

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO**

RAIANE CORRÊA DE ANDRADE

**MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE HUMANA E A JUDICIALIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE**

PARANAÍBA/MS

2016

RAIANE CORRÊA DE ANDRADE

**MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE HUMANA E A JUDICIALIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito, no período matutino, sob orientação da Professora Dra. Claudia Karina Ladeia Batista.

PARANAÍBA/MS

2016

A57m Andrade, Raiane Corrêa de

Mínimo existencial, dignidade humana e a judicialização do direito à saúde/ Raiane Corrêa de Andrade. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016.
63f.; 30 cm.

Orientadora: Profa Dra Claudia Karina Ladeia Batista.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de
Paranaíba.

1. Judicialização. 2. Sistema Único de Saúde. I. Andrade, Raiane Corrêa
de. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba,
Curso de Direito. III. Título.

CDD – 342.08

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB19/1783

RAIANE CORRÊA DE ANDRADE

MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE HUMANA E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Claudia Karina Ladeia Batista (Orientadora)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Me. Alessandro Martins Prado
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Profa. Dra. Sidinea Cândida Faria
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

A minha mãe, todas as palavras, todas as noites sem dormir e todas as dores que
passamos juntas. Para sempre.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a minha Gratidão eterna.

A minha mãe que me ensinou a amar as pessoas, e ao meu pai que me ensinou a amar os livros, com resultado dessa união me fizeram apreciar e acreditar no Direito.

A minha orientadora e professora com excelência, Claudia Karina, a ela me rendo aos mais sinceros agradecimentos pela confiança depositada, pelos momentos de dedicação e disponibilidade e por ser mestre e pessoa incrivelmente humana.

A banca, Prof. Me. Alessandro Martins Prado e Profa. Sidinea Cândida Faria

A Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, por ter me acolhido além de ter me proporcionado todos os conhecimentos que levarei comigo por onde for.

A todos os professores que contribuíram para minha formação.

A toda minha família, meus tios e tias em principal minha Tia Tânia, que me deu forças para seguir em frente e nunca abandonar meus sonhos, as minhas primas de sangue e alma Uiara e Inê e todos meus primos por todo o apoio.

A Clarice, Maria e Luciana que são minhas fadas madrinhas, agradeço por todo amor maternal, que incrível poder ter tido a chance de sentir o afeto de vocês.

Aos meus amigos, agradeço por terem entendido meus momentos de isolamento, aqui deixo meus mais puros sentimentos por vocês: Matheus Dalécio sem você eu pouco seria, Halissa Gitti pela garra e força de mulher única, Luísa Assis a sua ternura sem fim, Mileny Vasconcelos por todos os dias de diversão e risadas que compartilhei com você, Monique Canton pelo orgulho que se deve ter de ser quem realmente é, Rumena Sales pela simplicidade que se deve encarar a vida e tornar ela mais fácil, Maria Eduarda Prestes por mostrar que sempre podemos ser melhores, Isadora Ortega por ensinar que às vezes é melhor pensar mais e falar menos, viver com vocês foi indescritível, tenho certeza que não nos encontramos aqui, mas sim nos reencontramos de outras vidas.

Aos meus amigos de infância Tainá Poloi, Tabata Poloi, Rafael Pollo, por sempre terem acreditado em mim e em meus sonhos, isso foi importante para que eu chegasse até aqui.

Enfim, a todos que me ajudaram para que este trabalho se convertesse em realidade, muito obrigada!

“Servo da lei, muito juiz não foi fiel à justiça.”

José Renato Nalini

RESUMO

O presente trabalho compreende a pesquisa sobre a judicialização do direito à saúde e seus efeitos. Para tanto, apresenta considerações sobre o direito à saúde enquanto um direito fundamental social assegurado pela Constituição Federal de 1988. Tal direito, conforme demonstra o estudo, deve ser concretizado pelo Estado de modo igualitário por meio do Sistema Único de Saúde, que deve assegurar condições condignas de diagnóstico e tratamento, a fim de garantir um mínimo existencial na área da saúde. Para tanto parte do pressuposto que a saúde vai além da ausência de enfermidades, mas também está relacionada ao bem estar físico e psicológico essenciais à uma vida digna. Entretanto, considerando que o Estado muitas vezes deixa a desejar na prestação e na criação de políticas públicas para garantir este direito a todos sem exceção ou distinção, cresce o fenômeno da judicialização que é a problemática do presente estudo. Por meio do método dedutivo aplicado à pesquisa bibliográfica, espera-se analisar a judicialização do direito à saúde, bem como seus benefícios a pacientes que precisam urgentemente de remédios e/ou procedimentos e, em sua maioria, não possuem condições financeiras para o custeio do tratamento. Por outro lado apresentará problemas decorrentes da judicialização, como a ingerência de um poder em outro e o aumento das despesas do Executivo. Espera-se, ao final, demonstrar a importância do Judiciário enquanto esperança de efetivação do direito fundamental à saúde, intrinsecamente relacionado ao exercício do direito à vida e essencial à consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Judicialização; mínimo existencial; reserva do possível; Sistema Único de Saúde; dignidade humana.

ABSTRACT

The current paper includes the research about the legalization of the right to health and its effects. Therefore, It presents considerations on the right to health as a social fundamental right guaranteed by the Federal Constitution of 1998. This law, as demonstrate the study should be equally made by the State through the Unified Health System, which must ensure condign conditions of diagnosis and treatment in order to ensure an existential minimum in health field. Therefore it assumes that health goes beyond the absence of disease, but is also related to physical and psychological well-being, essential to a dignified life. However, considering that the government often falls short in the provision and creation of public policies to guarantee this legal right to everyone without exception or distinction, the judicialization phenomenon grows, which is the problematic of this study. Through the deductive method applied to bibliographic research, it is expected to examine the judicialization of the right to health, as well as its benefits to patients who are in urgent need of drugs and / or procedures and, in most cases, do not possess financial resources to fund the treatment. On the other hand, the it will present problems resulting from judicialization, such as the interference of a power in another and the increase in expenses of the Executive power. It is expected, at the end, to demonstrate the importance of the Judiciary power as hope of the realization of the fundamental right to health, intrinsically related to the exercise of the right to life and essential to the consecration of the principle of human dignity.

Keywords: Judicialization: existential minimum; reservation possible; Unified Health System; human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 BREVE INTRODUÇÃO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
1.1 Conceito de direito fundamental.....	12
1.2 Evolução histórica.....	16
1.3 Gerações dos direitos fundamentais.....	18
2 DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	23
2.1 Saúde como direito fundamental.....	23
2.2 Previsão Legislativa.....	25
2.2.1 Constitucional.....	27
2.3 Princípios fundamentais do direito à saúde.....	28
2.4 Eficácia dos direitos fundamentais à saúde.....	31
2.5 Sistema Único de Saúde (SUS).....	31
2.5.1 Previsão normativa do SUS.....	37
26 Falhas do sistema do SUS - O tratamento de algumas doenças não pode esperar.....	39
3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: PROBLEMA OU SOLUÇÃO?.....	42
3.1 Judicialização: conceito e evolução.....	42
3.2 Reserva do possível X Mínimo Existencial.....	48
3.3 Separação dos Poderes.....	56
3.3.1 O STF e a judicialização do direito à saúde.....	59
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

INTRODUÇÃO

Para a realização deste trabalho de conclusão de curso foi utilizada pesquisa bibliográfica com enfoque nos direitos fundamentais, especificamente o direito à saúde, recorrendo a autores que estudam de forma geral o direito Constitucional Brasileiro e outros que abordam em especial o direito à saúde ou o direito sanitário.

Primeiramente, no presente trabalho, destaca-se a análise sobre os direitos fundamentais, bem como o conceito dado por diversos autores, evolução histórica e as gerações classificadoras destes direitos.

Em seguida, no segundo capítulo, segue especificamente um estudo sobre a saúde como direito fundamental, levando em conta o próprio conceito de saúde e observando que a saúde vai além do simples fato de não possuir enfermidades. Saúde significa possuir integridade física e psíquica, bem-estar, dignidade, moradia, saneamento básico entre outros direitos direta ou indiretamente relacionados ao direito à saúde. Por meio da análise das normas atinentes ao direito à saúde na Constituição de 1988 e em legislações específicas (Leis nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990 e nº 8.142/90 e outras) espera-se demonstrar que o Sistema Único de Saúde foi idealizado e é regido pelos princípios da integralidade, universalidade, descentralização, participação da comunidade, gratuidade e etc, que serão melhor vistos ao decorrer do trabalho.

No último e terceiro capítulo há a problemática do trabalho: tendo em vista a ineficácia do Estado na gestão dos recursos orçamentários empregados à saúde, bem como a morosidade do atendimento e outras falhas no SUS, surge o fenômeno da judicialização da saúde, pelo qual a satisfação do referido direito subjetivo é assegurado via atuação jurisdicional, incumbindo a magistrados e Tribunais a escolha entre a satisfação do direito à saúde e a finitude/escassez dos recursos disponíveis para tanto (reserva do possível). Neste capítulo aborda-se o conceito e evolução da Judicialização, merecendo destaque principalmente nos casos em que se busca a efetivação do direito à saúde. Por fim, há uma breve explanação sobre os recentes julgados da Suprema Corte sobre assuntos que envolvem remédios e saúde, a título de atualização.

Partimos de conceitos gerais de dignidade humana e direitos fundamentais para a análise mais específica - direito à saúde e seus desdobramentos, utilizando o método dedutivo de pesquisa. O tema se mostra relevante sob o ponto de vista jurídico

promovendo um estudo da interpretação do direito constitucional à saúde e sua concretização via atuação judicial.

1º Capítulo: Breve introdução sobre Direitos fundamentais

1.1 Conceito de direito fundamental

Muitos autores renomados¹ e de suma importância dão parecer sobre o conceito de direitos fundamentais, cada qual com sua linha de pensamento e com diferentes rótulos, sendo que até a própria Magna Carta se utiliza de diferentes expressões para se tratar dos direitos fundamentais como direitos humanos (art 4º, inc.II), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art.5º, inc.LXXXI).

Sendo assim vale a pena entender que os Direitos e Garantias Fundamentais abrangem todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais como os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos. Ressaltando que a expressão “direitos fundamentais” foi inspirada pelo nosso constituinte principalmente na Lei fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976. Sem esquecer que os direitos fundamentais, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados.

Segundo Sarlet (2011, p. 28 e 29) não há necessidade de se fazer um exame específico sobre cada terminologia e seus significados, pois os direitos fundamentais abrangem as diferentes espécies de direito, a única diferenciação de relevância é a explicação da diferença das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, pois há confusão sendo que os direitos fundamentais, de certa forma, são sempre direitos humanos, por que o seu titular sempre será o ser humano, mesmo que representado por grupos, povos ou nações.

IngoWolfgang Sarlet trás uma nobre explicação sobre os dois conceitos: Em que pese sejam ambos os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, comumente utilizados como sinônimos, a explicação

[...] procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação de documentos de direito internacional, por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente da vinculação com determinada ordem

¹ Sobre direitos fundamentais:

BONAVIDES, Paulo- Curso de Direito Constitucional - 21ª. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional Positivo- 37º Ed.- São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

constitucional, e que, portanto, aspiram á validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter internacional. (SARLET, 2011, p.29)

Já para o doutrinador Uadi lammêgo Bulos o conceito se torna de tal maneira:

Os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. (BULOS, 2014, p.302)

Os direitos fundamentais podem ser conhecidos com diferentes rótulos como por exemplo: direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais e etc. Alguns autores como Uadi lammêgo Bulos (2011, p.302) preferem usar a terminologia” liberdades públicas” para especificar o conjunto de normas constitucionais que consagram limitações jurídicas aos Poderes Públicos, sendo assim se dividindo em três dimensões: civil, que engloba os direitos da pessoa humana, política, que abrange os direitos de participação na ordem democrática e econômico-social que abriga os direitos econômicos e sociais.

Só podemos ter a ideia exata do conceito de direitos fundamentais, entendendo a sua fundamentalidade material, que se dá por meio do principio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III). Isso quer dizer que sem dignidade, o homem não vive, não convive e em alguns casos, nem sobrevive. Sendo assim:

[...] sem dignidade não existem direitos fundamentais ainda quando no externo rol de liberdades públicas das constituições contemporâneas existam exceções a essa regra gera [...] (BULOS,2014, p. 303)

Como exemplo da citação acima o art. 5º XXI, XXV da CF de 88 que atenta à direitos que não decorrem, necessariamente, da dignidade humana.

Em nada impede essas exceções, pois o principio da dignidade é o ponto essencial das liberdades públicas porque sem ele não há respeito à vida, à liberdade, à paz, à segurança, à integridade física e moral do ser humano.

O fundamento dos direitos e garantias fundamentais reside na proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como fonte de validade a Constituição. Como exemplo o preâmbulo que proclama que a Assembleia Nacional Constituinte buscou “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, e individuais, a liberdade, a segurança”

Os direitos Fundamentais possuem uma categoria jurídica, e constitucionalmente voltada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Prestam ao ser humano

uma garantia em sua liberdade com os direitos e garantias individuais, nas suas necessidades com os direitos econômicos, sociais e culturais e na sua preservação com os direitos à fraternidade e à solidariedade.

