normas da ética científica.

Surama Symara Monteiro Mauad

Monografia apresentada em ___/___/___

Orientador: Prof. Dr. Edson Beas Rodrigues Júnior.

1ª Examinadora: Profa. Msc. Olinda Magno Pinheiro

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

Mauad, Surama Symara Monteiro

Direito à saúde: análise à luz da hiper-justiciabilidade / Surama Symara Monteiro Mauad ; orientador, Edson Beas Rodrigues Júnior. — 2017.

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, 2017.

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos sociais. 3. Direitos humanos. 4. Tutela jurisdicional. 5. Direito à saúde. I. Rodrigues Júnior, Edson Beas, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.27

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, guia, socorro presente na hora da angústia, alívio e fortaleza durante todo percurso.

À minha família, meus pais que me mantiveram financeiramente e emocionalmente durante esta trajetória. Agradeço em especial minha mãe, Marciléia Monteiro e irmão mais novo, Ruan Hiroshi, que são os meus motivos para seguir.

Ao meu orientador, por estar sempre presente no saneamento de dúvidas, sobretudo em suas correções, agradeço pelo incentivo e paciência que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Aos meus amigos, presentes e distantes, que direta ou indiretamente contribuíram para que eu continuasse o trajeto em Marabá. Em especial Rodrigo Miranda que cuidou, mesmo distante, das crises e desesperos e auxiliou com toda paciência, amor, afeto e carinho e à Daniela Oliveira e sua família, que me acolheram com amor em seus corações e casa e com isso se tornaram fundamentais para que eu me mantivesse firme nesta caminhada.

RESUMO

A justiciabilidade de um direito demonstra a insatisfação do cidadão perante o Estado, bem como indica uma luta do cidadão para que seja efetivado um direito resguardado por lei. A aceitação da acionabilidade dos direitos sociais perante o Poder Judiciário cresceu após a Constituição Federal de 1988. O notável aumento nas demandas relacionadas à saúde refletem um sistema de saúde ineficiente, que falha na concretização do Direito Fundamental. A justiciabilidade da saúde, se revela importante em razão da necessidade de amparo frente ao claro desrespeito aos direitos humanos. No entanto, o crescimento da Justiciabilidade da Saúde exige que sejam aprimorados os critérios de análise dos casos relacionados à saúde, para seja analisada da perspectiva micro para uma perspectiva macro, para que não haja apenas o efeito curativo das demandas, mas também o efeito preventivo, bem como para que uma maior parcela de cidadãos seja atingida.

Palavras-chave: justiciabilidade, demanda, direitos humanos, saúde, direitos sociais, dignidade da pessoa humana

ABSTRACT

The justiciability of a right demonstrates the citizen's dissatisfaction with the State, as well as indicates a struggle of the citizen for the realization of a right protected by law. The acceptance of the action of social rights before the Judiciary grew after the Federal Constitution of 1988. The notable increase in demands related to health reflects an inefficient health system, which fails to implement the Fundamental Law. The justiciability of health is important because of the need for protection against the clear disregard for human rights. However, the growth of the Justiciability of Health requires that the criteria for analysis of health-related cases be improved, to be analyzed from the micro perspective to a macro perspective, so that there is not only the curative effect of the demands, but also the preventive effect , as well as for a larger proportion of citizens to be reached.

Keywords: justiciability, demand, human rights, health, social rights, human person dignity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. O QUE É SAÚDE?	10

2.1	Histórico do conceito de saúde	10
2.1.1	<i>Saúde e o sagrado</i>	10
2.1.2	<i>História da Medicina</i>	12
2.1.3	<i>Conceito Negativo de Saúde</i>	13
2.1.4	<i>Saúde como Pluralidade – Conceito atual</i>	15
2.2	Saúde no ordenamento jurídico	17
3.	DIREITOS HUMANOS E A SAÚDE	23
3.1	O que são Direitos Humanos?	23
3.2	Dignidade da pessoa humana.....	25
3.3	Classificação dos direitos humanos	28
3.3.1	<i>Teoria do Status</i>	28
3.3.2	<i>Teoria das gerações dos direitos humanos</i>	29
3.4	Direitos Sociais	32
4.	JUSTICIABILIDADE	37
4.1	Conceito Justiciabilidade	37
4.2	Números da Judicialização	42
4.3	O controle judicial de políticas públicas.....	43
4.4	Reserva do possível X Mínimo Existencial.....	46
5.	DA HIPER JUSTICIABILIDADE	52
5.1	Críticas à judicialização da saúde	52
5.2	- A outra visão sobre o problema: Estado de coisas inconstitucional... 57	
6.	CONCLUSÃO	61
7.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

ÍNDICE DE TABELAS

Tabela 1 - O QUE É SAÚDE	21
Tabela 2 - DIREITOS HUMANOS E A SAÚDE	35

Tabela 3 - DEMANDAS DA JUSTICIABILIDADE DA SAÚDE.....	42
Tabela 4 - JUSTICIABILIDADE	51
Tabela 5 - DA HIPER-JUSTICIABILIDADE	60

1. INTRODUÇÃO

Justiciabilidade ou acionabilidade nada mais é do que a possibilidade de buscar a concretização e o respeito de um direito por meio do Poder Judiciário, ou seja, é a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade.¹

A **justiciabilidade** do direito à saúde cresceu vertiginosamente como pode-se observar no último levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) onde revela que, em dezembro 2016, tramitavam nas várias instâncias do Poder Judiciário, 1.346.931 ações, relativas à justiciabilidade do direito à saúde. Isso representa um aumento de quase um sexto aos casos relativos ao direito à saúde no Brasil (151.941 casos) em comparação com dados do CNJ do ano de 2011.

Pode-se observar ainda através do relatório do CNJ que há duas características predominantes em comum nas ações relativas à saúde nomeadamente: o foco curativo das demandas, ou seja, as demandas propostas em sua maioria tratam de aspectos curativos como fornecimento de medicamentos, tratamentos e intervenção cirúrgica e não sobre aspectos preventivos como exames e vacinas, o que evidenciam o problema da saúde pública.

Outro problema observado foi que a justiciabilidade da saúde ocorre proporcionalmente bem mais através de ações individuais. O que gera uma “microlitigação” e o acúmulo de ações judiciais que acabam demandando mais desafios (e custos) ao Judiciário e as partes.

¹ Soares 2003.

O hodierno projeto visa debater a justiciabilidade da saúde pública em face da clara inoperância das políticas públicas destinadas a concretização dos direitos sociais, como a saúde.

Para que a pesquisa sobre a saúde e a hiper-justiciabilidade desta seja viabilizada, percorreremos o seguinte caminho: inicialmente abordaremos a evolução do conceito à saúde e a posição desta no ordenamento jurídico. Posteriormente a posição da saúde no âmbito dos direitos humanos, partindo da premissa do que são os direitos humanos, suas teorias.

Em seguida analisar-se-á a falência do Estado do bem-estar na efetivação de tal direito, bem como a procura do cidadão para que este direito se efetive através da justiciabilidade, bem como o crescimento de demandas relacionadas a saúde no Poder Judiciário. Finaliza-se o projeto analisando os aspectos positivos e negativos da justiciabilidade, com posterior reconhecimento de um desarranjo estrutural na operação das políticas públicas.

Para a elaboração do presente projeto tomou-se como base as normas da ANBT, contando-se também com a literatura existente sobre redação de trabalhos científicos e acadêmicos, doutrina, legislação pertinente, Tratados e Convenções Internacionais, entre outros.

2. O QUE É SAÚDE?

2.1 Histórico do conceito de saúde

O conceito de saúde claramente remete ao contexto cultural, social, político e econômico a qual está inserido o ser humano. “A saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas e filosóficas”².

Acrescenta ainda que o conceito de patologia varia no decorrer dos anos, uma vez que masturbação já fora considerada doença no passado, bem como a fuga de escravos (drapetomania).³

2.1.1 Saúde e o sagrado

Inicialmente existia o conceito sagrado de saúde, onde esta era considerada como resultado de forças alheias ao ser humano e que eram adquiridas através do pecado ou da desobediência divina.⁴

Ressalta-se ainda que os preceitos religiosos do judaísmo, apresentados principalmente nos cinco primeiros livros da Bíblia, expressa mandamentos religiosos que de certa forma acabavam servindo como prevenção de doenças, como a proibição em beber (ou comer) sangue dos animais ou associar o consumo de carne suína a impureza sagrada que acabava por prevenir a triquimose.

² Scliar 2007.

³ Id., ibid.

⁴ Id., ibid.

Ainda pode-se citar a não ingestão de moluscos, que prevenia a transmissão de hepatite. Ou seja, a prevenção de doenças infecciosas foi realizada ainda que provavelmente de forma inconsciente.

Destaca-se também como a visão sagrada da saúde a visão dos índios Sarrumá, onde o conceito de morte está estritamente ligado ao conceito sagrado, sendo esta vista como forma de maldição de um inimigo ou conduta imprudente como a ingestão de carne de um animal proibido, podendo o espírito do animal causar-lhe enfermidade e até mesmo a morte.

No mesmo feitio determinadas civilizações acreditavam que a doença era advinda de maus espíritos, bem como os Xamãs eram os encarregados em expulsar o mal. O treinamento de um xamã tratava-se de um processo longo, onde este abstinha-se sexualmente, bem como da alimentação.

Já a saúde para a medicina grega, apesar de vinculada ao sagrado como o culto a deusas que representavam a cura, Higieia (uma das manifestações da deusa Atena) e a saúde, Panacea, primeira representada pelas práticas higiênicas e a segunda na crença de que tudo poderia ser curado, também estava vinculada ao uso de plantas e métodos naturais.

Ainda na antiguidade, os egípcios, embora acreditassem que a doença tinha causador externo, saúde como sagrado, tinham hábitos de higiene, realizavam banhos e acreditavam que a alimentação influenciava na saúde.