Para melhores fins, consta examinar o conceito de direitos fundamentais do autor José Afonso da Silva:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designa-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2014, p.176)

Sendo que, para José Afonso da Silva, a melhor expressão constitui a “Direitos fundamentais do homem”:

[...] porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2014, p. 180)

Já para o grande estudioso autor Dimitri Dimoulis, a definição de direitos fundamentais é:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais, e portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (DIMOULIS, 2009, p.47)

Dimitri Dimoulis usa em sua obra o termo “direitos fundamentais”, porém como os outros autores já citados, também abre espaço para os outros tipos de terminologias existentes:

Seguindo a denominação do Título II da Constituição Federal, utiliza-se, no presente trabalho, o termo “direitos fundamentais”. Esse termo não é o único existente no direito constitucional e nas Constituições a designar tais direitos. Há uma série de outros termos, incluindo “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos”. . (DIMOULIS, 2009, p.45)

Vale a pena também notar o pensamento do autor José Felipe Ledur, sobre os direitos fundamentais sociais que pese:

Os direitos fundamentais clássicos dizem respeito à esfera de bens jurídicos (propriedade, liberdade, etc) de que os indivíduos dispõem e que fazem valer contra a intervenção estatal ou de qualquer outra pessoa, sendo conhecidos como portadores de pretensões que podem ser deduzidas diretamente das normas constitucionais que as asseguram. Essas se bastam em si e conferem ao titular um “direito subjetivo”, acionável nos juízos e tribunais, caso sofra lesão ou mesmo simples ameaça. O indivíduo pode fazer uso dele sem que para tanto seja necessária mediação legal. (LEDUR, 2009, P.88)

O autor faz assim, uma diferenciação dos direitos fundamentais clássicos para os direitos sociais:

Quanto aos direitos fundamentais sociais, a complexidade sabidamente é maior [...] Os direitos sociais, diferentemente dos clássicos, disseram e dizem a respeito de algo a ser materializado, a ser realizado. Essa realização representa um “gasto” ou prestação positiva para o Estado e para a Sociedade [...]. (LEDUR, 2009, p.89)

José Felipe Ledur sustenta que os direitos fundamentais necessitam de uma prestação positiva do Estado para se fazerem valer:

Os direitos sociais em geral, reconhecidos na Constituição Brasileira, são considerados expressões do princípio do Estado Social, impondo, em regra, deveres subjetivos aos poderes estatais [...] De acordo com esse status, os direitos fundamentais também se orientam à atividade positiva do Estado, do qual é demandado o fornecimento de prestações que permitam ao indivíduo a criação e a manutenção da existência livre. (LEDUR, 2009, P.91)

Outra autora que vale a pena ser citada é Karine da Silva Cordeiro, que em sua obra afirma:

A carta de 1998, além de se elevar os direitos e garantias fundamentais à condição de normas jurídicas de caráter preceptivo ao determinar a sua aplicabilidade imediata (art.5, §1º), conferiu-lhes especial proteção ao incluí-los entre as cláusulas pétreas (art.60,§4º, inciso IV), bem como acatou a ideia de que existem direitos que, dado o seu conteúdo e significado, devem ser considerados fundamentais, apesar de não estarem previstos expressamente no catálogo (art.5º, §2º) (CORDEIRO,2012, p.46)

A autora Karine da Silva Cordeiro ainda continua:

Vê-se daí que o rol do Título II, apesar de bastante extenso, não tem cunho taxativo. Ao réves, o constituinte adotou um conceito material aberto de direitos fundamentais (textura aberta dos direitos fundamentais), abrangendo, além daqueles expressamente previstos, os direitos fundamentais constantes fora do catálogo e em tratados internacionais e os não escritos, consagrando a teoria dos direitos implícitos e decorrentes, assim considerados os direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e os decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. (CORDEIRO, 2012, p.47)

Neste mesmo caminho a autora cita a linha de pensamento de Ingo Sarlet à respeito:

[...] Ingo Sarlet justifica a inclusão dos direitos sociais no elenco das cláusulas pétreas a partir do princípio do Estado Social; do fato de os direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais) integrarem o cerne da Constituição; da titularidade individual de todos os direitos fundamentais, ainda que não é possível extrair da Constituição brasileira, um regime diferenciado entre direitos de liberdade e direitos sociais. (CORDEIRO, 2012, p.49)

1.2 Evolução histórica

Como ensina, o doutrinador Alexandre de Moraes, a origem dos direitos individuais do homem vem desde o antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.c, onde foram encontrados algumas maneiras para a proteção individual em relação ao Estado. (MORAES, 2005; p. 6)

Outro ponto importante, conforme os ensinamentos de Alexandre de Moraes é o código de Hammurabi (1690 a.c) que provavelmente seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos dos homens, como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família. (MORAES, 2005; p. 6)

Em 500 a.C, ainda seguindo a linha de pensamentos de Alexandre de Moraes, a influência filosófica-religiosa nos direitos do homem, se propagou com as ideias de Buda, principalmente sobre a igualdade de todos os homens. Logo após, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, com destaque da participação política dos cidadãos, onde a crença da existência de um direito natural que é superior e anterior às leis escritas, é o que protegia os pensamentos dos sofistas e estóicos. (MORAES, 2005; p. 7)

Portanto, no direito romano, se estabelece um complexo mecanismo visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais, como por exemplo de que pode ser considerada a origem dos textos escritos consagrados da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão é “A lei das doze tábuas”. (MORAES, 2005; p. 7)

Após, segundo Alexandre de Moraes a concepção do “Cristianismo”, com nota de igualdade a todos os homens, sem distinção de origem, raça, sexo ou credo, com interferência direta a consagração dos direitos fundamentais, enquanto essenciais à dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2005; p. 7)

Ao longo da Idade Média, (MORAES, 2005; p. 7) diversos documentos jurídicos reconheciam a existência de direitos humanos, havendo sempre o mesmo propósito: a limitação do poder estatal, apesar da organização feudal e da marcante separação das classes, que sustentava a subordinação entre o suserano e os vassallos.

O intenso desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais encontra-se a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX. (MORAES, 2005; p. 7)

O maior e mais importante acontecimento histórico das declarações de direitos humanos fundamentais (MORAES, 2005; p. 7) encontra-se primariamente na Inglaterra, com a “Magna Charta Libertatum” outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215. A Carta em questão, entre outras garantias, estabelecia a liberdade da igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção (“A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito, e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator – item 20); previsão do devido processo legal, o livre acesso à justiça (“Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito a qualquer pessoa a obter justiça – item 40); liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

Em seguida, e sucessivamente houve outras consagrações dos direitos fundamentais, como a “Bill of rights” em 1689, a “Act of settlement” de 1701, A declaração de Direitos de Virginia, A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e muitas outras ao redor do mundo. (MORAES, 2005; p. 8)

O que mais nos interessa para esta pesquisa é esta evolução perante o que aconteceu no Brasil, que descreve o autor Alexandre de Moraes, onde houve em primeiro lugar a Constituição do Império do Brasil, em 1.824, que previa um extenso rol de direitos humanos fundamentais. Continuou-se nas Constituições Brasileiras ter um capítulo sobre os direitos e garantias fundamentais, como na Constituição de 1.934 que também mantém um extenso rol de direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2005; p. 8)

Continuando assim com a Constituição de 1.937 que segundo o autor,

Apesar das características políticas preponderantes à época, também consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais. [...] Além da tradicional repetição dos direitos humanos fundamentais clássicos, trouxe novidades constitucionais.
(MORAES, 2005,p.8)

Como as outras Constituições, a de 1.967 também previa um capítulo destinado aos direitos e garantias individuais e um artigo, mais especificamente o artigo 158, que previa direitos sociais aos trabalhadores, visando uma condição social melhor.

E por fim, pelos ensinamentos de Alexandre de Moraes, a Emenda Constitucional nº1, de 17-10-1969, produziu grandes alterações na Constituição de 1967, até mesmo em relação às possíveis restrições aos direitos e garantias individuais,

porém não trouxe nenhuma alteração formal na enumeração dos direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2005; p. 9)

1.3 Gerações dos direitos fundamentais

Conforme os direitos fundamentais foram ganhando espaço nas Constituições, normalmente após de algum direito fundamental ter sido violado como muitos foram na 2º guerra Mundial, com muita luta e vitória, para que haja a consagração de tais direitos e que estes fossem positivados nas Constituições e que houvesse uma efetivação, ao passar do tempo esses direitos foram criando dimensões ou gerações. Muitos autores² trazem basicamente três tipos de gerações, outros se estendem com até seis, pois os direitos estão em constante mutação e evolução e nunca param de se estender.

Os direitos fundamentais sofreram muitas transformações, no seu conteúdo, na sua titularidade, na eficácia e na efetivação ao passar dos tempos e desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, tendo uma larga mutação histórica.

Ingo Wolfgang Sarlet faz uma crítica sobre a terminologia “gerações de direitos” usada pela maioria dos doutrinadores:

[...] sendo que não há como negar um efeito progressivo de novos direitos fundamentais e um caráter de processo acumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2011, p. 45)

Sarlet é um dos grandes doutrinadores que utilizam apenas três gerações, ou dimensões, como ele prefere, para classificar os direitos fundamentais. Começando com “Os direitos fundamentais da primeira dimensão”, que são reconhecidos nas primeiras Constituições escritas, onde foram surgindo e se firmando como direitos do indivíduo perante o Estado. São direitos de defesa, demarcam uma zona onde o Estado não deve intervir e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São então, apresentados como direitos de cunho “negativo”, pois requerem uma isenção e não uma conduta positiva dos poderes públicos. São exemplificadamente os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Posteriormente são adicionados os direitos de liberdade, como as liberdades de expressão coletiva como, as liberdades de

² Sobre as gerações:

BONAVIDES, Paulo- Curso de Direito Constitucional - 21ª. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional Positivo- 37º Ed.- São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação e etc. e também os direitos de participação política, como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, havendo uma relação entre os direitos fundamentais e a democracia. (SARLET, 2011, p. 46 e 47)

Os direitos de primeira dimensão se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundido com os direitos coletivos ou difusos da terceira dimensão, que serão apresentado mais á frente.

Em seguida são expostos os “Direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão”. Surgiram através de movimentos reivindicatórios, ampliando o reconhecimento de direitos e atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, com os problemas sociais e econômicos que a industrialização trouxe. (SARLET,2011, p.47)

Segundo o doutrinador em questão, Ingo Wolfgang Sarlet, a maior diferença entre esses direitos de segunda dimensão é que possuem um caráter positivo, pois não se bloqueia mais a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim de proporcionar um direito de participar do bem estar social. (SARLET,2011, p.47)

Como explica Ingo Wolfgang Sarlet, estes direitos fundamentais, já haviam sido positivados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849, e até hoje se caracterizam por admitir ao individuo direitos e prestações sociais estatais. São os direitos de assistência social, saúde, educação, trabalho etc.(SARLET,2011, p.47)

Como a maioria de todos os direitos, os direitos de segunda dimensão também nasceram após alguma luta ou algum massacre de tais direitos, sendo assim é no século XX, mais precisamente nas Constituições após da Segunda Guerra Mundial, que estes novos direitos fundamentais foram consagrados com grande importância nas Constituições, além de ser objeto de muitos pactos internacionais. Os direitos de segunda dimensão não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as “liberdades sociais”, que são as liberdades de sindicalização, do direito a greve, o reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia do salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho e etc.

Portanto, esses direitos são definidos por Sarlet como um princípio de justiça social:

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe

operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 2011, p. 48)

Os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet apresentam “os direitos de solidariedade e fraternidade da terceira dimensão”. Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também são direitos de fraternidade ou de solidariedade, e a maior diferença destes é que eles se desprendem da figura do homem-indivíduo como seu titular, esses direitos são destinados à proteção de grupos humanos como a família, o povo e a nação. E caracteriza-se como direitos de titularidade coletiva e difusa. (SARLET ,2011, p.48)

Os direitos de terceira dimensão mais citados são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, [...]bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2011, p. 49)

A grande diferença dos direitos de terceira dimensão é de sua titularidade coletiva, na maioria das vezes indefinida e indeterminável, por exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida.

A maioria destes direitos fundamentais de terceira dimensão constitucional, com algumas exceções, não encontrou reconhecimento na área constitucional, mas estão em consagração no âmbito do direito internacional, como muitos tratados e outros documentos transacionais nesta área.

Ainda nestes direitos são consideradas, cita Ingo Wolfgang Sarlet, as garantias genéticas, o direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, porém muitos outros autores colocam esses direitos na seara dos direitos de quarta dimensão. Boa parte destes direitos estão em processo de reivindicação e desenvolvimento correspondem a novas áreas do princípio da dignidade da pessoa humana, ligando-se à ideia da liberdade-autonomia e da proteção da vida. (SARLET,2011, p.49 e 50)

Direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão, segundo Ingo Wolfgang Sarlet são possíveis de se reconhecer a existência porém, ele se refere a:

[...] questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece pertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em

torno dos tradicionais e parenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o principio maior da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2011, p. 50)

Na concepção de Uadi Lammêgo Bulos, há direitos fundamentais até a sexta geração, sendo que este autor faz referência à terminologia “geração” e não “dimensão”, diferenciado de Sarlet. Uadi Lammêgo Bulos, em seu texto descreve a primeira, segunda e terceira dimensão basicamente idêntica a de Ingo Wolfgang Sarlet e como da maioria dos outros autores também, porém se diferencia no restante, pois para ele as gerações continuam até a sexta.

Para Uadi Lammêgo Bulos, os “direitos fundamentais de quarta geração são direitos dos povos, onde o mundo com a globalização tem se deparado com esses direitos, como no tempo que estamos vivendo com muitas mudanças na vida e no comportamento dos homens. Sendo assim, os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os coletivos, os difusos, os individuais homogêneos passaram a conviver com outros de suma importância. Sendo assim, os direitos de quarta dimensão os direitos relativos à informática, softwares, bio-ciências, eutanásia, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens e outros ligados à engenharia genética. (BULOS,2014,p.305)

Sobre tal aspecto o autor traz em sua renomada doutrina, o exemplo da liberação dos alimentos transgênicos que chegou ao Tribunal Regional Federal da 1º Região, que se reconheceu os graves danos que eles podem causar à saúde. (BULOS,2014,p.305)

Continuando na perspectiva deste mesmo autor, os “direitos fundamentais de quinta geração”, são para ele denominados como direitos que correspondem à paz, sendo que no Brasil, o direito à paz é uma conclusão do mandamento previsto no art.4º, IV, Constituição de 1988. O direito à paz e seu reconhecimento, como um direito fundamental, já é uma realidade no judiciário dos Estados. (BULOS,2014, p.305)

Por fim, “os direitos fundamentais de sexta geração”, relacionados com o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político, como descreve Uadi Lammêgo Bulos. (BULOS,2014, p.305)

Para ele, todas essas etapas da evolução dos direitos fundamentais devem ser analisadas em conjunto, sendo que uma não exclui a outra, como:

[...]o direito à vida (primeira geração) convive, harmonicamente, com o direito de se realizar pesquisas com células-tronco embrionárias (quarta geração). Assim, o surgimento de uma geração de direitos não torna a anterior ultrapassada. Ambas persistem válidas. Os avanços e as novas concepções, predominantes em cada momento histórico, servem, inclusive,

para adaptar ideias velhas. Resultado: direitos tradicionais são atualizados por novos direitos. (BULOS, 2014, p. 306)

Apenas para outro exemplo sobre estudos das gerações dos direitos fundamentais, descreve-se a ideia de outros autores:

As gerações de direitos fundamentais são os períodos que relatam a evolução das liberdades públicas. Os direitos fundamentais são classificados em gerações, que sobressaem da existência de um processo acumulo-evolutivo desses direitos. Diz a existência de uma evolução cumulativa porque o processo de positivação jurídica dos direitos fundamentais é denotado por um aumento progressivo de aspectos da dignidade humana que passaram a ser objeto de proteção. Logo, além de verificação da evolução do ordenamento jurídico, constatou-se um processo de acúmulo, visto que às antigas formas de proteção somaram-se outras positivas sucessivamente ao longo dessa evolução. (ARAUJO 2012, p. 158)

Portanto, percebe-se que a maioria dos autores concordam que a ideia de gerações é aderida por conta da evolução dos direitos que estão a todo tempo em evolução dada pelas mudanças na sociedade e pela busca da efetividade dos direitos.

2º Capítulo: Da fundamentalidade do direito à saúde

2.1 Saúde como direito fundamental

Segundo MAPPELI JÚNIOR (2012, p.16) é indispensável fazer estudo sobre o direito à saúde sem passar pelo próprio conceito de saúde, que conteve muitas mudanças durante os anos, como o significado estreito de que a saúde é exclusivamente a ausência de doenças, no ano de 1930, até que por fim, teve seu conceito consagrado pela Lei Orgânica da Saúde Pública³, que dispôs em seu artigo 3ºo conceito:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Relevando assim que dentro do aspecto conceitual do direito à saúde se incluem e integram outros elementos essenciais como a alimentação, o meio ambiente, o saneamento básico, o trabalho, a renda, o transporte e o lazer, onde esses elementos são fatores determinantes à efetiva fruição da saúde, estendendo-se também a toda esfera protetiva determinada na Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, Reynaldo Mappeli Júnior preceitua que:

O direito à saúde como se vê, é de natureza ampla e complexa. Seu correto dimensionamento passa, inclusive, por outras áreas do conhecimento humano e se liga umbilicalmente ao conhecimento científico das áreas médicas, de forma que o seu conteúdo específico evolui *pari passo* com o desenvolvimento tecnológico da medicina e seus sub-ramos. (MAPPELI JÚNIOR, 2012, p.18)

O direito à saúde é categorizado nos direitos fundamentais de segunda geração, ou como também são chamados, direitos sociais. Que se ressaltaram com a nova posição do Estado, que deixa de fazer o papel de apenas garantidor de direitos individuais (Estado Liberal) e abrange a atuação de fornecer à todos cidadãos prestações positivas voltadas á satisfazer necessidades básicas (Estado social).

Como nota os autores Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda de Matos, em um estudo juntos:

O movimento em direção ao Estado social e ao reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração decorreu diretamente do processo de evolução econômica da sociedade (Revolução Industrial), que propiciou a constatação da insuficiência da mera limitação do poder do Estado perante os indivíduos por meio das declarações de direitos e garantias individuais. (MAPPELI JÚNIOR, 2012, p.15)

³ Lei 8.080/90

Assim, o coordenador Reynaldo Júnior faz nota do conceito dos direitos sociais dados por José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são pretensões positivas proporcionais pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, diretos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, José Afonso da, 2007, p.178/179 apud MAPPELI JÚNIOR, 2012, p.15)

O direito à saúde, a partir do século XX, é reconhecido como fundamental à todos os seres humanos e engajou muitos tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil em 1948, e o pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos de 1966.

Em pesquisas organizadas por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, o autor Ricardo Seibel de Freitas Lima (2010, p.252), conclui que se pode entender que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado através de prestações materiais, por se constituir em direito fundamental social de aplicabilidade imediata, ou seja:

O direito à saúde, contudo, não pode ser entendido como um poder a ser exercido contra o Estado, de forma absoluta e ilimitada, mas sim como um direito de justiça social, eis que se mostra inadequada a sua concretização a concepção de direito subjetivo como poder absoluto a ser exercido contra o Estado. Dessa forma, o direito à saúde deve ser garantido, na forma do art.196 da Constituição, através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, observados critérios racionais de aplicação. (SARLET, 2010, p.252/253)

De acordo com o pensamento exposto em seu livro, o autor Vidal Serrano Nunes Júnior, que é um exemplar estudioso na linha do Direito Sanitário, juntamente realizado com a autora Sueli Gandolfi Dallari, o conceito de saúde como “ausência de saúde” é insuficiente e restrito:

Parece evidente, entretanto, que a ausência de doença, embora expresse um fator importante do estado de saúde, não o esgota, pois diversos outros aspectos devem ser considerados, como, por exemplo, o bem-estar psíquico do indivíduo. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p.7)

Em seguida, pontua os autores que outro conceito de saúde originou-se na Constituição da Organização Mundial da Saúde, em 07 de abril de 1948, que além de exprimir importante conceito de saúde, também alinhou diversos princípios que

ajudaram para a construção e compreensão dos direitos e deveres, públicos e privados, desta matéria.

O citado documento conceitua saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p.7)

Apresentando, assim, uma evolução ao anteriormente apresentado, pois além de pensar na saúde como ausência de doença, trata a por completo com o bem-estar físico, mental e social.

O preâmbulo da Organização Mundial da Saúde enaltece também outros importantes aspectos da saúde, como a ideia de saúde como um bem coletivo, como se vê no mínimo em três passagens como: “A saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação de indivíduos e Estados.” “Os resultados alcançados por qualquer Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos.” E “A desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e o no controle das doenças, especialmente na transmissíveis, constitui perigo comum.”

Deve-se ter em conta, nesse sentido, que boa parte das doenças é transmissível, existindo incontáveis exemplos de pandemias originárias de um determinado país que acabaram ganhando contornos planetários. Além disso, o bem –estar do indivíduo supõe aspectos sanitários, ambientais e comunitários que só podem ser concebidos a partir de uma perspectiva coletiva, donde resulta que uma concepção jurídica de saúde há de envolver não só direitos, mas também deveres, e não só por parte dos Estados, mais também das pessoas e da sociedade. (DALLARI e NUNES JÚNIOR,2010,p.9)

Enaltece assim, a saúde como um bem jurídico não só individual, mas também coletivo, com o desenvolvimento focado para a necessidade da prevenção presente e futura, tanto do indivíduo como da humanidade.

2.2. Previsão legislativa

Ao buscar uma legislação que dê espaço para o direito à saúde, encontra-se a Lei Nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990, denominada Lei Orgânica da Saúde, esta lei dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, conforme retrata a própria Lei.

Esta lei é dividida em cinco títulos, o primeiro deles se refere do art. 1º ao 3º englobando as disposições gerais e se compõe da reafirmação de premissas

constitucionais, ou seja, da saúde como direito fundamental e a responsabilidade do Estado de garantir o acesso a este direito em questão.

Em seu art. 2º a lei 8.080/90 atribui ao Estado o dever de garantir à saúde de todos os cidadãos, conforme relata nas disposições gerais:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Já no art. 3º a Lei trata a saúde não só como a ausência de doença, mas sim, como o direito à dignidade humana, no que tange à alimentação, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente, ao trabalho, à renda, à educação, à atividade física, ao transporte, ao lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais e a saúde mental onde todo o conjunto leva a uma saúde de caráter pleno.

Art. 3º 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. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Os títulos e artigos seguintes desta lei serão estudados em capítulos seguintes e próprios, por se tratar de legislação referente ao SUS.

Outra legislação que compõe a saúde pública é a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS.

Referida norma institui, no âmbito do SUS, as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde, instituições colegiadas que possuem como finalidade precípua viabilizar e sedimentar a participação e o controle social nas ações e serviços de saúde pública. (MAPPELI JÚNIOR, 2012, p.30)

A lei nº 8.142/90 também trata, em seus artigos 2º a 5º, da alocação dos recursos vindos do Fundo Nacional de Saúde e do repasse desses recursos aos Estados, Municípios e Distrito Federal, ajustando condições mínimas para que estes entes federativos possam receber e administrar tais verbas.

2.2.1 Constitucional

A constituição Federal de 1988 elenca um rol de cinco artigos específicos à saúde, em vista, do art. 196 ao 200, seção II, “DA SAÚDE”.

É previsto no art.196 da Constituição Federal o direito à saúde de modo geral, onde a Carta Magna de 1988 estabeleceu o direito à saúde em um novo regime jurídico, elevando-o à categoria de direito fundamental (art.6º), assim o dá efeitos de eficácia plena e de aplicação imediata (art.5º,§1º), além da rigidez constitucional.

O artigo 196 da CF é claro quanto à vontade do constituinte em dar especialidade a universalização do direito à saúde e a igualdade no tratamento dos indivíduos.

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.

Em outras palavras explana o autor Reynaldo Mapelli Júnior que:

[...] o acesso às ações e serviços de saúde deve ser oportunizado, de acordo com a Constituição Federal, a todas as pessoas, independente de suas condições individuais (nacionalidade, sexo, poder econômico, etc.); e dentro dessas ações e serviços, o tratamento dispensado aos indivíduos, deve ser absolutamente igualitário, sem distinções ou preferências. (MAPPELLI JÚNIOR, 2012, p.18)

A Constituição também indica a imposição ao Estado do dever de prestações positivas para a garantia do direito à saúde. Imputando ao Poder Público o dever de prevenir doenças e o implantação de políticas públicas com destino à disponibilização de serviços voltados á promoção, proteção e recuperação da saúde.

A Constituição Federal de um lado, elevou o acesso à saúde à categoria de direito subjetivo público – sendo exigido muitas vezes judicialmente-; e de outro, imputou ao Estado um rol de deveres derivados desse direito.

Retira-se do artigo 197 da Constituição Federal que a responsabilidade estatal disposta no texto Constitucional não se limita na disponibilização de serviços públicos em prol da população, mas em conjunto se amplia na regulamentação, na fiscalização e no controle de todas e quaisquer ações e serviços de saúde.

Disposto assim na Constituição Federal de 1988:

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

Em palavras do autor Reynaldo Mapelli sobre o dispositivo:

Do referido dispositivo se extrai, outrossim, que as ações e serviços de saúde não são exclusivas do Estado e podem ser prestados por entes privados, mas serão sempre considerados como de relevância pública, a justificar e ensejar intensa regulamentação e fiscalização estatal. (MAPPELI JÚNIOR, 2012, p.19)

Limita-se, portanto, o texto constitucional a possibilidade de extensa e sem medidas exploração privada dos serviços de saúde, reservando ao pequeno controle estatal a prestação de tais serviços.

2.3 Princípios fundamentais do direito à saúde

A Constituição Federal em seu artigo 196 trouxe os princípios fundamentais do direito à saúde, enfatizando o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

No livro em que os autores Reynaldo Mapelli Junior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos, escreveram em parceria são expostos um rol de sete princípios fundamentais do direito à saúde que mais se destacaram, segundo a Lei Orgânica da Saúde (artigo 7º) que são os seguintes:

Universalidade – A universalidade de acesso às ações e serviços de saúde se refere à abrangência do sistema único de saúde no que tange aos seus destinatários, e se consubstancia no direito de qualquer indivíduos, independentemente de suas condições pessoais (nacionalidade, naturalidade, classe social, etc...), de ser atendido pelos órgãos de saúde pública, ser beneficiado pelas ações que programam políticas públicas direcionadas à saúde da população e ter à sua disposição todos os medicamentos e insumos indispensáveis para a prevenção e proteção de sua saúde. Também significa que todas as pessoas são destinatárias da obrigação estatal de prestar a assistência necessária à prevenção e á reparação das saúde, incluindo-se nesse rol até mesmo aquelas que possuem condições financeiras de arcar com eventuais tratamentos médicos. (MAPPELI JÚNIOR, 2012, p.24/25)

O próximo princípio a ser descrito pelos autores é o da “Integralidade”.