2.1.2 História da Medicina

Hipócrates (460-377 a.C.), considerado pai da medicina, trouxe a dissociação da saúde/ doença do sagrado, trazendo à tona a visão racional da medicina. Este entendia haver existência de quatro fluidos no corpo: bile amarela, bile negra, fleuma e sangue, bem como a saúde representava o equilíbrio entre estes elementos. “Ele via o homem como uma unidade organizada e entendia a doença como uma desorganização desse estado”.⁵ Hipócrates já entendia que as doenças tinham influências do meio em que vivem, bem como da idade dos indivíduos.

Posteriormente, o entendimento de que a doença era inerente do indivíduo, ou seja, sobrevinha da desarmonia dos elementos, mudou. Por volta do fim do século XV, início do século XVI, Paracelso, químico suíço, entendeu que as doenças sobrevinham de fatores externos ao ser humano, isso em razão da influência da química (alquimia) na medicina.

“Os processos ocorrem no corpo humano são químicos, os melhores remédios para expulsar a doença seriam também e passou então a administrar aos doentes, pequenas doses de minerais e metais”⁶.

Já no período medieval, doenças como peste bubônica, lepra e outras doenças infecciosas se alastraram, ainda que a crença que a doença era a desarmonia dos líquidos do corpo, conforme ensinamentos de Hipócrates, em razão da grande influência da igreja católica na idade Média, a crença que tal desarranjo ocorria em virtude do pecado retornou a cena.

⁵ Idem. Ibidem.

⁶ Idem. Ibidem.

Hospitais foram criados pela igreja católica com o intuito não de cura, mas de isolamento dos doentes, bem como lugar de conforto e arrependimentos dos pecados, através de ensinamentos religiosos.

Em seguida com a influência da mecânica na medicina, René Descartes entendeu o corpo como uma máquina, dualistamente corpo-mente. Com o desenvolvimento da anatomia, fora afastada a concepção de Hipócrates acerca das doenças estarem localizadas no desequilíbrio dos elementos do corpo, passando a ser entendido então que a doença está localizada nos órgãos. Mesmo assim, não representou grandes avanços no combate à doença, esta continuava a ser entendida como fruto do destino, da qual as pessoas estariam submetidas.

Ulteriormente com a revolução pasteuriana, no final do século XIX, com o estudo do mundo orgânico iniciando-se nos processos fermentativos, propiciaram o entendimento das doenças infecciosas, que *a posteriore* influenciaram na criação de soros e vacinas a humanos e animais, na assepsia hospitalar, na fervura do leite, esterilização do bico de mamadeira, limpeza de feridas, tratamento de água e esgoto, descoberta de bactérias. Bem como proporcionou uma forma de tratamento as doenças que passaram a se proliferar devido as grandes aglomerações.

2.1.3 Conceito Negativo de Saúde

Ainda na contemporaneidade a saúde pode-se ser definida a partir da perspectiva negativa ou positiva. Os pensadores que defendem o ponto de vista negativo de saúde consideram que saúde é a ausência de enfermidade, enquanto a positiva pode ser entendida como uma percepção de bem-estar geral.

Enquanto no modelo negativo da doença está pautado no tratamento da doença, haja vista que tal conceito entende saúde como a ausência de doença, se controlada a doença, o indivíduo retorna ao estado inicial, de não doente, ou seja, estágio de saúde.

Conforme entendimento de Jucá e Almeida Filho, o raciocínio proposto por Boorse era de que saúde possui duas classificações e ambas são negativas, sendo a primeira o oposto de doença (saúde teórica) e o oposto de enfermidade (saúde prática).⁷

A questão é que enfermidade é uma mera subclasse da doença, isto é, aquelas doenças que têm certas características normativas refletidas nas instituições da prática médica. Uma enfermidade deve ser, primeiro, uma doença razoavelmente séria com efeitos incapacitantes que a fazem indesejável (...) Segundo, chamar uma doença como enfermidade é considerar seu portador como merecedor de tratamento especial e com responsabilidade moral diminuída (...) Onde não se fazem julgamentos normativos apropriados ou não se ativam as instituições sociais, nenhum volume de doença nos conduzirá ao termo “enfermo” (BOORSE apud ALMEIDA FILHO & JUCÁ, 2002, p. 880)

O conceito de saúde igual ausência de doença e doença igual ausência de saúde apresentado por Boorse, além de redundante, seria uma aporia, ou seja, seria decorrente da impossibilidade objetiva de se obter uma resposta sobre a indagação filosófica do que seria saúde.⁸

Muitas são as críticas a este modelo: “a saúde precisa ser considerada de modo positivo e, mais ainda, que tanto a saúde como a doença seriam incomensuráveis”.⁹ “Esse aspecto negligencia a dignidade do ser que adocece,

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ Idem, *ibidem*.

⁹ Idem, *ibidem*.

pois passa a ser visto a partir de sua patologia e não como um ser humano com fragilidades e potencialidades e, sobretudo, com responsabilidades e direitos sociais. »¹⁰

2.1.4 Saúde como Pluralidade – Conceito atual

Apesar de ter havido o enfraquecimento da conceituação negativa de saúde, políticas públicas ou até mesmo a visão popular passam a ser vista através desse viés, onde saúde não é analisada pela ótica da prevenção.

Saúde não diz respeito apenas as condições de bem-estar físico, incluindo-se também, as ações que visam proporcionar a população condições de bem-estar mental e social. Ou seja, o conceito de saúde deve ser observado como um processo coletivo. Ora é vista não apenas do conceito negativo de saúde, ou seja, ausência de doenças, mas visto como forma de qualidade de vida, bem-estar.

Abordando ainda a classificação positiva e negativa de doença há de se ressaltar que apesar do enfraquecimento do entendimento que saúde seria a ausência de doença, há de se destacar que a conceituação positiva, apesar de valorizada, apresenta novas indagações, como observa-se pelo exposto por Czeresnia:

Apesar de configurar avanço inquestionável tanto no plano teórico quanto no campo das práticas, a conceituação positiva de saúde traz novo problema. Ao se considerar saúde em seu significado pleno, está-se lidando com algo tão amplo como a própria noção de vida. Promover a vida em suas múltiplas dimensões envolve, por um lado, ações do âmbito global de um Estado e, por outro, a singularidade e autonomia dos sujeitos, o

¹⁰ Lourenço 2012, p. 29.

que não pode ser atribuído à responsabilidade de uma área de conhecimento e práticas. (Czeresnia e Freitas, 2009, p 50)¹¹

A saúde passa a ter caráter pluralístico, indo além dos limites antes apresentados, sendo compreendida de forma ampla, integrando às dimensões ambientais, sociais, políticas, econômicas, comportamentais além da biológica e da médica.¹²

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) de 1946 apresenta o conceito de saúde:

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

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

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

No mesmo teor, o artigo 2º da Lei Orgânica da saúde (lei 8.080/90), apresenta a saúde como um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Completa ainda o conceito de saúde em seu artigo 3º que diz que os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

¹¹ Czeresnia e Freitas 2009, p 50.

¹² Id. Ibid.

Destaca-se ainda o General Comment nº 14 (Observações Gerais nº 14), onde observa-se este caráter plural da saúde, bem como a importância de múltiplos procedimentos para alcançar a saúde.

A saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício de outros direitos humanos. Todo ser humano tem direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde que lhe permite viver com dignidade. A eficácia do direito à saúde pode ser **alcançada através de numerosos procedimentos complementares**, como a formulação de políticas em saúde, a aplicação de programas de saúde desenvolvidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS) ou a adoção de instrumentos jurídicos específicos. (grifo nosso) (General Comment No. 14, 2000) ¹³

Corroborando ainda para o enfoque ecossistêmico de saúde a Carta de Ottawa que apresenta como condições e os recursos fundamentais para a saúde: a paz, a habitação, a educação, a alimentação, a renda, o ecossistema estável, os recursos sustentáveis, a justiça social e a equidade. Segundo a Carta de Ottawa tais condições referem-se aos pré-requisitos básicos para uma base sólida de saúde.

2. Saúde no ordenamento jurídico

A começar da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem já podemos considerar o direito à saúde como um direito fundamental.

"toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que garanta, bem como a sua família, saúde e especialmente alimentos, roupas, habitação, cuidados médicos e serviços sociais necessários" (O artigo 25, parágrafo 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos)

¹³ Human Rights Bodies.

Posteriormente, vê-se, pois, que o Constituinte originário erigiu a saúde como um direito fundamental social, bem como dispôs expressamente que se trata de um direito de todos e é dever do Estado presta-lo com eficiência.

Como observa-se temos que a saúde é direito fundamental social com guarida nos arts. 6º, caput, e 196, caput, ambos da Constituição da República, *in verbis*:

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.

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. (grifo nosso)

Não se pode olvidar-se do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado e aberto para assinatura, em 19 de dezembro de 1966, entrou em vigor dez anos após e fora promulgado pelo Brasil apenas em 1992 através do Decreto nº 591.

Este aborda em seu artigo 12, o direito de toda pessoa desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental também é assegurado no Pacto onde o Estado deve adotar as medidas necessárias para promover a redução dos natimortos e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; a melhoria da higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças e a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença.

Em seguida, o direito fora objeto do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos), promulgado pelo Brasil em dezembro de 1999, através do Decreto nº 3.321. Indicou novamente que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social (art. 10, parágrafo 1)

Em seu parágrafo 2, apresentou diretrizes que o Estado deve obedecer para assegurar o mais alto nível de saúde:

2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
 - f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O artigo 31 da Convenção de Viena de 1965 sobre o Direito dos Tratados estipula-se que os tratados precisam de uma interpretação contextual contínua. Em razão disto quando um Estado ratifica um tratado, ele aceita que os órgãos de tratado desempenhem o papel de interpretação dos mesmos.¹⁴

As observações gerais (General Comments) não são juridicamente vinculativas, nem são tratados, nem precisam ser ratificadas pelos Estados.