Integralidade – [...] deverão ser destinadas aqueles de que necessitem toda a assistência necessária para a recuperação da doença e sua prevenção, assim como políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Significa dizer que o Estado deve prover aos indivíduos, de acordo com o mais avançado conhecimento técnico existente, o acesso a todos os meios e mecanismos de recuperação e prevenção da saúde, aí se incluindo procedimentos cirúrgicos, medicamentos, exames, vacinas, etc. Também devem ser observadas as condições peculiares de cada indivíduo, de

modo que o rol protetivo incluía ainda outras terapias especiais (fisioterapia, terapia ocupacional), o atendimento domiciliar, o transporte do paciente ao local do atendimento e ao fornecimento de insumos indispensáveis ao tratamento. (MAPPELI JÚNIOR,2012, p.25)

Sendo assim, esclarece o doutrinador Fernando Aith estudioso sobre esse tema:

Assim, sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado, fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos. (MAPPELI JÚNIOR, 2012, p. 25 apud AITH, Fernando. Curso de direito Sanitário, p.357)

Portanto, o dever do Estado é muito amplo e abrange todas as esferas interligadas ao próprio conceito de saúde. Concluindo que as questões orçamentárias e de discricionariedade administrativa não podem servir de “desculpas” para a justificação da ausência de atendimento integral.

Em seguida, o princípio relatado é o da “igualdade”, que prevê o atendimento igualitário dos destinatários dos serviços e ações da saúde. Quer dizer que deve o Estado evitar tratamentos que haja discriminações de qualquer natureza, sem que haja privilégios ou preferências de origem subjetiva para aqueles que necessitem do atendimento.

A “gratuidade” é o próximo princípio, sendo ela um princípio essencial do SUS e quer dizer que as ações e serviços voltados à área de saúde não podem ter alguma forma de pagamento ou prestação pecuniária por parte do usuário. A gratuidade deriva do reconhecimento da saúde como um direito fundamental dos cidadãos brasileiros, de modo que a utilização deste direito não pode ser limitado ou impedido pela impossibilidade financeira de quem necessita dos serviços.

Sendo assim, a gratuidade dos serviços prestados alcança a mudança do sistema de saúde da atual Constituição, onde anteriormente apenas parte parcial da população poderia usufruir destes serviços, ou seja, em lei passada apenas aqueles que contribuía para a previdência social tinham este direito.

O princípio da “Descentralização” é expressamente previsto no artigo 198, inciso I, da Constituição Federal, sendo um dos princípios informadores do SUS de maior importância.

A fixação da descentralização como diretriz do SUS decorreu da constatação de que, em um país[...] como o Brasil, a universalidade de acesso somente seria alcançada se a execução das ações e serviços de saúde fossem consumada pelos órgãos locais, próximos da população e conhecedores das necessidades e dificuldades específicas de cada região. (JÚNIOR, 2012, p.28)

Significando a descentralização, portanto que, as ações e serviços de saúde devem ser passadas á responsabilidade dos municípios, permanecendo os poderes públicos estadual e federal como corresponsáveis.

Outro principio fundamental do SUS (Sistema Único de Saúde), previsto na CF, art.198, inciso III, é a “participação social” da comunidade, a constituição assim determina:

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

(...)

III – participação da comunidade

Mas para tanto, é preciso saber quem está apto para exercer este principio da participação da comunidade na saúde, porém a Constituição não deixa claro. Elaboramos então a ideia do autor e estudioso no assunto, José Felipe Ledur:

Embora a norma Constitucional não esclareça quem são os legitimados ao exercício do direito fundamental de participação na saúde, a interpretação sistemática, mediante comparação do inciso III do art.198 com o inciso II do art. 204 da Constituição, mostra que a participação pode ser exercida por meio de organizações comunitárias representativas, seja de profissionais e prestadores de serviços que atuam no ramo da saúde. Seja especialmente, dos usuários. (LEDUR, 2009, p.197)

Significa que a comunidade, por meio de conferências de Saúde e Conselhos de Saúde, deve participar da gestão do sistema, da formação de políticas públicas, do planejamento, da execução das ações de saúde e também da fiscalização, de acordo com a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

E por fim, o princípio da “Informação”, que representa o direito de todas as pessoas sob o atendimento de terem o conhecimento vasto e sem limites, seja ele diretamente ou por seus familiares, sobre o seu real estado de saúde, sobre os meios terapêuticos existentes e de possíveis implicações do tratamento.

2.4 Eficácia dos Direitos Fundamentais à saúde

Estabelece o artigo 5º, em seu parágrafo 1º da CF de 1998 que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

Em questão, é valido fazer um breve, simples e passageiro comentário sobre a eficácia dos direitos fundamentais em um todo, pois contém um amplo estudo e assuntos de grandes pesquisas.

Em suma, as normas de direito fundamental possuem em geral caráter de aplicação imediata conforme cita o grande doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra baseada na eficácia dos direitos fundamentais:

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A previsão desta norma no título dos direitos fundamentais atribui-se à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte [...] (SARLET, 2011, p.261)

Neste rol de eficácia imediata são inclusos os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais:

Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal- parece inquestionável. (SARLET, 2011, p.262)

Sobre a eficácia, Karine da Silva Cordeiro aponta:

Ocorre que a forma com que cada direito fundamental é positivado tem a influência direta sobre a questão da eficácia jurídica da norma que o consagra. Quando maior a densidade normativa, maior será a força jurídica do direito. De acordo com a clássica divisão de planos dos atos jurídicos em geral (existência, validade e eficácia) a eficácia é o predicado que denota a capacidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos. (CORDEIRO, 2012, p.51)

2.5 Sistema Único de Saúde (SUS)

Conforme retrata os autores em conjunto, Vidal Serrano Nunes Júnior e Sueli Gandolfi Dallari a introdução da saúde no rol dos direitos sociais se deu por conta dos movimentos populares no momento da redemocratização política, no final dos anos oitenta do século XX.

Nesse rico período da historia política brasileira, houve o fenômeno, até então inédito, da expressiva participação popular na definição dos grandes objetivos constitucionais. Assim, especialmente os profissionais da saúde que haviam feito a opção de ingressar no serviço público para atender as pessoas mais desfavorecidas em um grande congresso da saúde publica ,começaram a fixar as bases de uma nova política de saúde. [...] Também o setor privado com interesse na área da saúde participou ativamente dos debates na Assembléia Constituinte, que terminou por definir a estrutura constitucional da política pública no país. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p.76)

As preocupações deste movimento eram de que o direito à saúde não ficasse limitado a atribuir ao Estado sua realização e tampouco dos meios necessários a tanto. Por isso, o constituinte junto com a previsão da saúde como um direito social (art.6º), fez com que disposições orientadas desse concretude. Também, demarcou a necessidade de envolvimento dos entes federados para a efetivação (art.23, II), definiu a abrangência das ações em saúde (art.198,II) e determinou a criação de um sistema único.

[...] a criação de um sistema único, ao qual foi atribuído o dever de dar efetividade ao direito à saúde. Assim, o Sistema Único de Saúde- SUS é, na verdade, o mecanismo institucional no qual o constituinte depositou o dever estatal de implementação do direito à saúde. (DALLARI e JÚNIOR, 2010, p.77)

Desarte, o art.198, caput, da Constituição prevê que “as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único...” com isso, a ideia deste sistema é que seja de forma constitucional à disposição de quaisquer meios de atuação na saúde, seja ele com ações, equipamentos, serviços etc, destinando uma atenção de modo geral à saúde e, assim, todos os recursos público (materiais ou humanos) em matéria de saúde integram um sistema único.

A União, Estados, Distrito Federal e Municípios não possuem a faculdade de escolha, pois a Constituição promoveu a integração automática de todos no SUS, de modo que esses não devem medir esforços para a realização de suas finalidades.

Vidal Serrano Nunes Júnior e Sueli Gandolfi Dallari exemplificando esta ideia:

[...] se um município se recusar a cumprir as diretrizes do sistema, escolhendo, por hipótese, ficar fora dele, o que ocorre, em rigor é uma clara violação da Constituição e de suas leis regulamentares. [...] O município poderia ser obrigado por medidas administrativas do gestor estadual do SUS ou mesmo por meio de uma ação civil pública, promovida pelo Ministério Público ou por uma associação legalmente constituída a se integrar ao sistema e cumprir suas diretrizes. (DALLARI e JÚNIOR, 2010, p.78)

É importante que assim seja, por que a obrigação de prestar é do conjunto dos entes da federação, de forma conjunta e unificada, de tal maneira que a ausência de esforços de um deles leva a danos a todo o sistema. Contudo, é legítimo que um cidadão, na falta de recursos adequados em sua cidade, recorra a cidade vizinha para utilizar dos serviços, como exemplo ocorre em cidades pequenas que não possuem recursos para todos os tipos de atenção.

Como ressalta a importância pelos autores (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010,p.80): “Esse traço cooperativo é dos mais relevantes, pois, sem ele, certamente a ideia de sistema cairia por terra”.

Os objetivos do SUS são identificados na própria Constituição, que no art.196 afirma que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que vissem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” e no art.198,II ao prever assistência integral como uma das diretrizes do SUS.

Além disso, a Lei 8080/90 Lei Orgânica da Saúde em seu art. 5º demarcou de maneira mais direta e clara tais objetivos, apontando as finalidades do Sistema Único de Saúde, sendo eles:

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

Diante disso concluem os autores que:

[...] os objetivos do sistema não ficam restritos a ações assistenciais e preventivas, mas avançam em direção à formulação de políticas de intervenção econômico social, bem como pesquisas de desenvolvimento. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p.81)

O SUS possui obrigações, ações, competências e serviços necessários para manter a preservação da saúde. Sendo que a saúde um bem jurídico protegido constitucionalmente. As obrigações estão distribuídas no art. 6º da Lei Orgânica da Saúde, como a execução de ações de vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica e muitas outras obrigações elencadas nesta lei.

Tratando-se do Sistema Único de Saúde, que tem uma diretriz de assistência integral, o maior objetivo dessa diretriz é de limitar o alcance do dever de cuidar que

possui este sistema. Com isto, a norma especifica com clareza que o dever do sistema é levar através de assistência integral, que envolve neste sentido todas as promoções, proteção e recuperação da saúde de todos os humanos. Essa diretriz é vista à luz do conceito de saúde, que se completa com a busca do estado completo do bem-estar físico, mental e social, incluindo no campo das ações de atenção à saúde, não apenas as atividades de prevenção epidemiológica que tem como exemplo as campanhas de vacinações, mas também o mais amplo atendimento (consultas, cirurgias, internações etc), a assistência farmacêutica com fornecimento dos medicamentos necessários e a prestação de serviços e a disposição de insumos necessários para a integração do indivíduo à vida social, para que ele possa sentir parte igualitária do restante da sociedade, sendo entregue quando preciso próteses, equipamentos externos para a ventilação pulmonar, etc)

Tudo isso se trata do entendimento dado ao art.7º, II da Lei 8080/90 (já citada no presente estudo), que prevê assistência integral como um grupo de ações e serviços públicos que proporcionem à coletividade cuidados e atenção eficaz, suficiente e adequada em qualquer nível de estágio do sistema. Valendo-se relembrar assim, dos princípios dados e vindos da Lei maior, a qual o direito à saúde deve sempre ficar perto, como não nos deixa esquecer os autores:

É de se ressaltar [...] que a diretriz examinada nada mais faz do que dar ressonância a vários princípios constitucionais, como os da dignidade humana, da igualdade e do acesso universal. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p.92)

Porém, um dos desafios trazidos nesse tema é de como se poderia falar em saúde como direito fundamental se em um caso concreto o Estado poderia se recusar em atender um indivíduo por culpa dos elevados custos que isto envolveria? Isso foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em nome do Ministro Celso de Mello que, “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como um direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo- uma vez configurado esse dilema- que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida...”.

Querendo dizer que nada mais importante do que privilegiar a vida em detrimento de interesses orçamentários da administração, que é o chamado interesse público secundário.

Em outro ver tem-se a problemática da economia da saúde, onde os órgãos responsáveis podem e devem criar padrões de atendimento, com o objetivo não só de economizar recursos como também o aperfeiçoamento das modalidades que dão atenção à saúde, porém é impossível que dados esses processos de padronização, o Poder Público venha de alguma maneira, delimitar os direitos que já estão enraizados na Constituição, em especial o da saúde. Limitando o Poder Público esse direito, estaria burlando as premissas essenciais do Estado de Direito, pois não se pode conceder ao administrador público a vontade de anular ou descartar um preceito constitucional, o qual cuida além de tudo dos direitos fundamentais que são o direito à vida e especificamente o direito à saúde.

Se os direitos fundamentais não fossem respeitados cairiam por terra algumas premissas básicas e essenciais do nosso sistema jurídico que traz os autores como exemplos:

[...] Dentre outras: a) no Estado de Direito qualquer agente ou processo público esta sob a lei e não sobre ela; b) em uma ordem jurídica encimada por uma Constituição rígida todos os demais atos e normas devem estar consonantes a ela; c) os atos e procedimentos administrativos constituem comandos de concretização das leis, apresentando em relação a estas, portanto, dever de compatibilidade. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p.93)

De acordo com o entendimento da autora Mônica de Almeida Magalhães Serrano:

[...] o artigo 199 da CF dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que poderá atuar de forma suplementar ao SUS, mediante contrato de direito público ou convênio, com preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (SERRANO,2009,p.65)

Fazendo parâmetro a mesma matéria, Reynaldo Mapelli Júnior dispõe que conforme o art. 198, caput, da CF, “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um único sistema (...)”, determinando que todas as ações e serviços de saúde integrasse um único sistema, sendo este o SUS que englobasse uma rede regionalizada e hierarquizada, com foco ao adequado atendimento da população.

Fazendo assim, com que Reynaldo Mapelli Júnior chegasse a uma conclusão:

A primeira e mais óbvia conclusão que se extrai da análise do aludido preceito constitucional é a de que todas as esferas da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – participam do sistema único e por isso, são solidariamente responsáveis pela prestação de todos os serviços e ações inerentes à promoção, proteção e recuperação da saúde, na esteira do disposto no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal. (MAPPELLI JÚNIOR, 2012, p.22)

O art. 198, caput, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu as diretrizes do Sistema Único de Saúde, que consta:

I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III- participação da comunidade.

A descentralização refere-se à necessidade de não se fixar a responsabilidade político-administrativa em órgão único e central, dando espaço aos municípios a prestar e direcionar os serviços de saúde.

Segundo Mapelli (2012, p.23) foi estabelecido como diretriz constitucional do SUS, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais.

Portanto, de acordo com essa diretriz o Sistema Único de Saúde deve suportar a integralidade do atendimento da população, não apenas a prestação dos serviços, mas também a disponibilização de remédios e insumos essenciais na prevenção e manutenção da saúde. Sem esquecer que se deve priorizar as ações preventivas que evite a necessidade de atendimento médico do cidadão, significando na redução de custo do sistema de saúde.

Sendo de vital importância destacar que as atribuições do Sistema Único de Saúde não se esgotam apenas nas prestações de serviços relacionados à assistência direta à saúde e cura de patologias, como destaca em sua obra o autor Reynaldo Mapelli Júnior, uma lista de 08 (oito) diretrizes seguidas pelo SUS:

O artigo 200 da Constituição Federal preceitua que ao Sistema Único de Saúde também compete : 1) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; 2) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; 3) ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde; 4) participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico; 5) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; 6) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano, 7) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos e 8) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (MAPPELLI JÚNIOR, 2012, p.23/24)

2.5.1 Previsão normativa do SUS

Como já mencionada em tópico acima deste trabalho, mas restringida para que melhor se possa mencionar agora, a previsão normativa do SUS, trata-se da Lei Orgânica da Saúde, nº 8080, de 19 de setembro de 1990.

Esta lei foi aprovada pelo Presidente da República, para que dê competência à União para a elaboração de normas gerais sobre a proteção e defesa da saúde (art.24, XII, parágrafo único) e para a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde (art.197) e para que esta Lei organize um sistema único de saúde, descentralizado, com atendimento integral e com a participação da comunidade, financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e demais fontes.

Porém, esta Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, foi sancionada com muitos artigos vetados, estes vetos se referiam ao dispositivo que disciplinavam a participação da comunidade na gestão do sistema único de saúde e das transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Sofreu, portanto, a partir disto, o Congresso Nacional e o Poder Executivo muita pressão de movimentos populares da saúde que resultou na promulgação da Lei nº 8.142 em 28 de dezembro de 1990, para que esta nova lei discipline as matérias que haviam sido retiradas pelos vetos da Lei anterior nº 8080.

Assim, o Brasil possui então 02 (duas) legislações de organização do sistema sanitário, pois a Lei Orgânica da Saúde, na verdade são duas: a Lei nº 8080 e a da Lei nº 8.142, ambas de 1990.

A Lei Orgânica da Saúde (LOS) tem o propósito de regular (Lei nº 8.080, art. 1º):“ em todo território nacional, as ações e serviços de saúde executados, isolada ou conjuntamente em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”.

A LOS, para título de exemplo, considera as diretrizes constitucionais para a organização do SUS, a necessidade do envolvimento, em nível executivo, das ações da saúde, meio ambiente e saneamento básico (Lei nº 8.080, art. 7º, X). Com isso a União,

os Estados, o Distrito Federal e os municípios devem em sua administração definir as instâncias e os mecanismos para o controle, a avaliação e a fiscalização das ações e serviços de saúde, no mais também, acompanhar, avaliar e divulgar o nível da saúde da população e das condições do meio ambiente, organizando um sistema que de informações sobre a saúde, além de estabelecer padrões de qualidade para a melhoria da saúde do trabalhador, como também criar técnicas científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Segundo os autores Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior o sistema de saúde brasileiro não possui hierarquia jurídica, mas uma hierarquia nos serviços que são prestados:

Constitucionalmente, o sistema de saúde brasileiro não é juridicamente hierarquizado no que concerne à competência das diversas esferas do governo, mas o é enquanto sua organização prevê uma rede hierarquizada no que respeita à complexidade dos serviços postos a disposição da população. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 112)

Outra característica da LOS é que ela estabelece que os recursos financeiros do SUS, sejam depositados em conta especial, para cada setor, e movimentados sob fiscalização do Fundo Nacional de Saúde (Lei nº 8.080, art.33) e que os recursos do Fundo Nacional de Saúde, sejam usados, até mesmo como cobertura das ações e serviços de saúde que podem ser implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal. (Lei nº 8.142, art. 2º, IV).

Desta maneira, os recursos devem ser repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com alguns critérios que são dados na obra de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior sendo eles:

[...] perfil demográfico da região, perfil epidemiológico da população a ser coberta, características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área, desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior, níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais, previsão do plano quinquenal de investimentos na rede, ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 114)

Assim, metade dos recursos destinados a Estados e Municípios deverão ser distribuídos segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independente de qualquer outro tipo de procedimento, segundo as Leis nº 8.142, art. 3º c/c Lei nº 8.080, art. 35.

2.6 Falhas do sistema do SUS – O tratamento de algumas doenças não pode esperar

Atualmente, mais exatamente nos anos de 2015 e 2016, a busca pelo judiciário para a entrega de medicamentos foi muito mostrada pela mídia e discutida em vários âmbitos, notadamente o científico e o jurídico. O que surgiu foi uma grande demanda na busca do judiciário através da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada para fornecimento de medicamento para obter um suposto remédio “fosfoetanolamina sintética”. que curaria o câncer ou que pelo menos diminuiria os males da terrível doença.

A luta contra o tempo das pessoas com câncer em busca deste remédio abarrotou o Judiciário e fez com que vários juízes de diferentes comarcas tomassem decisões em prevalência do direito à vida, do direito à saúde e da dignidade humana ou barrassem a entrega do remédio por ele não estar autorizado e registrado pela ANVISA.

Por não estar registrado pela ANVISA a “fosfoetanolamina sintética” não poderia ser comercializada, nem produzida por laboratórios, nem ser entregue aos pacientes com neoplasia maligna. Seria assim uma suposta chance da cura do câncer barrada pela burocracia da autorização de medicamentos da ANVISA?

Resumidamente, a fosfoetanolamina sintética teve seus estudos iniciados no começo dos anos 90 pelo professor Gilberto Orivaldo Chierice, no Instituto de Química de São Carlos – USP (onde era entregue o medicamento para os pacientes que buscavam e acreditavam ser este a última esperança de cura da doença), e o mesmo descreve a ação da substância como uma espécie de marcador, sinalizando para o corpo sobre a célula cancerosa, deixando as mesmas mais visíveis para que o sistema imunológico a possa combater.

Porém, a fosfoetanolamina sintética ainda é uma substância experimental, e apesar de muitos usuários e familiares descreverem melhora significativa no combate à doença utilizando o medicamento, o mesmo não possui registro na ANVISA, e assim, conseqüentemente, não pode ser distribuído livremente para a população, pois no Brasil é necessário a autorização da ANVISA para o comércio e fabricação de medicamentos, só autorizando serem prestados após uma série de testes que demonstrem sua eficácia.

Muitos pensam em como é inaceitável a entrega de medicamentos sem o registro da ANVISA, mas deve-se pensar também na situação que o indivíduo se encontra, principalmente no caso do câncer, que é uma doença devastadora e muito grave, estas pessoas devem ter os seus direitos fundamentais garantidos, como o direito à vida, o direito à saúde, ou pelo menos a busca da saúde, mesmo que não se tenha certeza da cura, a chance de simplesmente se ter uma oportunidade de cura, em muitos casos já vale a pena.

O que aconteceu em seguida foi que a lei que permitia a produção e distribuição da “pílula do câncer” foi suspensa. Por seis votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu suspender a eficácia da Lei Federal 13.269/2016, que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Os

ministros acataram medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501.

A fosfoetanolamina foi liberada para uso no Brasil em abril, após a sanção da lei que autorizava pacientes com câncer a usarem a substância antes de seu registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O texto exige que o paciente apresentasse laudo médico comprovando o diagnóstico de câncer e assinasse termo de consentimento e responsabilidade.

Assim, o site do Instituto de Química de São Carlos publicou uma nota de esclarecimentos para a sociedade:

Considerando a repercussão de notícias vinculadas na imprensa sobre a distribuição de fosfoetanolamina para fins medicamentosos no tratamento de câncer pelo Instituto de Química de São Carlos (IQSC) da Universidade de São Paulo (USP), vimos a público apresentar os seguintes esclarecimentos: A substância fosfoetanolamina foi estudada de forma independente pelo Prof. Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, outrora ligado ao Grupo de Química Analítica e Tecnologia de Polímeros e já aposentado. Esses estudos independentes envolveram a metodologia de síntese da substância e contaram com a participação de outras pessoas, inclusive pessoas que não têm vínculo com a Universidade de São Paulo. Chegou ao conhecimento do IQSC que algumas pessoas tiveram acesso à fosfoetanolamina produzida pelo citado docente (e por ele doada, em ato oriundo de decisão pessoal) e a utilizaram para fins medicamentosos. Em vista da necessidade de se observar o que dispõe a legislação federal (lei nº 6.360, de 23/09/1976 e regulamentações) sobre drogas com a finalidade medicamentosa ou sanitária, medicamentos, insumos farmacêuticos e seus correlatos, foi editada em junho de 2014 a Portaria IQSC 1389/2014, que determina que tais tipos de substâncias só poderão ser produzidas e distribuídas pelos pesquisadores do IQSC mediante a prévia apresentação das devidas licenças e registros expedidos pelos órgãos competentes determinados na legislação (Ministério da Saúde e ANVISA). A Portaria IQSC 1389/2014 não trata especificamente da fosfoetanolamina, mas sim de todas e quaisquer substâncias de caráter medicamentoso produzidas no IQSC. Essa Portaria apenas enfatiza a necessidade de cumprimento da legislação federal e não estabelece exigências ou condições adicionais àquelas já determinadas na lei. Desde a edição da citada Portaria, o Grupo de Química Analítica e Tecnologia de Polímeros não apresentou as licenças e registros que permitam a produção da fosfoetanolamina para fins medicamentosos. Sendo assim, a distribuição dessa substância fere a legislação federal. A Universidade de São Paulo, ademais, não possui o acesso aos elementos técnico-científicos necessários para a produção da substância, cujo conhecimento é restrito ao docente aposentado e à sua equipe e é protegido por patentes (PI 0800463-3 e PI 0800460-9). Cabe ressaltar que o IQSC não dispõe de dados sobre a eficácia da fosfoetanolamina no tratamento dos diferentes tipos de câncer em seres humanos – até porque não temos conhecimento da existência de controle clínico das pessoas que consumiram a substância – e não dispõe de médico para orientar e prescrever a utilização da referida substância. Em caráter excepcional, o IQSC está produzindo e fornecendo a fosfoetanolamina em atendimento a demandas judiciais individuais. Ainda que a entrega seja realizada por demanda judicial, ela não é acompanhada de bula ou informações sobre eventuais contra-indicações e efeitos colaterais. Destaca-se também que a Portaria IQSC 1389/2014 não proíbe a realização de pesquisas em laboratório com a fosfoetanolamina ou com qualquer outra substância com potencial propriedade medicamentosa, sendo que quando as pesquisas envolverem estudos em animais ou seres humanos deve ser observada a respectiva legislação federal, como a Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. O Instituto de Química de São Carlos lamenta quaisquer

inconvenientes causados às pessoas que pretendiam fazer uso da fosfoetanolamina com finalidade medicamentosa. Porém o IQSC não pode se abster do cumprimento da legislação brasileira e de cuidar para que os frutos das pesquisas aqui realizadas cheguem à sociedade na forma de produtos comprovadamente seguros e eficazes. (Esclarecimentos..., 201?)

O que está em debate é que a Lei 8080/90, que regula o Sistema Único de Saúde – SUS, (que será explanada em seguida) garante que o cidadão tem o direito à universalidade de acesso aos serviços de saúde, em todos os níveis de assistência, bem como à integralidade de assistência, o que pode ser entendido como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços, em todos os níveis de complexidade do sistema, e também à preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física, mas que por outro lado a prestação da saúde pelo Estado aos cidadãos depende também de muitas outras características seja elas burocráticas, laboratoriais, científicas, financeiras etc, não sendo analisada muitas vezes com um dos princípios básicos da Constituição Federal Brasileira, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Travando um debate sem fim entre a vida e a economia do Estado.

3º Capítulo: A Judicialização do direito fundamental à saúde: problema ou solução?

3.1 Judicialização: conceito e evolução

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, reconhecido neste tema o conceito de Judicialização se firma em:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. 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.[...] (BARROSO,2016)

Para Barroso, a evolução do “fenômeno” da Judicialização se deu primeiramente na formação da Constituição de 1988, quando o judiciário ganha força para que deixe de ser um departamento apenas técnico se tornando um poder de peso político, possuindo a capacidade de consagrar e fazer valer a Constituição Brasileira e chegando até mesmo a se confrontar com os outros Poderes. A redemocratização aflorou nos cidadãos a busca de seus direitos fundamentais e de proteção para tais direitos diante do Poder Judiciário, fazendo com que a procura pela justiça aumentasse cada vez mais fazendo crescer notavelmente o órgão jurídico.