¹⁴ Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit. **What are General Comments?**

Servem como orientação para a implementação prática dos direitos humanos e formam um conjunto de critérios para avaliar o progresso dos estados na implementação desses direitos.

O General Comment nº 14 trata do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, onde ressalta que direito à saúde está intrinsecamente ligados a outros direitos humanos, bem como depende deles, tais como o direito à alimentação, à habitação, ao trabalho, à educação, à dignidade humana para a vida, para a não discriminação, para a igualdade, para não serem submetidos à tortura, à vida privada, acesso à informação e liberdade de associação, montagem e circulação. Cita ainda acesso a água potável e condições sanitárias adequadas, condições de trabalho seguras e saudáveis e um ambiente saudável.

Assegurada ainda na lei nº 8.080/1990, em seu artigo 2º, a obrigação do Estado em prestá-lo com eficiência o que incluiria a prestações de outros direitos para sua efetivação:

“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

O ponto 8 do General Comment nº. 14, esclarece que o direito à saúde não deve ser entendido do ponto de vista negativo, não possuir doenças, que saúde não é o oposto de não ter enfermidade, como muitos teóricos sustentaram durante muitos anos. Os comentários gerais sobre a saúde apontam saúde como a multiplicidade de liberdades e direitos:

“O direito à saúde não deve ser entendido como um direito de ser saudável. O direito de a saúde implica liberdades e direitos. Entre as liberdades é o direito de controlar sua saúde e seu corpo, incluindo a liberdade sexual e reprodutiva, e o direito de não

sofrer interferência, como o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos e experimentos médicos consensuais.”¹⁵

Nessa toada, como dito alhures, a concretização do direito a saúde depende de atuação positiva do poder público, o que, dito por outras palavras, demanda disponibilidade econômica e financeira do Estado.

Daí surge a dificuldade em se cumprir a norma constitucional supramencionada, parte devido a finitude dos recursos públicos e outra parte devido à má gestão da máquina pública.

Tabela 1 - O QUE É SAÚDE

“A saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas e filosóficas”

Histórico do conceito de saúde	<i>Saúde e o sagrado</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Inicialmente existia o conceito sagrado de saúde, onde esta era considerada como resultado de forças alheias ao ser humano e que eram adquiridas através do pecado ou da desobediência divina
	<i>História da Medicina -</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Hipócrates entendia haver existência de quatro fluidos no corpo: bile amarela, bile negra, fleuma e sangue, bem como a saúde representava o equilíbrio entre estes elementos. • Posteriormente, o entendimento de que a doença sobrevinha da desarmonia dos elementos, mudou. Paracelso, entendeu que as doenças sobrevinham de fatores externos ao ser humano, isso em razão da influência da química (alquimia) na medicina.

¹⁵ Human Rights Bodies p.3.

	<ul style="list-style-type: none"> • A revolução pasteuriana, no final do século XIX, com o estudo do mundo orgânico iniciando-se nos processos fermentativos, propiciaram o entendimento das doenças infecciosas.
	<p><i>Conceito Negativo de Saúde -</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Alguns pensadores que defendem o ponto de vista negativo de saúde consideram que saúde é a ausência de enfermidade, enquanto a positiva pode ser entendida como uma percepção de bem-estar geral.
	<p><i>Saúde como Pluralidade – Conceito atual</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Saúde não diz respeito apenas as condições de bem-estar físico, incluindo-se também, as ações que visam proporcionar a população condições de bem-estar mental e social. Ou seja, o conceito de saúde deve ser observado como um processo coletivo.
<p>Saúde no ordenamento jurídico</p>	<p><i>Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948</i></p> <p>Toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que garanta, bem como a sua família, saúde e especialmente alimentos, roupas, habitação, cuidados médicos e serviços sociais necessários (O artigo 25, parágrafo 1</p>
	<p><i>Constituição Federal</i></p> <p>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.</p> <p>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</p>

	ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
<i>Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais</i>	1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. (Artigo 12)
<i>Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos)</i>	1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. (Artigo 10)

3. DIREITOS HUMANOS E A SAÚDE

3.1 O que são Direitos Humanos?

Após a catastrófica Segunda Guerra Mundial, palco de inúmeras barbáries, houve a necessidade de criar uma série de mecanismos que pudessem proteger os Seres Humanos. Foi quando floresceu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que motivou a criação da ONU Organização das Nações Unidas, em 1945 e posteriormente em 1948 a Declaração Universal de Direitos Humanos proclama direitos para todas as pessoas independentemente de sexo, cor, raça, idioma, religião, opinião.

Tais direitos são intrínsecos a todos os seres humanos, “em sua maioria, expressos e garantidos por lei, nas formas de tratados, direito

internacional consuetudinário, princípios gerais e outras fontes de direito internacional.”¹⁶

Estes direitos são universais, essenciais, inalienáveis, inter-relacionados, interdependentes e indivisíveis, bem como possuem superioridade normativa e reciprocidade.

Essencialidade refere-se ao valores indispensáveis que devem ser protegidos por todos; Superioridade normativa quer dizer que os direitos humanos têm preferência em relação às demais normas a reciprocidade no que remete a ideia que são direitos de todos e não sujeitam apenas o Estado e os agentes públicos, mas toda a coletividade¹⁷, como por exemplo o meio ambiente equilibrado.

Quanto ao princípio da universalidade destaca-se que é o alicerce para os direitos humanos e sua internacionalidade. “O marco da universalidade e inerência dos direitos humanos foi a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que dispõe que basta a condição humana para a titularidade de direitos essenciais.”¹⁸ Bem como, tal caráter vem perpetuando-se através dos tratados posteriores a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Registra-se ainda a inalienabilidade dos Direitos Humanos, uma vez que tais direitos não podem ser retirados do ser humano, exceto em situações excepcionais, desde que haja o devido processo legal. Como no caso da

¹⁶ Id. Ibid.

¹⁷ Ramos 2014, p.27

¹⁸ Ramos 2014, p.83.

restrição ao direito de liberdade de uma pessoa condenada por algum crime por um tribunal.

“A indivisibilidade consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna.”¹⁹

Ou seja, a melhoria de um direito proporciona o avanço de outros direitos. Desta maneira o não cumprimento de um direito prejudica os outros. Conforme verifica-se no General Comment n° 14, no conceito de saúde apresentado pela OMS que corroboram o entendimento pluralístico de saúde, observa-se que há interdependência com os outros direitos humanos.

3.2 Dignidade da pessoa humana

Após a vivência da 2ª Guerra Mundial, a dignidade humana ganha relevo internacional e passa a ser a pedra angular dos direitos humanos, acrescenta-se que tal é o núcleo básico e informador do ordenamento jurídico, bem como deve orientar a interpretação e compreensão das normas.

Observa-se na Carta das Nações Unidas assinada em 26 de junho de 1945 onde fora demonstrado a preocupação em assegurar vida digna ao homem:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, **e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano**, na igualdade de direito dos homens e das mulheres,

¹⁹ Ramos 2014, p. 84.

assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (grifo nosso)

Depreende-se dos instrumentos normativos internacionais e também os nacionais que a dignidade da pessoa humana ocupa lugar de destaque, sendo considerado supraprincípio. Sendo assim qualquer interpretação dos direitos fundamentais deve ser orientada por este princípio, ou seja, deve ser o núcleo fundamentador de todo ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana, é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como explicita a CR/88 em seu art. 1º, III. Esta, defende que cada ser humano seja respeitado em todos os seus aspectos, sejam eles físicos, psicológicos ou moral, e goze de um âmbito existencial próprio.

Vários foram os conceitos atribuídos à dignidade da pessoa humana até hoje, tendo em vista que ela está presente na sociedade desde antes do nascimento de Cristo.

Alguns povos, como os da China Imperial, acreditavam que a dignidade nasce com o homem, já outros a atribuíam de acordo com a posição social de cada indivíduo. Como preceitua Bernardo Gonçalves:

“Apenas com Kant, no iluminismo Alemão, veremos a dessacralização da ideia de dignidade humana. A partir da defesa da autonomia moral do indivíduo, o filósofo alemão afirmará que o homem deve ser levado a sério, sendo sempre o fim maior das relações humanas e nunca um mero meio. ” (GONÇALVES, 2015, p. 300)²⁰

²⁰ Fernandes 2015, p. 300

Diferente de Kant, Hegel se aprofundou mais no conceito de dignidade humana, ele concebeu que ela era fruto de um rebuscado processo de reconhecimento. Para ele, a mente existiria apenas em um plano individual, incapaz de entender a luta da consciência de outra pessoa. A verdade é que não há, até a presente data, um conceito fechado que consiga abranger o conceito de dignidade humana em sua essência.

Para alguns doutrinadores, existem vetores que aferem as dimensões da dignidade humana. Nesse âmbito, devemos destacar o mínimo existencial, que seria, segundo Bernardo Fernandes Gonçalves:

“(…) direito (derivado do constitucionalismo social) a que existam condições materiais básicas para a vida. Seja esse mínimo de condições trabalhado de forma absoluta (dado a *priori*) ou relativa (contextualizando em diferentes formas e modos), o fato é que ele acaba sendo pressuposto não só para a vida em si, mas para a vida digna como condição até mesmo para o exercício das liberdades privadas (autonomia existencial) e públicas (direitos políticos).” (GONÇALVES, 2015, p. 305)²¹

Indubitável é que a saúde é um direito essencialmente fundamental, essencial para que sejam assegurados outros direitos, inerente para que o ser humano exerça uma vida digna.

O direito à saúde é um direito fundamental, presente na Segunda Dimensão de direitos fundamentais, bem como possui *status civitatis*, haja o caráter positivo que deve ser exercido pelo Estado, ou seja, é um direito social onde se exige do Estado uma prestação. Como poderemos observar nos tópicos a seguir.

²¹ Fernandes 2015, p. 305

3.3 Classificação dos direitos humanos

3.3.1 Teoria do Status

A teoria do status foi desenvolvida no final do século XIX por Jellinek, tal ideia vem em contraponto ao jusnaturalismo muito presente nas declarações do século XVIII, sendo as principais, a Declaração da Virgínia e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, no qual se traduzia a ideia de que os direitos humanos deveriam estar expressos em normas jurídicas estatais para que fossem concretizados.