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. (BARROSO, 2016)

O próximo ponto a ser destacado por Barroso para a evolução da Judicialização Brasileira é que a Constituição de 1998 se torna abrangente interiorizando no texto constitucional matérias antes relegadas à legislação ordinária.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2016)

E por fim, seguindo ainda a evolução destaca por Luís Roberto Barroso, o terceiro e último ponto é que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais amplos do mundo e híbrido, possibilitando que quase qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser alçada ao Supremo Tribunal Federal. Deixando que qualquer matéria ou direito fundamental ferido possa chegar e ser discutida pelo STF.

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo⁴. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. (BARROSO, 2016)

Sendo assim, a judicialização decorre do modelo constitucional adotado, de modo que o Judiciário decide o que lhe cabe fazer, conhecendo uma pretensão objetiva ou subjetiva deduzida de uma norma constitucional.

Contendo, obviamente como tudo na seara jurídica, inúmeras críticas a respeito da Judicialização, por se “intrometer” direta e indiretamente em outros Poderes, ultrapassando muitas vezes os limites orçamentários dos Estados com o intuito de concretizar com eficácia ditames constitucionais cria despesas que serão custeadas pelo Executivo.

Porém, com a judicialização é dado ao Poder Jurídico, mais especificamente aos Juízes, a chance de resolver inúmeros descasos que atingem a dignidade humana, direitos fundamentais à vida e à saúde, mesmo que para isto é preciso ultrapassar outros Poderes, dar gastos financeiros ao Estado e comprometer toda a organização Estatal. A judicialização dá força ao Judiciário para que este faça o papel que deveria ser feito por outros órgãos e com isso haja um Estado Democrático de Direito comprometido com a concretização dos direitos fundamentais sociais, como por exemplo a entrega de um remédio via judicial através de uma obrigação de fazer, nada mais é que a concretização da dignidade pessoa humana a luz do direito à saúde e muitas vezes à vida desde que haja bens jurídicos em conflito.

Por fim, como relata Lênio Streck, “o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição.” (STRECK, 2006, p. 289)

E para Luís Roberto Barroso:

[...] de modo que enquanto houver direitos fundamentais pendentes de concretização o intervencionismo far-se-á necessário. Considera-se, entretanto, que decisões ativistas não devem ser habituais, e sim pontuais – em momentos históricos ou casos determinados que assim exigem, tendo em vista que uma democracia sólida pressupõe atividade política intensa e saudável, bem como um Congresso dotado de credibilidade. (BARROSO, 2016)

Ainda sobre a judicialização, novamente citando Luís Roberto Barroso que conceitua:

A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. (BARROSO, 2016)

Faz-se agora um paralelo entre a judicialização descrita por Luís Roberto Barroso e o que a autora Clarissa Tassinari escreve em sua obra sobre este tema, sendo que Clarissa Tassinari muitas vezes em seu texto cita e utiliza as ideias de Luís Roberto Barroso.

Clarissa Tassinari, assim como Luís Roberto Barroso, alega que o fenômeno da judicialização começou em 1988 com a promulgação da atual Constituição:

Ao longo dos tempos, o Poder Judiciário vem passando por transformações no perfil de sua atuação. Nesse sentido, a promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de uma radical modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Em resumo, é possível afirmar que a partir disso, duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização política. (TASSINARI, 2013, p.27)

Deste modo, este fenômeno aparece como característica ou “um fato”, por conta das transformações sofridas no direito brasileiro com nascimento da Constituição de 1988.

E ressalta novamente a autora:

[...] não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização da política como produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. (TASSINARI, 2013, p. 31)

Feito isso, Clarissa Tassinari traz três elementos que interpretem a Judicialização, segundo ela: “A resposta para a pergunta do que seja a judicialização da política passa, de início pela percepção que se está a tratar da interpretação de pelo menos três elementos: Direito, Política e Judiciário.” (TASSINARI, 2013, p.28)

A autora cita aqui (e também em muitas outras vezes) Luís Roberto Barroso para considerar os fatores que levaram a judicialização:

Para o autor, a judicialização da política, no Brasil é forjada por um contexto marcado por três elementos: redemocratização, constitucionalismo abrangente e incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade (que mistura as modalidades difusas e concretas). (TASSINARI, 2013, p.30)

Nesse sentido, Clarissa Tassinari, cita a autora Vanice Regina Lírio do Valle que também traz outros fatores que contribuíram para a judicialização como:

[...] sobre o tema judicialização, Vanice Regina Lírio do Valle acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influencias dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive brasileiro. Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a judicialização, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais Poderes do Estado. (TASSINARI, 2013, p.32)

Desta maneira, deixa configurado que o Judiciário passa a exercer uma função determinante e importante na definição de certo padrões a serem respeitados e no papel de fazer com que os direitos fundamentais sejam aplicados.

Em tempos atuais, ainda não se sabe se a judicialização é um problema ou uma solução, mas Clarissa Tassinari faz estudo sobre a judicialização na contemporaneidade, que é marcada por uma grande e intensa atividade jurisdicional.

As transformações ocorridas no direito após a II Guerra Mundial ocasionaram um avanço significativo, pois produziram um incremento na dogmática constitucional com a positivação de novos direitos, mas também simbolizaram um novo modo de compreender a concretização destas garantias. Com isso, o fenômeno da judicialização da política aparece, especialmente no cenário jurídico brasileiro, como um problema a ser enfrentado. (TASSINARI, 2013, p.37)

Como já foi descrito, o que mais levou a modificar o constitucionalismo no mundo foram os primeiros textos constitucionais do primeiro pós-guerra e do segundo, que principalmente incluíram direitos sociais e determinaram objetivos ao Estado que fizeram aumentar a demanda no judiciário.

Com tudo isso, muitas mudanças significativas surgiram, uma delas foi que se estendeu o catálogo de direitos aos cidadãos e a outra que se cobra o dever de realizar de modo imediato este programa constitucional.

Essas mudanças já seriam suficientes para apresentar uma maior procura do Judiciário, porém não são apenas estas, também são motivos para a grande densidade na demanda jurídica a concretização dos direitos previstos mas não cumpridos pelos demais Poderes e a transformação no contexto social.

[...] o fenômeno de judicialização não ocorreu exclusivamente porque, com a promulgação de novos textos, há maiores possibilidades jurídicas de exigências judiciais; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que assumiu a esfera social (TASSINARI, 2013, p.45)

O que pode ser observado é que ao passar dos anos foram acontecendo cada vez mais transformações no âmbito social, com a globalização, transnacionalização, novos direitos, e outros, foram construídas novos modelos de sociedade, que agora se chama segunda a autora Clarrisa Tassinari, em sua obra, “sociedade complexa”.

Todo esse contexto histórico que levou ao surgimento do projeto de constitucionalização do direito (o pós-guerra) e as outras transformações na sociedade, ampliaram o acesso à justiça, onde todos juntos levam a compreender o fenômeno da judicialização na contemporaneidade.

O que se nota é que há dois lados da judicialização, onde todas as expectativas sociais são depositadas no Judiciário, fazendo uma construção imaginária que a credibilidade para decidir as questões essenciais da sociedade é depositada apenas no Poder Judiciário, segundo a autora Clarissa Tassinari (2013, p.49 e 50), um dos lados pode-se considerar de forma positiva: “simbolizando um predomínio das instancias jurisdicionais”, mas por outro lado há o negativo: “caracterizando uma fragilização em

outros âmbitos do poder estatal, acontecimento que melhor se traduz na sensação da existência de uma crise em certas instituições”.

No Brasil, assim como nos outros países da América Latina houve um contexto de ruptura com os regimes ditatoriais, sendo possível afirmar que as razões para a ascensão do Judiciário são consagradas em dois pilares: na configuração de um ambiente de tensão com os demais Poderes do Estado e na crise da democracia:

O primeiro ponto diz respeito ao descompasso pelo qual passa a esfera estatal, que como afirma Bolzan de Moraes, tenta julgar “uma política de inclusão (democracia social) e uma economia de exclusão (capitalismo). (TASSINARI, 2013, p.52)

Isso resulta em uma sensação de desconforto que aumenta à condição de insatisfação popular, causada pela ausência do cumprimento (especialmente do Executivo) das promessas que estão inseridas no texto constitucional, que gera o apelo à jurisdição.

A judicialização da saúde tem sido um assunto muito discutido nos últimos meses e debatido por muitos juristas e acadêmicos, o que levou o STF a reabrir o julgamento do tema da concessão de medicamentos de alto custo e de tecnologias não registradas pela ANVISA.

Sobre isso é importante demonstrar quatro súmulas publicadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) que possui sede em Porto Alegre sobre a judicialização da saúde:

SÚMULA 98: Ressalvadas as hipóteses excepcionais, o registro na ANVISA constitui condição necessária ao fornecimento de medicamentos por decisão judicial.

SÚMULA 99: A dispensação de medicamento oncológico, judicialmente determinada, far-se-á exclusivamente por estabelecimentos de saúde credenciados junto à Rede de Atenção Oncológica – CACON ou UNACON.

SÚMULA 100: Nas ações em que se busca o deferimento judicial de prestações de saúde sujeitas à ordem de espera, somente se deferirá o pedido caso haja demonstração de que a urgência do caso impõe a respectiva realização antes do prazo apontado pelo Poder Público, administrativamente ou nos autos, para entrega administrativa da prestação.

SÚMULA 101: Para o deferimento judicial de prestações de saúde não inseridas em um protocolo pré-estabelecido, não basta a prescrição do médico assistente, fazendo-se necessária a produção de provas atestando a adequação e a necessidade do pedido.

Ao que parece, as novas súmulas afunilaram a concretização do direito à saúde, burocratizando ainda mais o sistema de entrega de remédios e problematizando o que já não era simples em ser conseguido.

3.2 Reserva do possível x mínimo existencial

Para compreensão da reserva do possível é necessário entendê-la como um limite, esgotamento ou escassez de recursos para a satisfação dos direitos fundamentais, ou seja, como bem explica a autora Ana Carolina Lopes Olsen em sua obra:

[...] a reserva do possível costuma ser invocada em relação à dimensão do custo dos direitos, ou seja, a existência de recursos econômicos capazes de tornar as prestações previstas nas normas de direito fundamental, efetivamente factíveis. (OLSEN, 2010,p.190)

Porém não é tão simples falar sobre a escassez econômica que dificulta a prestação de tais direitos, por que não se trata de uma taxatividade e sim de uma faculdade sobre os direitos que serão ou não indeferidos pela reserva do possível, dependendo da vontade do Poder Executivo. Assim, desenvolve a autora:

Não se pode afirmar que o direito fundamental já nasce com a limitação da reserva do possível de modo que, por exemplo, fornecer remédios para o tratamento da gripe é possível, enquanto fornecer remédios para o tratamento da hepatite “B” não é possível. A escassez dos recursos econômicos destinados à realização destes direitos não é natural, essencial, mas artificial, fruto da escolha realizada pelos poderes públicos. A prova desta artificialidade está no fato de que quando decisões judiciais determinam o fornecimento de tal medicamento, o Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentária capaz de suprir esta necessidade.(OLSEN, 2010, p.192)

Contudo, não se pode simplesmente alegar a escassez e se aplicar a reserva do possível a bel prazer, é necessário uma fundamentação e a ponderação, sendo assim necessário estes dois elementos para que se aplique a reserva do possível como limite da efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como explica a autora Ana Carolina Lopes Olsen:

[...] a ponderação, tendo por ferramenta principal a proporcionalidade, e a obrigação de fundamentação pelo Executivo e pelo Legislativo do destino conferido aos recursos materiais, e pelo Judiciário nas decisões em que determina o cumprimento de certas prestações materiais. (OLSEN, 2010, p.196)

Por outro lado, não se deve esquecer que a eficácia e a proteção dos direitos fundamentais é um dos principais objetivos do Estado brasileiro, que é dado pelo art. 3º da Constituição Federal. Os direitos fundamentais são colocados à disposição do Estado e da sociedade para que haja uma sociedade livre, justa e solidária, para a erradicação da pobreza e da marginalização, para haver o bem de todos.

A maioria dos estudiosos dessa matéria, concorda que a reserva do possível é “a existência de limites presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do direito”, porém não se chega ao mesmo consenso se seria a reserva do possível um princípio (teria natureza normativa) ou se seria um condição de realidade, um elemento extrajurídico, mas que exerce sua influência nas aplicações das normas. Pois assim, para alguns, a reserva do possível é um limite dos direitos fundamentais e para outros ela configura um limite externo, como bem diz a autora em questão:

[...] a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes, sendo que alguns autores tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao trata-la como condição de realidade. (OLSEN, 2010, p.200)

Para a autora o que mais se enquadra na reserva do possível é a característica de que é uma condição de realidade:

[...] parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais. (OLSEN, 2010, p.200)

Ou seja, a reserva do possível segundo a autora corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do direito.

Um dos fatores mais importantes sobre a discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais se encontra na existência dos recursos materiais, o que envolve dois aspectos: a disponibilidade fática do meio necessário para a realização do direito e a disponibilidade jurídica deste meio, ou seja, não basta a existência dos recursos, o Estado deve ter a capacidade jurídica para dispor deles.

A autora Ana Carolina Lopes Olsen exemplifica:

[...] no caso do direito à saúde, por exemplo, só se é possível pleitear do Estado um determinado bem jurídico se ele estiver disponível naquele momento (não se pode pleitear um transplante de fígado sem que o órgão em questão esteja disponível), bem como se a concessão deste bem for juridicamente possível (o Estado não poderá ser condenado a tirar a vida de um cidadão para disponibilizar o fígado necessário para o transplante).

Dentre destes parâmetros pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais encontram-se sob a reserva do possível. (OLSEN, 2010, p.205)

Como já dito anteriormente, a reserva do possível é uma condição de realidade que impõe a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Por isso não se vale apenas dizer que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só serão efetivados se houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar essas prestações pleiteadas. Tornando assim uma questão dificultosa.