A classificação de Jellinek do indivíduo perante o Estado reconhecia o caráter positivo dos direitos, apresenta ainda tais direitos na verticalidade, André de Carvalho Ramos aponta que em razão de tal teoria ter sido criada no século XIX, não abarca a horizontalidade dos direitos, nem a transindividualidade.

Segundo Jellinek, o indivíduo possuiria quatro status perante o Estado tais são: status negativo, status positivo, status ativo e status passivo.

O primeiro (*status libertatis*) consistiria na limitação de ação do Estado face alguns direitos dos indivíduos. Ou seja, limitação seria a fim de respeitar os direitos da vida privada. Neste o Estado deve abster-se de interferências, cabe a este a chamada prestação ou obrigação negativa.

Enquanto isto no status positivo (*status civitatis*) o Estado deve prestações positivas. Neste o indivíduo invoca o Estado para o cumprimento de seus direitos. Inicialmente buscava-se que fosse assegurado a liberdade do indivíduo, evitando que este sofresse algum tipo de agressão. Era então

para manter um sistema de policiamento eficiente, bem com segurança pública hábil, ainda o devido processo legal. Posteriormente emergiu as prestações sociais para assegurar direitos tais como: saúde, educação.

Outra situação a qual o indivíduo pode estar perante o Estado encontra-se no status passivo (*status subjectionis*), o qual seria onde o indivíduo encontraria se em estado de submissão/subordinação frente ao Estado, o qual o Estado poderia impor deveres afim de resguardar o direito de todos.

Por último destaca-se o status ativo (*status activus*) que consiste “em um conjunto de prerrogativas e faculdades que o indivíduo possui para participar da formação da vontade do Estado”²² (p.50) no qual refere-se ao exercício de direitos políticos, bem como no direito a assumir cargos públicos. Häberle defende a ampliação para o *status activus processualis* que englobaria também a participação do indivíduo na tomada de decisões do Poder Público.

3.3.2 Teoria das gerações dos direitos humanos

Quanto as gerações dos direitos humanos há de se ressaltar que fora lançada em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França), pelo jurista Karel Vasak, que classificou os direitos em três gerações de direitos determinadas. As três primeiras gerações foram determinadas pelo lema da revolução francesa respectivamente: “liberté, égalité et fraternité” (liberdade, igualdade e fraternidade).

²² Ramos 2014, p.50

Tratando-se a primeira dos direitos negativos, ou seja, liberdade, a segunda, quanto aos direitos positivos, igualdade e a terceira, relaciona-se aos direitos relativos solidariedade social, fraternidade.

Existem, ainda, outras dimensões de direitos fundamentais, as quais, todavia, não são uníssonas na doutrina. Enquanto outros criticam tais definições defendendo estarem estas inclusas nas três gerações primordiais.

No Brasil, dentre os constitucionalistas que corroboram tais dimensões, destaca-se Paulo Bonavides, para o qual, sem aprofundamento há de se indicar, Bonavides que acredita existir a quarta geração (dimensão) a qual se referiria aos direitos resultados da globalização, tais como direito ao pluralismo, manipulação genética e bioética.

Por fim, Paulo Bonavides ainda sustenta a existência de uma 5ª dimensão de direitos fundamentais, o qual defende nas últimas edições do seu livro que a “Paz” seria um direito de quinta dimensão, ainda que o próprio autor saliente em seu livro a redundância nesta classificação, haja vista Vasak englobar tais direitos na terceira geração.

Ateremos as três gerações de Vasak, a primeira geração refere-se aos direitos de liberdade, civis e políticos, ou seja, o Estado deve assegurar a liberdade (autonomia) do indivíduo, como anteriormente narrado, os direitos às prestações negativas.

“São denominados também “direitos de defesa”, pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter de

distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano”.²³ Ressalta que atua o Estado tanto quanto passivamente, quanto ativamente, no intuito de fazer com que o Estado garanta a segurança pública, entre outras prestações que assegurem a liberdade.

Nos ateremos principalmente aos direitos de segunda geração, os quais tratam dos direitos de igualdade, onde o papel ativo do Estado entra em cena com vigor, estes são os direitos econômicos, sociais e culturais. Quanto a este papel essencialmente ativo do Estado, há de se ressaltar que na primeira geração é visto com receio, desconfiança, visto como ameaça aos direitos individuais.

Há duas espécies de direitos sociais, sendo que primeiramente ele destaca que a essência dos direitos sociais é prestacional, onde os titulares são os indivíduos que podem cobrar do Estado uma ação, tais como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação. Posteriormente destaca que há direitos sociais negativos, os chamados direitos de abstenção (defesa), onde o Estado deve evitar de intervir em determinados direitos sociais, como no caso da greve e da associação sindical.

Com efeito, os direitos sociais se enquadram como direitos fundamentais de 2ª dimensão, exigindo, pois, atuações positivas do Estado em diversas áreas, tais como; a saúde, educação, previdência, assistência social, trabalho, em busca de concretizar a igualdade material, e não somente a igualdade formal.

²³ Ramos 2014. p.52

Os direitos de 2ª dimensão, por sua vez, surgem no decorrer do século XIX em meio aos problemas sociais e econômicos que assolavam todo o Mundo. Os dois principais marcos normativos desse período são as constituições do México e de Weimar, nos anos de 1917 e 1919, respectivamente. Surge aqui o que se denomina Estado Social de Direito, substituindo até então o Estado Liberal, de modo que, neste momento, surge a necessidade de intervenção do Estado, ou seja, de prestações positivas dos entes públicos.

Os direitos de terceira geração dizem respeito àqueles pertencente da comunidade, referem-se a *fraternité*, conhecidos também como os direitos da solidariedade, tais como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado. Conforme ensinamentos do ora autor são aqueles advindos da constatação da vinculação do meio ambiente e o homem e com o reconhecimento da finitude dos recursos.

3.4 Direitos Sociais

Convém ressaltar que direitos sociais consistem em assegurar o mínimo de condições materiais de sobrevivência do indivíduo, em um conjunto de prestação que o indivíduo pode cobrar do Estado (ou da sociedade) afim de garantir tais condições para o bem-estar, atendendo as necessidades individuais.

A partir da análise realizada observa-se que em virtude dos direitos sociais terem dever de atender as necessidades da sociedade é indispensável ver a imperatividade da ação para que tais direitos se concretizem. Ou seja,

para a concretização dos direitos sociais é necessária a ação do Estado, “considera-se a necessidade peremptória da intervenção do Estado na ordem social para viabilização da justiça distributiva.”²⁴

Há de se destacar a discussão quanto os direitos originários ou derivados a prestações sociais, que muito virá a calhar posteriormente no debate da reserva do possível. “Os direitos sociais originários são aqueles que advêm do texto constitucional ou mesmo de um tratado de direitos humanos sem outra implementação legislativa ou administrativa”.²⁵

Ressalta ainda que se dividem em virtude na separação dos poderes, o judiciário não poderia alocar recursos no intuito de satisfazer um direito social, haja vista ser de competência do poder executivo. Nesta situação então o poder judiciário só poderia fazer a exigência de formas de implementação do referido direito.

Enquanto o direito social derivado é aquele que já possui alguma regulamentação legal ou administrativa” e neste poderia ser apreciado judicialmente por dois motivos, como forma de assegurar igualdade aos indivíduos, bem como para assegurar confiança e segurança no Estado, fazendo que este não forneça seus serviços de forma não constante. Tais medidas asseguram o respeito aos princípios da igualdade e do não-retrocesso.

Destaca-se que no decorrer das Constituições da República há uma positivação dos direitos sociais onde tais passam a ser dispostos como

²⁴ Magalhães 2012

²⁵ Ramos 2014, p.60

garantias fundamentais e em razão disto que tais direitos podem ser cobrados, haja vista que estes devem ser prestados pelo Estado.

Como dito anteriormente os direitos sociais são essencialmente prestacionais, estes são aqueles cujo há a cobrança em face do Estado para a efetividade dos direitos humanos. Onde há a superação do dogma do “Estado Inimigo” para o dogma do “Estado Amigo”, em que este deve proteger os direitos dos indivíduos, bem como assegura-los. Tais condutas dividem-se em prestações materiais e prestações jurídicas.

Prestações jurídicas consistiriam na elaboração de normas jurídicas que versem sobre determinados direitos, tais prestações referem-se ainda no devido processo legal que disciplinam em apropriadas normas processuais e procedimentais.

Cabe lembrar, que por se tratarem de exigências positivas, que demandam, obviamente, a utilização de recursos materiais, os direitos sociais de prestação encontram-se dependentes da disponibilidade econômica e orçamentária do Estado. Uma vez inexistente disponibilidade orçamentaria, opera-se a inefetividade dos direitos sociais.

Enquanto as prestações materiais referem-se na intervenção do Estado em promover condições materiais para que os indivíduos fruam de seus direitos.

Tais prestações relacionam-se à melhor distribuição dos recursos públicos, visto que são finitos (disponibilidade dos recursos), então tal prestação está vinculada na criação de meios para atender os bens essenciais para uso dos indivíduos.

Nessa toada, como dito alhures, a concretização do direito a saúde depende de atuação positiva do poder público, o que, dito por outras palavras, demanda disponibilidade econômica e financeira do Estado.

Daí surge a dificuldade de se cumprir a norma constitucional supramencionada, parte devido a finitude dos recursos públicos, e outra parte devido à má gestão da máquina pública. Diante do esposado acima, conclui-se, pois, que o direito a saúde é um direito social que pertence a 2ª dimensão dos direitos fundamentais, o qual exige prestações positivas do Estado.

Conforme exposto, conclui-se, pois, que o direito a saúde é um direito social que pertence a 2ª dimensão dos direitos fundamentais, bem como possui *status civitatis* o qual exige prestações positivas do Estado.