A Constituição Federal determina certos direitos como direitos fundamentais, e estabelece atribuição de recursos para sua realização, admitindo o argumento da reserva do possível como exceção e nunca como regra. Sendo assim, os direitos existem independentemente dos recursos disponíveis. Sua existência já determina a aplicação de recursos necessários à sua realização. Como bem diz a autora Ana Carolina Lopes Olsen:

Ainda que não se possa perder a dimensão da realidade, é válido ter em consideração que os direitos fundamentais sociais primeiramente existem, foram reconhecidos como tais, e por essa razão devem ser concretizados, de modo que impõe a alocação dos recursos necessários a esta concretização. (OLSEN, 2010, p.212)

Por isso, a reserva do possível recai sobre os direitos fundamentais prestacionais como um elemento externo, que tem o poder de reduzir, ou até eliminar o acesso dos titulares de um direito fundamental social ao bem juridicamente resguardado (educação, saúde, previdência, moradia), diminuindo a obrigação do Estado, de modo a afetar danosamente o conteúdo do direito fundamental.

Voltando, assim, a afirmar que ao definir que um dado direito fundamental não poderá ser judicialmente exigível do Estado por conta da reserva do possível, será essencial observar se a alegada escassez de recursos se dá pela proporcionalidade. Sendo preciso investigar por qual motivo não há recursos e controlar sua constitucionalidade.

Afirmando, assim, a autora Ana Carolina Lopes Olsen:

[...] é possível afirmar que a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão de razoabilidade. [...] Assim, a reserva do possível de um lado relaciona com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e da

sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional. (OLSEN, 2010, p.2013)

Em contrapartida, da reserva do possível há o mínimo existencial, que seria segundo a autora Ana Carolina Lopes Olsen:

A ideia segundo a qual todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que lhe seja reconhecida uma sobrevivência digna. (OLSEN, 2010, p.311)

Segundo a mesma autora citada:

Os direitos fundamentais sociais decorrem da busca do atendimento das necessidades humanas, eles correspondem a imperativos da dignidade, e deveriam ser satisfeitos independentemente da provisão do mercado.(OLSEN, 2010, p.311)

Ainda como uma tentativa de conceito do mínimo existencial pela Autora Ana Carolina Olsen:

Assim, o mínimo existencial corresponderia a um elemento constitucional essencial pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo. (OLSEN, 2010, p.314)

Ao mesmo tempo que o mínimo existencial existe para assegurar e fazer valer os direitos fundamentais básicos para uma vida humana digna, onde se busca o mínimo para se viver (como a saúde, a educação, a moradia) muitas vezes ele é bloqueado pelos Poderes em face da reserva do possível. Porém a reserva do possível é por muitas vezes usada de maneira indevida e falsa para que o Poder Executivo se afaste da obrigação de dar aos cidadãos o mínimo que merecem e tem direito, desviando o financeiro para outras áreas e deixando de cumprir os direitos fundamentais ditados pela Constituição. Nessa ideia descreve a autora Ana Carolina Olsen:

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais também pode ser comprometida pela aplicação da reserva do possível, que enquanto condição de realidade a impor a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou por ser ideologicamente manipulada, a ponto de legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação dos recursos econômicos. (OLSEN, 2010, p.313)

O mínimo existencial está assegurado na Constituição Federal de 1998, através do rol dos direitos fundamentais, que dá ao homem os direitos básicos de se manterem dignos e dá a oportunidade de busca por esses direitos que lhe são assegurados, como comenta claramente a autora Ana Carolina Olsen:

A noção do mínimo existencial esta relacionada com a nova dogmática do direito constitucional, cujo foco está voltado para a “pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico”. Nestes termos como já observados, os direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 se

relacionam com a realização do ser humano, reconhecendo, na sua esfera jurídica subjetiva, direitos correspondentes às suas necessidades básicas, como a saúde, moradia, renda mínima, bem como direitos relacionados à dignidade social, como a educação, os direitos de natureza trabalhista, dentre outros. Todos estes direitos, em maior ou menor grau, relacionam-se com a dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe uma materialidade concreta e específica. (OLSEN, 2010, p.318)

Rogério Gesta Leal em seu livro, afirma que a saúde é um dever do Estado (por todas as dimensões federativas, ou seja, União Federal, Estados-Membros, Municípios etc) e um direito de todos, e que deve ser garantida mediante políticas públicas sociais e econômicas que estejam engajadas na redução do risco de enfermidades, pelo prisma que a saúde é uma das dimensões do mínimo existencial, como relata:

O que esta em debate aqui, pelos termos do prisma constitucional, é o que posso chamar de uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da vida humana: a saúde. (LEAL, 2009, p.150)

Rogério Leal reitera com total comprometimento que a saúde é essencial e indispensável para a dignidade humana e um ponto crucial do mínimo existencial:

Justifica-se tal postura em face de que a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a constituir o que chama de indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, porque se afigura como uma das condições indispensável à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária, à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais, à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer forma de discriminação. (LEAL, 2009, p.151)

O autor destaca ainda que é através de políticas públicas eficazes que se chega a uma sociedade digna que se comprometa em realizar o mínimo existencial. Isto leva a crer, no que chama o autor Rogério Leal de “políticas públicas constitucionais vinculantes”, que são aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais e à comunidade em geral como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais. Portanto, o que se pode notar é que as ações públicas voltadas ao direito material do direito que é de todos (saúde), abrangem um sistema único em todo o país (art.198, CF/88), que é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes:

[...] é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e facticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil. Isto me leva a crer na existência daquilo que vou chamar de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui atendidas como aquelas ações que o Texto Público atribui aos Poderes Estatais e à comunidade como

um todo como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais. (LEAL, 2009, p.151)

Estas ações públicas referentes ao direito à saúde são feitas pelo Sistema único de Saúde em todo o país (art.198,CF/88) que são financiados com os recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Seria um erro falar sobre o mínimo existencial sem ligar umbilicalmente a dignidade da pessoa humana, ideia que a autora Karine da Silva Cordeiro em sua exemplar obra trata de forma especial, onde a ideia de que os seres humanos possuem uma inerente dignidade nos tem se tornado muito comum nos dias de atuais, porém um consenso sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana esta longe de ser alcançado

Em sua obra, a referida autora busca uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, mas não deixa de lembrar que a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, tampouco são as constituições que a definem e sim é um princípio de base filosófica:

Embora a dignidade da pessoa humana tenha recebido a atenção que merecia no cenário jurídico apenas depois das atrocidades vivenciadas no período nacional-socialista na Alemanha e que culminou na Segunda Guerra Mundial, com o holocausto provocado pelos nazistas e fascistas, o estudo dos atributos intrínsecos da pessoa humana remonta à antiguidade. De fato, ao longo da história, teólogos e filósofos tem-se preocupado em desvendar os predicados que diferenciam a pessoa humana dos demais seres vivos, fazendo-a merecedora de consideração e respeito especiais. (CORDEIRO, 2012, p.62)

Sendo a partir da fundamentação religiosa e filosófica que a noção de dignidade da pessoa humana vem tomando espaço no campo do Direito. Segundo a autora em estudo Karine da Silva Cordeiro, foi a partir do termino da Segunda Guerra Mundial que a dignidade da pessoa humana tomou seus primeiros contornos:

[...] a Segunda Guerra Mundial, e o “desprezo e o despeito pelos direitos pelos direitos humanos” manifestados no período nazi-facista resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, o que levou a uma mudança de paradigma na concepção dos direitos humanos. Estabeleceu-se, então, a premissa de que há uma lei moral, na qual o ser humano figura como elemento central, acima da lei civil, que deve ser incorporada à ordem jurídica como seu valor máximo. Tomou-se consciência, enfim, de que a sobrevivência da humanidade exige a colaboração de todos os povos no respeito incondicional à dignidade. (CORDEIRO, 2012, p.77)

A declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e a doutrina jurídica majoritária o pensamento que a dignidade é um atributo intrínseco de todos os seres

humanos, sem exceção, sem que se possa falar da perda de dignidade mesmo a frente de condutas tidas como indignas. A dignidade Humana é uma qualidade individual se reportando a pessoa concreta e impedindo sacrifícios da dignidade individual em prol do bem geral. Sendo também algo inegociável e indisponível, nem podendo o próprio sujeito dela renunciar.

Como se pode notar, o conceito da dignidade humana é culturalmente dependente e maleável, sendo difícil um consenso, ainda mais onde há muitas sociedades onde não se predomina uma única versão de pessoa e com isso muitas versões de dignidade, que são criadas a partir de diferentes tradições históricas. Mas é necessário que haja um esforço para que se tenha ao menos um consenso mínimo, porque se não, perde-se a base do respeito mútuo.

Karine da Silva Cordeiro traz em sua obra a dignidade da pessoa humana na ordem jurídica-constitucional brasileira:

A Constituição Federal de 1998, de forma inédita no constitucionalismo brasileiro, contemplou expressamente a dignidade da pessoa humana. E assim, o fez no título dedicado aos princípios fundamentais, já no artigo de abertura da Constituição, de acordo com o qual a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento dentro outros, a dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III). (CORDEIRO, 2012, p.88)

Feita uma breve análise sobre a dignidade da pessoa humana que está ligada intrinsecamente ao mínimo existencial, este vem ganhando espaço cada vez mais destacado no mundo jurídico contemporâneo, onde a comunidade política deve garantir aos seus membros, pelo menos, um padrão de vida minimamente decente.

A autora Karine da Silva Cordeiro (p.97) de certa forma argumenta que “Embora a perspectiva deste estudo seja eminentemente jurídico-constitucional, o mínimo existencial, assim como a dignidade da pessoa humana, não é uma categoria exclusiva do mundo do Direito”, sendo também de fundamentação filosófica.

A Constituição Federal de 1998 no Brasil, não proclama de forma expressa o direito ao mínimo existencial, porém em seu preâmbulo anuncia que o Estado democrático se destina e está instituído a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos, sendo estes o direito à liberdade, à segurança, ao bem estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça.

Segundo a autora, juíza Federal e professora mestre Karine da Silva Cordeiro:

[...] o artigo 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana, o caput do artigo 170 estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar

existência digna de todos e a erradicação da pobreza, segundo o inciso III do artigo 3º, é um dos objetivos fundamentais da República. [...] a doutrina mais abalizada vem enfatizando que o mínimo existencial decorre, também da proteção à vida e se apresenta como exigência da dignidade da pessoa humana, implicando consoante o conceito de dignidade anteriormente citado, um complexo de direitos fundamentais que garanta a todos as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e que lhes propicie a participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em sociedade. (CORDEIRO, 2012, p.107)

Com tudo isso, o mínimo existencial se caracteriza então além das razões que justificam o dever de garantir aos mais necessitados as condições mínimas da existência humana. Se caracteriza também pela preocupação que os juristas tem com os problemas práticos decorrentes do reconhecimento de um dever a um direito fundamental e assim designado a um mínimo existencial, como já denota a autora Karine da Silva Cordeiro:

Uma das principais dificuldades esta em definir os contornos desse direito. E o relativo consenso que vigora quanto à necessidade de o Estado disponibilizar o mínimo existencial aos seus cidadãos já não existe quando o assunto é o conteúdo desse mínimo, tanto em termos qualitativos como quantitativos. (CORDEIRO, 2012, p.110)

Mas uma dúvida assim surge: Qual é o mínimo existencial que o Estado deve prestar à sociedade? Qual seria o nível deste mínimo de prestações que são necessárias para uma vida digna? Sendo que uma vez aceita a responsabilidade do Estado em garantir, até onde iria essa responsabilidade? O estado deve garantir apenas a sobrevivência física de seus membros? A tarefa não é fácil, ainda mais com diversas visões de mundo e com a pluralidade de sociedades, há muitas divergências.

Segundo a autora Karine da Silva Cordeiro, a resposta esta diante de que o mínimo existencial é o mínimo para a sobrevivência física e moral dos indivíduos:

Há quem identifique o mínimo existencial com o conteúdo essencial dos direitos sociais. Embora não se compartilhe do entendimento de que tais figuras são equivalentes, o fato é que, na expressiva maioria dos casos, o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sobretudo os prestacionais, integrará o conteúdo do mínimo existencial, já que este é composto justamente daquelas prestações materiais destinadas a garantir as condições indispensáveis para uma vida digna (ou para a sobrevivência, segundo alguns), congregando, assim, as frações tidas por essenciais de alguns daqueles direitos. (CORDEIRO, 2012, p.111)

Segundo a autora citada, o mínimo existencial está ligado aos “bens primários”, que seriam as “coisas” essenciais para que as pessoas realizem projetos racionais de vida, incluindo direitos como os de liberdade, oportunidades, condições sociais, tudo levando em consideração as exigências sociais e as circunstâncias normais da vida humana numa sociedade democrática.

Entretanto, se deve ter um olhar crítico ao mínimo existencial, não deixando que caia em minimalismo exagerado como destaca a autora:

O critério das necessidades humanas reclama algumas precauções para que não caia em equívocos. Primeiro, há de se ter cuidado com o minimalismo exacerbado, devendo ser rejeitada a tendência de se definir as necessidades humanas básicas a partir da quantificação mínima do que é necessário para a sobrevivência (calorias, quantidade de água, etc). Uma interpretação desta ordem leva à redução do mínimo existencial ao mínimo de sobrevivência, o que já foi descartado, além de desconsiderar a individualidade humana. (CORDEIRO, 2012, p.127)

Outro ponto importante é que o parâmetro de avaliação não deve ser subjetivista, no sentido de considerar o sentimento pessoal de satisfação, porque cada indivíduo obtém sua capacidade de adaptação ao meio ambiente, se não os grupos constantemente sujeitos a privações seriam prejudicados, ou se generalizado um padrão, o mínimo existencial seria subestimado, podendo chegar ao ponto de ficar abaixo do necessário para a sobrevivência de alguns.