Dito isto, surge a necessidade do indivíduo, face a recusa inconstitucional de prestação de serviços afetos a saúde pelo Estado, pleitear perante o Poder Judiciário a concretização de seu direito a uma saúde pública efetiva e de qualidade.

Importante ressaltar que a realização dos direitos sociais, econômicos, sociais e culturais, depende essencialmente de vínculo financeiro o qual subordina-se ao orçamento do Estado, ou seja, a finitude de recursos.

Tabela 2 - DIREITOS HUMANOS E A SAÚDE

Após a catastrófica Segunda Guerra Mundial floresceu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que motivou a criação da ONU Organização das Nações Unidas, em 1945 e posteriormente em 1948 a

Declaração Universal de Direitos Humanos proclama direitos para todas as pessoas independentemente de sexo, cor, raça, idioma, religião, opinião. São universais, essenciais, inalienáveis, inter-relacionados, interdependentes e indivisíveis, bem como possuem superioridade normativa e reciprocidade

<p>Dignidade da pessoa humana</p>	<ul style="list-style-type: none"> • O princípio basilar do Estado Democrático de Direito, art. 1º, III da Constituição Federal. • Considerado supraprincípio. • Qualquer interpretação dos direitos fundamentais deve ser orientada por este princípio, ou seja, deve ser o núcleo fundamentador de todo ordenamento jurídico.
<p>Classificação dos direitos humanos</p>	<p>Teoria do Status -Jellinek</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>status civitatis</i>/status positivo - o Estado deve prestações positivas. (saúde) • <i>status subjectionis</i>/status passivo - o qual seria onde o indivíduo encontraria se em estado de submissão/subordinação frente ao Estado, o qual o Estado poderia impor deveres afim de resguardar o direito de todos. • <i>status libertatis</i>/status negativo – consiste na limitação de ação do Estado face alguns direitos dos indivíduos • <i>status activus</i> - que consiste em um conjunto de prerrogativas e faculdades que o indivíduo possui para participar da formação da vontade do Estado <hr/> <p>Teoria das gerações dos direitos humanos- Vasak</p> <ul style="list-style-type: none"> • Primeira geração – <i>liberté</i>/liberdade - Trata-se a dos direitos negativos • Segunda geração - <i>egalité</i> / igualdade - quanto aos direitos positivos. (saúde)

	<ul style="list-style-type: none"> • Terceira geração - <i>fraternité/fraternidade</i> - relaciona-se aos direitos relativos solidariedade.
Direitos Sociais	Os direitos sociais têm natureza prestacional e consistem em assegurar o mínimo de condições materiais de sobrevivência do indivíduo, em um conjunto de prestação que o indivíduo pode cobrar do Estado (ou da sociedade) afim de garantir tais condições para o bem-estar, atendendo as necessidades individuais.

4. JUSTICIABILIDADE

4.1 Conceito Justiciabilidade

A justiciabilidade refere-se ao direito de buscar a garantia de determinado direito no Poder Judiciário, ou seja, a tutela dos direitos sociais (dos Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais) é a possibilidade de buscar alternativas face ao Judiciário para exigir determinado direito.

Sérgio da Cunha conceitua no Dicionário Compacto do Direito, justiciabilidade como sinônimo de justiciabilidade, bem como apresenta que se trata de “característica do que pode ser objeto de apreciação judicial”. (CUNHA, 2011, p.168)²⁶

”É a possibilidade de concretizar os direitos face ao Poder Judiciário, ou seja, é a possibilidade de efetiva aplicação dos direitos por meios de mecanismos jurídicos de exigibilidade”. (SEIDL,2007)²⁷

²⁶ Cunha 2011.

²⁷ Seidl 2007.

Corroboram com esse entendimento outros autores, como o ministro Barroso que conceitua justiciabilidade como:

“Algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. ” (BARROSO, Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática, p. 3)²⁸

Observa-se que tal fenômeno vêm crescendo vertiginosamente nas últimas décadas, bem como pode-se verificar que questões, tais quais as sociais, morais e até mesmo políticas passam a ser analisadas (e solucionadas) pelo Poder Judiciário e não pelos Poderes naturais para analisar tais questões, Legislativo e Executivo.

Muito em razão da ineficiência dos referidos Poderes em resolver tais questões, bem como pelo descrédito vivido em razão dos altos índices de corrupção, pode-se citar ainda a veiculação do Poder Judiciário como suprapoder, capaz de solucionar as questões vitais com “tinta e papel”.

George Marmelstein Lima (2016) indica que nos anos 90 havia uma descrença em relação à efetivação do direito à saúde, que em contexto geral as decisões judiciais baseavam se na separação dos poderes, no caráter programático das políticas públicas sociais, bem como no famigerado princípio da reserva do possível.²⁹

²⁸ Barroso 2008, p.3

²⁹ Lima 2016.

Paulatinamente, a referida visão mudou, sendo as primeiras decisões do assunto referentes ao fornecimento de medicamentos a pessoas carentes, como no caso do fornecimento do coquetel de medicamentos para pessoas portadoras de HIV.

O autor indica ainda que no início dos anos 2000, a ideia do Poder Judiciário poder cobrar políticas públicas efetivas para o direito à saúde consolidou-se, tanto no nível individual, quanto no coletivo, gerando assim um nível de sobrecarga do Judiciário. Observa-se tais afirmações a seguir:

O pêndulo, que começou com a eficácia zero do direito à saúde, oscilou para o extremo oposto. Vivemos um excesso de judicialização que alcançou um nível patológico. Afinal, quando os hospitais criam setores específicos para auxiliarem os pacientes a ingressarem com ações judiciais, é um claro sinal de algo não vai bem... (Curiosamente, um dos principais sintomas para diagnosticar um estado de coisas inconstitucional é verificar a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito, algo que tem ocorrido no caso da saúde). (LIMA, 2016)³⁰

Barroso (2008, p.1)³¹ explica as causas desta crescente justiciabilidade no país, uma das causas citadas por ele é a redemocratização do país, que atingiu seu ápice com a promulgação da Constituição de 1988, com a investidura de ministros no Supremo Tribunal Feral que não devem seus títulos ao regime militar, ainda com o fortalecimento das garantias da magistratura. O Poder Judiciário passa a ter caráter político e não mais apenas um departamento técnico-especializado.

³⁰ Id. Ibidem.

³¹ Barroso 2008, p.1

O autor acrescenta ainda que este ambiente democrático animou a cidadania e maior nível de conhecimento, consciência dos indivíduos acerca dos direitos a estas inerentes, que com isso passam a buscar mais a efetivação de seus direitos.

Ainda neste contexto o Ministério Público passa por uma expansão institucional, bem como de credibilidade, o que causa aumento da relevância da sua função perante na sociedade, ainda há de se destacar a implementação das Defensorias Públicas em todo o país. Analisando toda esta observância conclui-se que houve a expansão e fortalecimento do Poder Judiciário, o que conseqüentemente aumentou as demandas. Daniella Santos Magalhães contribui para este entendimento:

Em que pese a relação do indivíduo ou grupo social com o Estado é também pontual a existência de uma descrença com relação a efetividade das políticas públicas - propostas e aprovadas pelos poderes legislativo e executivo, e também a sociedade civil organizada representada – em que pese a veiculação de constantes denúncias de desvio de verbas orçamentárias destinadas a tal fim. (MAGALHÃES, 2012)³²

Ainda é atribuída por Barroso³³ como causa do aumento de judicializações dos direitos econômicos, sociais e culturais a constitucionalização abrangente, onde a Constituição versa sobre matérias que antes eram pautadas pela legislação ordinária e pelo processo político majoritário. Segundo ele tal fenômeno foi uma tendência mundial, com início nas Constituições de Portugal em 1976 e Espanha em 1978, já no Brasil ocorrerá com a promulgação da Constituição de 1988.

³² Magalhães 2012.

³³ Barroso 2008.

Barroso (2008. p.1) aponta esta como uma Carta “analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. ”

Mirella Seidl (2007. p.1) corrobora o entendimento do ministro Barroso ao indicar que a judicialização cresce pelo fato da importância que a Constituição Federal reservou aos direitos sociais, bem como pela à vontade constitucional e a vontade dos governantes estarem se distanciando. Onde está aponta ainda que o poder público contemporaneamente busca mais formas de esquivar-se para não efetivar os direitos fundamentais, seja por má-gestão ou falta de recursos, que buscando realmente efetivar tais direitos constitucionais e entra em cena o Poder Judiciário buscando que os direitos fundamentais sejam efetivamente cumpridos.

Finaliza Barroso³⁴ apresentando como terceira e última causa, o controle de constitucionalidade brasileiro, o qual seja um misto do europeu e do americano, onde é congregado tanto o modelo difuso quanto o concentrado, onde o primeiro qualquer juiz é competente, no caso concreto, para aplicar ou deixar de aplicar lei que entenda inconstitucional, enquanto o segundo modelo respectivamente versa pelo Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade.

Mirella Seidl ³⁵afirma que a medida que um direito passa a ser disciplinado como norma constitucional, este pode ser requerido mediante ação judicial, assim como entendi do ministro Barroso, passa a ser potencialmente uma pretensão jurídica.

³⁴ Idem. Ibidem.

³⁵ Seidl 2007.

Assim, os direitos fundamentais sociais, aqueles que se concretizam mediante ação positiva do Estado, são verdadeiros direitos públicos subjetivos e possuem plena justiciabilidade, ou seja, podem ser judicialmente cobrados quando omissos os Poderes Executivo e Legislativo. Verifica-se ainda, o posicionamento favorável e crescente dos Tribunais nacionais concernente à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. (SEIDL. 2007)

4.2 Números da Judicialização

Com base na 13ª edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, apresentando as demandas em números acerca da Judicialização da Saúde no Brasil. O mesmo explica que a tabela é referente aos processos ajuizados até 31/12/2016, bem como compreendem os processos em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização.

Tabela 3 - DEMANDAS DA JUSTICIABILIDADE DA SAÚDE³⁶

Assunto	Quantidade
Saúde (direito administrativo e outras matérias de direito público)	103.907
Fornecimento de medicamentos – SUS	312.147
Tratamento médico-hospitalar – SUS	98.579
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos– SUS	214.947
Assistência à Saúde	28.097
Ressarcimento ao SUS	3.489
Reajuste da tabela do SUS	2.439

³⁶ Schulze 2017.

Convênio médico com o SUS	1.037
Repasse de verbas do SUS	786
Terceirização do SUS	676
Planos de saúde (direito do consumidor)	427.267
Serviços hospitalares – Consumidor	23.725
Planos de saúde (benefício trabalhista)	56.105
Doação e transplante órgãos/tecidos	597
Saúde mental	4.612
Controle social e Conselhos de saúde	2.008
Hospitais e outras unidades de saúde	8.774
Erro médico	57.739
TOTAL	1.346.931

Clênio Jair ressalta a explosão de demandas de Judicialização relacionadas a saúde no Brasil, sendo 240.980 processos judiciais em 2011, 392.921 processos em 2014, 854.506 demandas em 2015 e 1.346.931 em 2016. Em 15 anos houve o crescimento aproximado de quase 600%.

É necessário que tanto os juristas, quanto a população em geral analisem este cenário, para que não haja uma hiper-judicialização. Haja vista os pontos negativos que essa inflação de demandas proporciona (tópico abordado a seguir).

4.3 O controle judicial de políticas públicas

Inicia-se este tópico esclarecendo o que são Políticas Públicas, estas consistem em metas fixadas pelo Poder Público a fim de satisfazer interesses públicos, ou seja, são uma rede de programas, ações e atividades criadas pelo

Estado visando assegurar determinados direitos prestacionais, tais como saúde e educação. Tais políticas devem ser formuladas em planos de curto, médio e longo prazo.

Em conjunto com a sociedade, mormente iniciadas pelo poder executivo ou legislativo são estabelecidas as políticas públicas. Imperioso destacar a importância da sociedade na formulação de políticas públicas. Exemplos de tal interferência são as audiências públicas, encontros, bem como a participação dos Conselhos na elaboração de tais medidas.

A legislação brasileira destaca a participação da sociedade, como observa-se na Lei Complementar nº131/2009 que determina que a transparência será assegurada mediante participação da sociedade tanto na elaboração, quanto no acompanhamento das políticas públicas.

Podemos observar ainda que o Estado está compelido a garantir a participação da sociedade, não sendo apenas uma faculdade dos poderes públicos e sim um direito dos cidadãos, bem como o Estado ainda se encontra obrigado a incentivar a participação. Assim vejamos.

- I – Incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
- II – Liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

Convém destacar a incumbência de formular e implementar políticas públicas é primariamente dos Poderes Legislativo e Executivo, no entanto excepcionalmente é atribuída ao Poder Judiciário, onde este exerce “poder repressivo em torno de políticas públicas quando os órgãos estatais

competentes descumprirem os encargos político-jurídicos relativos a eficácia e integridade de direitos fundamentais”.³⁷

Convém destacar que o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando favoravelmente ao controle judicial de políticas públicas, no que se refere aos direitos fundamentais constitucionais.

Extrai-se do julgamento da Arguição de descumprimento de preceito Fundamental 45-9, a posição do Supremo Tribunal Federal pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (Informativo/STF nº 345/2004)

A referida temática fora abordada também no RE 592.581-RS, onde fixara a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, (inciso XLIV) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação de poderes. (RE 592.581-RS)

³⁷ Seidl 2007.

Importante salientar que tais medidas têm como eixo os princípios da inafastabilidade da jurisdição, a dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível. Quanto a este último cabe destacar que usualmente é utilizado pelo Poder Executivo para o não cumprimento das políticas públicas. André de Carvalho Ramos em seu Curso de Direitos Humanos contribui para esta discussão:

A “reserva do possível” é um argumento contrário à intervenção do Poder Judiciário na luta pela implementação dos direitos sociais. Grosso modo, afirma-se que os recursos públicos não são ilimitados e, assim, a decisão de alocação desses recursos finitos deve caber, em uma sociedade democrática, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, nas suas interações que desembocam na aprovação do orçamento público. Caso o Judiciário interferisse, a separação das funções do poder restaria abalada. (RAMOS, 2016, p. 75)

Endossa também este discurso o Recurso Extraordinário 642.536, aponta que “há precedentes autorizam a intervenção do Poder Judiciário, exigindo do Poder Executivo a adoção de providências administrativas que visem a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde pública. ”

(...) ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas (RE 642.536-AgR, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 5-2-2013, Primeira Turma, DJE de 27-2-2013)

4.4 Reserva do possível X Mínimo Existencial

A expressão reserva do possível surgiu por conta de um julgamento no Tribunal Constitucional Federal alemão onde se discutia o acesso a

universidades, onde os estudantes questionavam não terem sido aceitos na universidade por causa da limitação de vagas.

A reserva do possível teve origem no julgamento do caso “*numerus clausus*” pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, julgado em 1972. Discutia-se o acesso ao curso de medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), com a Lei Fundamental, que garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal decidiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina. A reserva do possível nesse caso, portanto, relacionou-se à exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, como ocorre no Brasil. (MORAES,2010)³⁸

Então a referida ação verificou quanto é possível de um indivíduo exigir da sociedade, verificando se a pretensão é ou não razoável. Então a reserva do possível estaria trabalhando como limite aos indivíduos face os direitos sociais.

Na origem não teve foco na questão orçamentária, financeira, como ocorreu na introdução deste conceito no direito brasileiro. Isto significa que a prestação de serviços está condicionada à existência de recursos, ou seja, dinheiro nos cofres públicos. Assim a eventual não realização de determinado social seria justificado na escassez dos recursos.

Andreas J. Krell citado por Daniela Pinto Holtz Moraes mostra a crítica a imigração do princípio da reserva do possível do sistema alemão para o Brasil, dando ênfase a grande diferença socioeconômica entre os países:

³⁸ Moraes 2010.

“Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.” (KRELL apud MORAES, 2010)³⁹

Importante ressaltar que o referido tema não é uniforme, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Então por isso é comum que os casos práticos sejam analisados conforme suas minúcias, por múltiplas perspectivas. Para ver se verificar que a pretensão é razoável, proporcional, bem como a disponibilidade financeiras. Então observa-se que a referida questão é suscitada principalmente nos casos de judicialização de políticas públicas, especialmente em temas como saúde e educação.

Importante ressaltar que a realização dos direitos sociais, econômicos, sociais e culturais, depende essencialmente de vínculo financeiro o qual subordina-se ao orçamento do Estado.

Cumprir advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF 45)

Imperioso mencionar que a reserva do possível não pode ser utilizada para, ressalvado os casos em que haja justo motivo para aferição de tal

³⁹ Idem. Ibidem.

princípio, o que o Estado se exima de cumprir suas obrigações constitucionais, quando estas não respeitarem o piso mínimo para a aplicação de determinado direito fundamental.

Depreende-se do texto constitucional a noção de mínimo existencial que esta intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, apresentado como um dos fundamentos da República no artigo 1º, III da Constituição Federal, bem como apresentado com mais clareza no artigo 170, caput, onde é disposta as finalidades da ordem econômica, sendo uma assegurar uma vida digna. O mínimo existencial refere-se ao padrão mínimo de direitos que devem ser assegurados pelo Estado para que haja uma vida digna.

Ressalta que o patamar de conteúdo mínimo encontra-se no artigo 25 da Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948, onde é disposto que todo ser humano e seus familiares têm direito a uma qualidade de vida tal que lhes sejam assegurados saúde, alimentação, habitação, vestuário e serviços de previdência social os quais garantam proteção contra o desemprego, a viuvez e a velhice, dentre outras providências.

Importante ressaltar que o mínimo existencial não se refere ao “mínimo vital” e sim para o mínimo para ter qualidade de vida, que lhe forneça uma vida digna com oportunidade de ser livre tanto individualmente, quanto coletivamente. No entanto, não se pode reduzir os direitos humanos ao padrão mínimo de existência, haja vista a vedação ao retrocesso.

Vejamos entendimento de Salomão Ismail Filho:

“Por conseguinte, o cânone do mínimo existencial não tem, em sua matriz, uma proposta estática ou de acomodação, havendo de

ser interpretado como um marco inicial, tendo por meta o estabelecimento de políticas públicas no sentido de, progressivamente, tornar cada vez mais digna e feliz a vida daqueles que vivem em um Estado de Direito que se propõe a ser Democrático e Social.” (ISMAEL FILHO, 2016)⁴⁰

Destaca-se ainda que o Brasil se comprometeu a assegurar os direitos sociais, como a saúde, progressivamente como observamos no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

PARTE II

ARTIGO 2º

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, **até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto**, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (grifo nosso)

Frente a omissão e a insuficiência das políticas públicas, que demonstram claro descumprimento dos mandamentos constitucionais, o cidadão a fim de que seus direitos sejam efetivados, ou seja, na busca da concretização de um direito positivo buscam tutelar tal direito face o Poder Judiciário.

⁴⁰ Filho 2016.

Tabela 4 - JUSTICIABILIDADE

Direito de buscar a garantia de determinado direito no Poder Judiciário, ou seja, a tutela dos direitos sociais (dos Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais) é a possibilidade de buscar alternativas face ao Judiciário para exigir determinado direito.