3.3 Separação dos poderes

Muitas e de boa qualidade são as teorias que a doutrina constitucionalista brasileira possui a respeito do vocábulo “poder”, porém não é de nosso estudo o vocábulo.

É sabido que a locução “Poderes do Estado” diz respeito aos três órgãos principais da União, que são o Executivo, Legislativo e Judiciário. Isto quer dizer que entre os temas de Direito Constitucional mais importantes é certo que o tema da teoria da separação dos poderes estará em realce.

O autor Carlos Ayres Britto, em sua obra sobre este tema faz uma breve introdução histórica de como surgiu a separação dos poderes:

É que, a partir dos estudos do filósofo inglês John Locke, no final do século XVII, o pensamento jurídico universal se abriu definitivamente para a compreensão de que não há liberdades políticas, nem governos moderados, nem respeito aos direitos naturais da pessoa humana, se as funções básicas do Estado não estão distribuídas entre diferentes órgãos públicos, a cada um deles correspondendo uma daquelas funções. (BRITTO, 2011, p.40)

Carlos Ayres Britto cita a ideia de Locke de que não seria correto existir um único poder concentrado em um único órgão:

Não convém, dizia Locke, que o Poder Legislativo e o Poder Executivo se concentrem em um mesmo órgão, porque “seria provocar uma tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição”. E não há maior poder de atração que a atração do poder, acrescentamos nós, ao ver o triste espetáculo de políticos e assessores burocráticos tocados pela mosca azul da

notoriedade pessoal, inebriados com o perfume estonteante da onipotência. (BRITTO, 2011,p.40)

Demorou quase um século para que as ideias de Montesquieu da teoria da separação dos poderes fosse sistematizada de modo especial, na ideia de que o poder político não pode ser deixado nas mãos de um único órgão e sim repartidas em três Poderes Orgânicos, como faz análise Carlos Britto:

Quase um século depois, nos luminosos escritos do pensador francês Montesquieu, a teoria da separação dos poderes foi sistematizada de modo mais completo e refinado, pois o entendimento de que o poder político não deve ficar enfeixado nas mãos de um só governante, ou órgão público, mais distribuir-se por órgãos distintos e igualmente independentes, em número três, a cada um deles correspondendo, em princípio, uma das funções essenciais do Estado, o notável pensador gaulês adicionou a técnica da “contenção do Poder pelo Poder”. Isto é, as atribuições do Estado seriam repartidas entre os seus três poderes Orgânicos, de maneira que nenhum deles pudesse usurpar as funções dos outros e cada qual tivesse força suficiente para conter os demais nos rigorosos limites da própria esfera da ação. (BRITTO, 2011, p.41)

Desta maneira fosse feita, segundo Montesquieu, haveria então governos moderados, respeito à ordem e intocabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois a contenção de um Poder por outro evitaria a formação de governos arbitrários, onipotentes, violadores dos direitos humanos.

O exercício das três funções básicas foi uma técnica de independência política que segundo Carlos Ayres Britto:

[...] a Magna Carta opera como técnica de distribuição de competências, repassando todas as distribuições da União para os seus Órgãos estruturais ou poderes orgânicos. Nesse transpasse de atribuições, a Constituição dispõe no sentido de que a cada órgão corresponda uma função principal, finalística, sem embargo da possibilidade do exercício das demais, num plano secundário e instrumental. E mais ainda, estatui no sentido de tornar exclusivas de cada Poder aquelas funções que estão de tal sorte ligadas à natureza e fisiologia do órgão, que condicionam sua própria independência institucional. (BRITTO, 2011, p.43)

O uso dos três Poderes dá independência institucional a cada um deles, senão cada Poder poderia Interferir nos negócios internos dos demais, a pretexto de exercer sua função específica, como cita Carlos Ayres Britto:

É o que preleciona o sempre elegante e preciso constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, nesta síntese feliz: “assim, a função típica do Legislativo é legislar, a do Executivo administrar e a do Judiciário, exercer a jurisdição.” Ao lado, contudo, de sua função típica, os Poderes exercem sempre, em pequena proporção, função que originariamente pertenceria a outro. E isto se dá com vistas a dois objetivos. Em primeiro lugar, assegurar a própria autonomia institucional, que ficaria prejudicada caso o Executivo, a pretexto de lhe ser própria a função de administrativa, quisesse administrar o próprio Poder Judiciário ou o Legislativo (...) De outra parte, almeja-se que um Poder

exerça, em última instância, um controle sobre o outro, para evitar o arbítrio e o desmando. (BRITTO, 2011, p.44)

Busca-se um necessário equilíbrio entre os Poderes do Estado, onde todos possam atuar com autonomia, mas em regime de contínua e harmoniosa cooperação. Para isso acontecer existem mecanismos que são segundo o autor Carlos Ayres Britto:

a) Exclusividade ou monopolização de competência, sobre matérias de economia doméstica de cada Poder; b) exercício simultâneo das três funções básicas, no âmbito de cada Poder, uma de modo preponderante e duas em caráter secundário; c) a participação obrigatória de mais de um Poder, nos atos de nomeação para determinados cargos públicos, ou designação para funções estatais relevantes; d) o regime de colaboração forçada de dois ou mais Poderes, para o desempenho da mesma função ou a prática do mesmo ato, qualificados pela Lei Maior como de importância capital na vida do Estado; e) a outorga da competência especificamente direcionadas para a contenção de cada Poder nos estritos limites da sua competência constitucional. (BRITTO, 2011, p. 48)

É notável que exista entre os Poderes, muito mais uma interdependência do que uma rigorosa independência e que o mecanismo da separação dos poderes não apenas conduz a especialização de funções, a desconcentração da autoridade e a colaboração interorgânica mas principalmente serve para que a separação dos Poderes seja a primeira e a mais efetiva garantia de respeito aos direitos imprescritíveis, inalienáveis e impostergáveis da pessoa humana.

Nas lições de André Ramos Tavares, a separação dos Poderes se conceitua em:

Aquilo que correntemente se designa como “separação dos poderes estatais” é, no fundo, como bem adverte Karl Loewenstein, uma distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado. A utilização do termo “poderes”, embora esteja profundamente enraizada, deve ser entendida de maneira meramente figurativa (TAVARES, 2011, p.25)

André Ramos Tavares utiliza a teoria de que não existe poderes independentes:

[...] a prática mundial já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários (justamente aquilo que se pretende coibir). (TAVARES, 2011, p.26)

Servindo a doutrina da separação dos Poderes atualmente como uma técnica de arranjo de uma estrutura política do Estado, implicando na sua distribuição por diversos órgãos, e de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano.

3.3.1 O STF e a judicialização da saúde

Nos últimos meses, foi reaberta na Suprema Corte, a discussão sobre a entrega pelo Judiciário de medicamentos sem a autorização da ANVISA. Trata-se mais precisamente dos Recursos Extraordinários número 566471 e 657718, que foram retomados pelo Plenário do Tribunal Superior por se tratarem do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

A sessão de votação já foi suspensa algumas vezes, porém alguns votos já foram publicados como o do Ministro Luís Roberto Barroso pelo portal do STF:

Luís Roberto Barroso desproveu o RE 566471 – sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) – e formulou a seguinte tese de repercussão geral: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”. São eles: “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo”. (PEDIDOS.....,2016)

Os recursos ainda não foram julgados por conta do pedido de vistas do Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal que suspendeu o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718.

CONCLUSÃO

O presente estudo tratou do direito à saúde enquanto direito fundamental e a obrigação do Estado promover o custeio por meio de um sistema único - o SUS, a quem incumbe, segundo os princípios que o norteiam, promover um tratamento universal, equânime e integral à saúde. Entretanto verificou-se que o Estado não consegue desenvolver a contento o atendimento na rede pública segundo os ideais que motivaram a criação do sistema único de assistência e tratamento público e gratuito à saúde.

Conclui-se com o presente trabalho, que o mínimo existencial deve ser resguardado mesmo em face da reserva do possível, pois assegurar o chamado mínimo existencial na área de saúde é uma forma de promover a dignidade da pessoa humana, sem a qual não se pode considerar concretizado o referido direito fundamental.

Não há que se falar em vida digna sem saúde, sem bem estar físico e psíquico. Compete ao Estado, nos termos da Constituição, promover o atendimento à saúde em uma saúde pública de qualidade e amplitude de atendimento. Assim sendo, defende-se que a limitação orçamentária (reservado do possível), não deve ser acolhida como razão de impedimento para a satisfação do direito à saúde via poder Judiciário.

Diante da ineficácia estatal, a satisfação do direito fundamental à saúde via atuação jurisdicional tem se mostrado em muitos casos (notadamente nos mais extremos nos quais a morosidade pode ser determinante entre a vida e a morte do paciente) a última esperança de uma possível cura ou de um tratamento para muitas pessoas e famílias.

A padronização dos medicamentos fornecidos gratuitamente via SUS é um limite burocrático ao exercício do direito à saúde e à própria vida. A morosidade de testes, análises, registros e procedimentos de aprovação na ANVISA constitui sério problema para a concretização do direito à saúde, quer porque o Estado não inclui medicamentos não testados na relação do Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), quer por que o Judiciário não tem autorizado o fornecimento de medicamentos ainda não submetidos a registro na ANVISA. Percebe-se que o que deveria ser feito da forma ágil possível se transforma em um entrave que acaba sendo determinante para a perda da vida, sobretudo nos casos em que a doença exige uma celeridade da qual o SUS não dispõe. O tempo é, portanto, notadamente para algumas doenças, um obstáculo que muitos pacientes não conseguem superar.

Muitos são os pedidos submetidos à apreciação do judiciário e que impõe aos magistrados a árdua tarefa de decidir entre tentar salvar vidas ou seguir os tramites técnicos impostos pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA. É como se tais operadores do direito possuíssem a assombrosa tarefa de decidir entre o coração e a razão, ou seja, entre assegurar o mínimo existencial ou negar a assistência pretendida sob o argumento da reserva do possível.

Com este trabalho, chego à conclusão que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana sempre devem ser colocados à frente de outros interesses e limitações orçamentárias, mesmo em casos em que o paciente não tenha todas as chances de cura. Defende-se por esse trabalho que todo paciente tem o direito de ser atendido, medicado e tratado até o fim de seus dias, com todos os direitos e dignidade que se possa existir.

Um grande exemplo que posso citar com toda convicção neste aspecto, são os Hospitais de Câncer das unidades de Jales e de Barretos, nos quais são oferecidos aos pacientes um tratamento digno e integral. Mesmo os pacientes que não possuem mais chances de cura são encaminhados ao “tratamento paliativo”, onde será dado todo conforto, tratamento psicológico, medicamentos para que não se sinta dores, para que o paciente tenha ao menos uma estabilidade digna em seus últimos dias. Este tratamento é um exemplo positivo do SUS na saúde pública brasileira.

É evidente que a judicialização se tornou uma solução na vida de muitos cidadãos, pois o Estado não tem desempenhado um papel satisfatório em promover a dignidade da pessoa humana assegurando por meios de políticas públicas eficientes a erradicação da pobreza, o saneamento básico, a diminuição da desigualdade social e tudo que engloba o direito à saúde. Não satisfaz o Estado, quanto ao direito à saúde, a sua obrigação de assegurar o tratamento integral e gratuito.

Espera-se que o Judiciário reconheça o fundamento da dignidade humana e à luz da Constituição Federal, efetive os direitos fundamentais nela consagrados, bem como o direito à saúde que ora se discute.

O direito à saúde deve ser enraizado através de políticas públicas que dêem à sociedade a oportunidade de tratamento, de medicação cada vez mais eficaz e menos onerosas. Que no âmbito de suas competências possa o Executivo dedicar-se de forma mais eficiente à gestão dos recursos destinados à saúde. Ainda assim, quando o Estado falhar no seu dever de prestar serviços de saúde gratuitos e de qualidade através do SUS, que encontre a população no Poder Judiciário guardada para que veja assegurado seu direito fundamental à saúde e, conseqüentemente, a uma vida mais digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf/>

Acesso em: 02/10/2016

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos** .5 ed. rev e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76. De 28-11-2013. – São Paulo : Saraiva, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. In. CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito Constitucional: organização dos Poderes da República**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Constituição Federal de 1988.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário** / Karine da Silva Cordeiro. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2012.

Curso de direito constitucional/ Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior. – 17.ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais** / Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. – 2.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário** / Clarissa Tassinari. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “Poderes” do Estado**. In. CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito Constitucional: organização dos Poderes da República**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

INSTITUTO DE QUÍMICA DE SÃO CARLOS. Esclarecimento à sociedade. Disponível em: <http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/> Acesso em: 01/10/2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. ver. Atual. e ampl. ; 3 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil** / Rogério Gesta Leal. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa.** – José Felipe Ledur. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Lei nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990.

Lei nº 8.142/90

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Direito sanitário** / Reynaldo Mappeli Júnior, Mário Coimbra, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos. – São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 6.ed. - São Paulo : Atlas, 2005 – (Coleção Temas Jurídicos ; 3)

Notícias STF. Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275> Acesso em: 02/10/2016

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.**/ Ana Carolina Lopes Olsen./1º ed. (ano 2008), 2º reimpr./ Curitiba: Juruá,2010.

SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**- 37º Ed.- São Paulo: Malheiros Editores, 2014.