Controle judicial de políticas públicas

- Manifestações favoráveis do STF quanto ao controle judicial de políticas públicas.
 - A incumbência de formular e implementar políticas públicas é primariamente dos Poderes Legislativo e Executivo, no entanto excepcionalmente é atribuída ao Poder Judiciário, onde este exerce poder repressivo em torno de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos relativos a eficácia e integridade de direitos fundamentais.
-

Reserva do possível X Mínimo Existencial

Reserva do possível – origem Tribunal Constitucional

Os casos práticos sejam analisados conforme suas minúcias, por múltiplas perspectivas. A pretensão dever ser razoável, proporcional, bem como a disponibilidade financeiras

Patamar de conteúdo mínimo - artigo 25 da Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948, onde é disposto que todo ser humano e seus familiares têm direito a uma qualidade de vida tal que lhes sejam assegurados saúde, alimentação, habitação, vestuário e serviços de previdência social os quais garantam proteção contra o desemprego, a viuvez e a velhice, dentre outras providências

A reserva do possível não pode ser utilizada para, ressalvado os casos em que haja justo motivo para aferição de tal princípio, o que o Estado se exima de cumprir suas obrigações constitucionais, quando estas não

respeitarem o piso mínimo para a aplicação de determinado direito fundamental.

5. DA HIPER-JUSTICIABILIDADE

5.1 Críticas à judicialização da saúde

Alerta-se quanto a interferência em políticas públicas já formuladas, afirmando que o Poder Judiciário estaria assumindo o protagonismo na implementação de políticas públicas, fazendo que com isso aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça fossem privilegiados.

Ressalta ainda que por muitas vezes o Poder Executivo e transferir os recursos que seria aplicado a um paciente com a finalidade de cumprir ordem judicial, acabando por privilegiar um em detrimento de outro. Cita-se como exemplo a fila de espera para a realização de determinado procedimento cirúrgico onde aqueles que possuem ordem judicial realização tal procedimento antes daqueles que não possuem, ignorando os critérios de organização daquele sistema.

Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. (BARROSO, p. 23)⁴¹

Outra crítica a excessiva judicialização do ponto de vista técnico é fato do Poder Judiciário não ser competente para aferir que determinado

⁴¹ Barroso 2008. p. 23

medicamento ou tratamento é realmente eficaz para assegurar ao indivíduo saúde. Indicasse ainda decisões judiciais que não observam critérios técnicos ao conceito de integralidade ou as políticas públicas existentes.

Este apresenta dois grandes problemas: O direito à Saúde ser entendido como absoluto, tendo direito o indivíduo a todo e qualquer tratamento, mesmo que ainda sem comprovação científica, mesmo que deva ser realizado fora do país, mesmo sem analisar o custo-efetividade do tratamento comprometendo o orçamento das demais demandas.

Quanto a isto esclarece George Marmelstein Lima⁴² (2016) que é necessário analisar os critérios objetivos que aferem a custo-efetividade que se refere a comparação de “tecnologias médicas levando em conta seus efeitos clínicos e seus custos”, bem como que tal análise é realizada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde-CONITEC. Desde que as decisões sejam provadas estar equivocadas, deve-se respeitá-las.

Indica ainda que o fato do tratamento ser considerado eficaz não faz jus que ele seja fornecido pelo SUS, haja vista que é necessário analisar o custo-efetividade em comparado a outros tratamentos.

O segundo problema é a criação da fila de espera dos “com liminar” e dos “sem liminar”, ou seja, uma lista de prioridade que favorece os que possuem ordem judicial.

⁴² Lima 2015.

Destaca-se que há uma organização dada pelos profissionais de saúde, o qual se pautam da gravidade da situação do indivíduo que estabelecem critérios para realização do procedimento necessário, sendo que aqueles que estão no mesmo grau de gravidade obedecem ao critério cronológico.

Imperioso lembrar que a condenação indevida do Estado a fornecer medicamentos ou tratamentos podem causar avaria ao orçamento público capaz de prejudicar a realização de outras demandas. Quanto ao referido entendimento vejamos o que Daniela Magalhães ensina:

“Ademais, há –talvez – desconhecimento por parte dos litigantes e interessados de que a ação judicial gera custo ao Estado, e muitas vezes este custo servirá apenas para atender o caso pleiteado, e em que pese novas situações semelhantes deverá o novo preterido percorrer o mesmo caminho, e conseqüentemente gerar o mesmo custo ao Estado ao invés de solucionar o problema em caráter coletivo. Ainda, cabe considerar que no caso brasileiro quando se vê movimentação popular há quem considere uma perda de tempo, uma vez que é mais fácil recorrer a Justiça que teoricamente – esse é o discurso – fará Justiça.” (MAGALHÃES, 2012)⁴³

Clênio Jair Schulze aponta para a desrazoabilidade do Judiciário em assumir o papel de principal responsável pela concretização do Direito à Saúde, devendo ser aplicada primordialmente pelos Poderes Executivo e Legislativo:

“(…) não é razoável que o Judiciário seja um dos principais responsáveis pela concretização do Direito à Saúde, porquanto tal papel é destinado precipuamente ao Executivo, que também deve zelar pela aplicação adequada do texto da Constituição e da legislação relacionada ao Direito à Saúde.” (SCHULZE, 2017)⁴⁴

⁴³ Magalhães 2012

⁴⁴ Schulze 2017.

Há de se destacar um ponto importante acerca da relevância dada ao Judiciário que ela destaca como sendo em virtude do comodismo dos brasileiros, muito em razão de fatores culturais, sociais e econômicos o que geram dificuldades para a exigência de uma atuação eficiente dos Poderes Legislativo e Executivo.

A autora acrescenta que apesar dos referidos dois poderes serem representados pelo voto popular, ou seja, pressupõem que os indivíduos têm capacidade de escolher pessoas compromissadas para efetivarem os seus direitos. No entanto apesar de saberem sobre a má gestão destas pessoas ao invés possibilitam a “retirada” dos políticos, optam pelo comodismo e buscam o judiciário para a efetivação de seus direitos. A autora busca esclarecer que o referido comodismo é histórico:

“Ademais, é verificável por fatores históricos que a população brasileira tem preferência por esperar a fato ou o dano ocorrer para depois providenciar alguma forma de solução, ou seja, é característica brasileira o fenômeno curativo do que opções preventivas. Isso significa que parece ser mais simples tão somente resolver o mal instalado, e na maior parte das vezes em caráter individual ao invés de se buscar ações de caráter preventivo evitando maiores danos individuais e mesmo coletivos.” (MAGALHÃES, 2012)⁴⁵

Há um liame claro entre a Judicialização e a inoperância das políticas públicas. Em virtude da “descrença da população na boa-fé de alguns atos políticos, especialmente com o que é veiculado na mídia, e associado a essa insatisfação atrela-se ao fator de comodismo ou anomia social”⁴⁶, bem como que em razão disto a população por muitas vezes optam pelo Poder Judiciário, ao invés de buscar meios de retirar ou renovar os membros do Poder Executivo e Legislativo.

⁴⁵ Magalhães 2012.

⁴⁶ Idem. Ibidem.

Com a finalidade de reduzir as demandas relacionadas a saúde é necessário que o Poder Judiciário busque meios de transformar ações individuais em coletivas. Como alvo otimizar os recursos disponíveis para um atendimento integral:

“É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos, naturalmente escassos, por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico” (BARROSO, 2009)

Portanto, sob uma análise estrutural e uma perspectiva mais efetiva, conclui-se que a judicialização da saúde deve ser encarada como uma medida extrema, como verdadeira *ultima ratio*, vez que é uma atitude imediatista, a qual soluciona o problema de um indivíduo, ocasionando, ainda, alguns efeitos sociais colaterais, tais como: “*Prioridade de atendimento para quem tem ordem judicial favorável, desprezando-se a isonomia; Falta de Preocupação com Soluções Estruturais, Sistemáticas, Igualitárias e Universalizáveis*”⁴⁷ (LIMA, 2016)

O autor corrobora ainda com o dito pelo ministro Roberto Barroso.

Do mesmo modo, é preciso refletir também sobre a falta de articulação e coordenação entre os órgãos envolvidos, que tem gerado diversos problemas de legitimidade, competência e efetivação das decisões judiciais. Aliás, a própria ausência de efetividade das decisões judiciais mereceria uma análise à parte. Além disso, é urgente desenvolver mecanismos processuais eficientes para enfrentar os problemas estruturais, que, atualmente, são os mais frequentes e os mais difíceis de serem superados. (LIMA, 2016)⁴⁸

⁴⁷ Lima 2015.

⁴⁸ Id.Ibid.

5.2 – A outra visão sobre o problema: Estado de coisas inconstitucional

Isso ocorre tendo em vista que vivemos hoje um Estado Constitucional de Direito, ou Estado Democrático de Direito, de modo que cabe ao Estado não a satisfação da vontade da maioria, mas sim a vontade de todos. Todavia, entende-se, obviamente, que em casos extremos ou de total descaso do poder público, o indivíduo pode – e deve, socorre-se ao Poder Judiciário com intuito de fazer valer seus direitos.

O Supremo Tribunal Federal adotou recentemente importante e interessante teoria denominada “Estado de Coisas inconstitucional” quando apreciou a ADPF 347. O seu conceito foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana no contexto de violações sistemáticas de direitos fundamentais e possui um propósito bastante ambicioso: permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público (LIMA, 2016).⁴⁹

Ao declarar o *Estado de Coisas inconstitucional*, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema. Nesse sentido, o ECI é uma forma de dizer que a situação está tão caótica e fora de controle que é necessário que todos os envolvidos assumam um compromisso real de resolver o problema de forma planejada e efetiva.

⁴⁹ Id.Ibid.

Portanto, podemos afirmar com veemência que a saúde pública brasileira, face a ao seu alto nível de inefetividade e ineficiência, bem como a violação sistemática de direitos fundamentais, fatos estes que são públicos e notórios, vive, hoje, um Estado de Coisas Inconstitucional.

Neste sentido, a jurista Monaliza Maelly Fernandes Montenegro, nos ensina:

Desta forma, constata-se que o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” abre espaço para que se consigam resultados mais eficazes no que se refere aos inúmeros casos individuais que aguardam uma solução do Judiciário para efetivação da tutela do direito à saúde, já que impende, igualmente, uma solução mais justa e uniforme. Aos pensadores do direito, que façam efetivar essa busca como a próxima da pauta, já que a saúde é o núcleo primordial para o pleno exercício de qualquer direito fundamental e vem sendo sonegada de forma reiterada e sistêmica, sem que seja vislumbrada qualquer intenção dos responsáveis locais no sentido de resolver o problema.

Nessa proposta, diante de uma situação de gritante afronta a direitos fundamentais, o judiciário entra em cena não para intervir em outro poder, mas para chamá-lo a promover a justiça. Não para se sobrepor, mas para propor o necessário diálogo entre os “promotores do estado democrático de direito”, a fim de que seja feita a vontade da Carta Maior, caminhando para o dia em que justiça enquanto “pão do povo” possa ser não só compartilhada e distribuída, mas semeada de forma suficiente a proteger a todos que dela precisem. (MONTINEGRO, 2016)⁵⁰

Desta feita, entende-se que, sob uma ótica macro e estruturalista, cabe ao Supremo Tribunal Federal reconhecer que a saúde pública brasileira vive um Estado de Coisas Inconstitucional, de modo que, a partir daí os três poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) possam empreender esforços conjuntamente no sentido de promover o direito fundamental à saúde.

⁵⁰ Montenegro 2016.

Para que as violações de direitos sejam superadas, é necessário atuação não só de um órgão, mas da pluralidade destes. Destaca-se a importância da intervenção do Poder Judiciário na declaração do Estado de Coisas inconstitucional, onde este assume papel indispensável e de protagonismo.

Tabela 5 - DA HIPER-JUSTICIABILIDADE

<p>Críticas à judicialização da saúde</p>	<ul style="list-style-type: none"> • O Poder Judiciário não ser competente do ponto de vista técnico para aferir eficácia de determinado tratamento médico • Prioridade de atendimento para quem tem ordem judicial favorável • A impossibilidade do Estado prestar o melhor tratamento possível e imaginável, sem levar em conta o seu custo-efetividade • Desrazoabilidade do Judiciário em assumir o papel de principal responsável pela concretização do Direito à Saúde
<p>A outra visão sobre o problema: Estado de coisas Inconstitucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ O Supremo Tribunal Federal adotou “Estado de Coisas Inconstitucional” na ADPF 347. ○ Conceito desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana no contexto de violações sistemáticas de direitos fundamentais. ○ Com propósito de permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público. ○ Entende-se que cabe ao Supremo Tribunal Federal reconhecer que a saúde pública brasileira vive um Estado de Coisas Inconstitucional ○ A partir de então os três poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) empreenderiam esforços no sentido de promover o direito fundamental à saúde.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que o conceito de saúde é uma variável que depende da época, do lugar, de concepções individuais, científicas, religiosas, filosóficas. Fora apresentado primeiro a visão de saúde relacionado ao sagrado, sendo a doença consequência divina.

Posteriormente, com o avanço dos estudos da medicina, saúde passou a ser entendida como o equilíbrio dos elementos (bile amarela, bile negra, fleuma e sangue). Entendimento que mudou com o avanço da física/química, onde passou a ser compreendida que as doenças sobrevinham de causas externas.

A saúde passou por um período onde sua conceituação consistia na ausência de enfermidades, até chegarmos ao conceito pluralista atual, onde a saúde se interliga às condições de vida, não se limitando apenas à ausência de doenças. Tratando-se de um processo multifacetário que visa proporcionar condições de bem-estar mental e social.

Verificou-se ainda a saúde no ordenamento jurídico, onde fora apresentada que esta refere-se à um direito humano fundamental, indispensável para que homem exerça sua vida de forma digna. E em razão disto é assegurado com caráter prioritário na Constituição Federal, bem como em Pactos, Tratados e Convenções Internacionais.

Face a inoperância do Estado em concretizar o direito à saúde, o cidadão busca meios através do Poder Judiciário para que o referido direito seja efetivado, o que nos últimos anos gerou o crescimento da justiciabilidade das políticas públicas da saúde.

Após a análise da crescente judicialização da saúde, conclui-se que é de grande valia para a aplicação do Sistema de Freios e Contrapesos (Checks and Balances System), consagrado no artigo 2º da Constituição Federal “São poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Sistema que se inspira em Montesquieu, onde se visa o equilíbrio da sociedade.

No entanto, a excessiva acionabilidade mostra o descompasso entre os Poderes, haja vista que está nas mãos do Judiciário a resolução de causas e conflitos que deveriam ser resolvidos pelos demais poderes.

Outrossim, a justiciabilidade deve ser usada com moderação, como última alternativa para solução de conflitos, a fim de evitar a desarmonia entre os Poderes, bem como sobrecarga do Judiciário.

É de se verificar que declarar o Estado de Coisas Inconstitucional da saúde é uma forma de reconhecer que a falência do Estado do Bem-Estar Social, haja vista o manifesto descumprimento deste direito fundamental e com isso fazer com que as três esferas assumam um compromisso real de resolver o problema de forma planejada e efetiva.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **O controle judicial das políticas públicas.** Conteudo Juridico, Brasilia - DF: 04 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47240&seo=1>>

Acesso em: 13. Set. 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2>

Acesso em: 08 nov. 2017

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

BRASIL. Decreto nº 591 (1992) **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

Acesso em 14 nov. 2017

BRASIL. Lei 8.080/90. **Constituição da Organização Mundial da Saúde-OMS.** Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>

Acesso em 05 ago. 2017

CUNHA, Sergio Servulo. **Dicionário Compacto do Direito.** 10 ed. SARAIVA. 2011. Disponível em: <

<https://www.passeidireto.com/arquivo/11232021/dicionario-compacto-do-direito---sergio-servulo-cunha>> Acesso em 18 nov. 2017

CZERESNIA E FREITAS, Dina, Carlos Machado: **A promoção da saúde conceitos, reflexões, tendências.** (online). 2nd. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009. p 50. Disponível em:<books.scielo.org> Acesso em 08 ago. 2017

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit. **What are General Comments?** Disponível em:< <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/en/topics/development/frequently-asked-questions/9-what-are-general-comments/>>

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, 2015.

FILHO, Salomão Ismail. **Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana.** 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana>> Acesso em: 20 nov. 2017

GUERRA, Sidney. **A proteção internacional da pessoa humana e a Consolidação do direito internacional dos direitos humanos.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32991-41318-1-PB.pdf>> Acesso em: 18 nov. 2017

Human Rights Bodies. **General Comment Nº 14.** 2000 Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en> Acesso em: 08 nov. 2017

LIMA, George Marmelstein **Cinco Pontos de Reflexão sobre a Judicialização da Saúde.** 2016. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2016/01/19/cinco-pontos-de-reflexao-sobre-a-judicializacao-da-saude/>> Acesso em: 12 nov. 2017

LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma Nova Onda do Verão Constitucional?** 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>> Acesso em: 06. out. 2017

LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Um a avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>> Acesso em: 08 nov. 2017

LOURENÇO, Luciana et al. **A Historicidade filosófica do Conceito Saúde.** História da Enfermagem: Revista Eletrônica (HERE). Volume 3 n.1 2012. p. 29. Disponível em: <<http://www.here.abennacional.org.br/here/vol3num1artigo2.pdf>> Acesso em: 5 jun. 2017

MAGALHÃES, Daniella Santos. **A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo.** In: Âmbito Jurídico,

Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526. Acesso em: 08. Set. 2017

MONTINEGRO, Monaliza Maelly Fernandes. **Estado de Coisas Inconstitucional pela Efetivação do Direito à Saúde**. JOÃO PESSOA – PB, 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/15/estado-de-coisas-inconstitucional-pela-efetivacao-do-direito-a-saude/> Acesso em: 08. Set. 2017.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. **Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em 18 nov 2017.

MIGUEL, Vinícius, R. **A Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais Diante do Princípio da Reserva do Possível**. rev. Primeira Versão. Vol. 32. n. 3. PORTO VELHO – RO, 2012. Disponível em: www.periodicos.unir.br/index.php/primeiraversao/article/view/502>. Acesso em: 18 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta de Ottawa de 1986**. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/99247/Declaracao_Universal_dos_Direitos_Humanos.pdf> Acesso em: 08 nov. 2017

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito Fundamental à Saúde: Direito Social tratado com Direito Individual no Brasil**. PORTO ALEGRE – MG, 2012. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/22.pdf> > Acesso em: 06. Nov. 2017.

RAMOS, André de Carvalho– **Curso de Direitos Humanos** –Saraiva, 2014. (Recurso Digital)

SCHULZE, Clenio Jair. **Números atualizados da Judicialização da Saúde no Brasil. Set 2017.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze/#_ftn3> Acesso em: 19 nov. 2017

SCLIAR, Moacyr. **História do conceito de saúde.** Physis vol.17 n°.1 Rio de Janeiro Jan. Abril 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003> Acesso em 01 ago. 2017

SEIDL, Mirella Alencar de Moraes. **A Justicialidade do Direito à Saúde Com um Direito Fundamental Social em Face da Reserva do Possível.** FORTALEZA – CE, 2007. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/mirella_alencar_de_morais_seidl.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito À Saúde E O Princípio Da Reserva Do Possível.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2017

SOARES, Juliana. **A justiciabilidade dos Direitos Sociais.** 2003Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1293/A-justiciabilidade-dos-Direitos-Sociais>>. Acesso em: 03 set. 2017.

SOUZA, Anna Luiza De Araújo. **A Justicialidade dos Direitos Sociais no Sistema Interamericano: Desafios e Perspectivas.** RIO DE JANEIRO – RJ, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12685/Anna%20Luiza%20de%20Araujo%20Souza.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo, ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial “Reserva do Possível” (Trasncrições) n° 345 de 26 a 30 de Abril de 2004.** BRASÍLIA: STF, 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 06. Set. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 592.581-RS.** BRASÍLIA: STF, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>> Acesso em: 13 nov. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 642.536-AP.** BRASÍLIA: STF, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>> Acesso em: 15 nov. 2017